

LA NORMATIVIDAD DE LA COSTUMBRE.
NORMATIVIDAD, RACIONALIDAD Y
ARBITRARIEDAD

Piero Mattei-Gentili

Per citar o enllaçar aquest document:
Para citar o enlazar este documento:
Use this url to cite or link to this publication:

<http://hdl.handle.net/10803/675934>



<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.ca>

Aquesta obra està subjecta a una llicència Creative Commons Reconeixement-
NoComercial-CompartirIgual

Esta obra está bajo una licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-
CompartirIgual

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-
ShareAlike licence



TESIS DOCTORAL

**LA NORMATIVIDAD DE LA COSTUMBRE.
NORMATIVIDAD, RACIONALIDAD Y ARBITRARIEDAD**

Autor

Piero Mattei-Gentili Padelletti

Año

2022



TESIS DOCTORAL

La normatividad de la costumbre.

Normatividad, racionalidad y arbitrariedad

Autor:

Piero Mattei-Gentili Padelletti

2022

**PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO,
ECONOMÍA Y EMPRESA**

Dirigida por:

Jordi Ferrer Beltrán

Memoria presentada para optar al título de doctor/a por la Universidad de Girona

Lista de publicaciones derivadas de la tesis:

MATTEI-GENTILI, P., 2020, «The Quest for the *Opinio Juris*», *Noesis*, No. 34: 89 – 114.

MATTEI-GENTILI, P., 2020, «Social Facts & the Semantic Conception of Norms: Customary Norms as a Test of Ontology», *Phenomenology and Mind*, No. 19: 242 – 254.

Agradecimientos

La presentación de este trabajo de investigación culmina un objetivo que me fijé hace varios años pues, desde el momento en que inicié mis estudios universitarios pensé en un día obtener el grado de doctor. Este extraño objetivo para un chico que con dieciocho años no tiene idea de qué es la academia o hacer un doctorado, se vio paulatinamente 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 German Sandoval le debo agradecer por «presentarme» a la filosofía jurídica y alimentar mi curiosidad y gusto por ésta; 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.

Aunque, he de admitir, la primera vez que se me metió en la cabeza la idea de que tal vez podría dedicarme a la vida académica, se debe la influencia de los constitucionalistas Lorenzo Córdova Vianello y Pedro Salazar Ugarte. Su pasión por la academia, 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 sumamente contagiosa. Así, tuve la fortuna de laborar como asistente de Pedro Salazar, y tener mis primeras aproximaciones a la investigación, así como la oportunidad de ser formado y alentado por un académico ejemplar. En particular tengo que resaltar el papel de Pedro Salazar, quien siempre confió en que yo tenía talento para esta profesión, nunca perdió pista de mí 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 UNAM, no sólo me ha apoyado incondicionalmente, sino que también ha resultado muy importante en mi formación, no sólo académica, sino 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 no haya más personas que hayan cumplido 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. No tengo duda de que, si en verdad hay algunas buenas ideas desarrolladas en este trabajo de investigación, en una importante medida se deben a su estímulo.

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 mandaba un escrito a Rapetti o le planteaba una inquietud, él la discutía con la mayor seriedad y siempre me otorgó una gran retroalimentación que sin duda ha sido clave para mi tesis, y que se ha traducido en enseñanzas muy valiosas para las futuras investigaciones que emprenda.

Agradezco a Maribel Narváez, que siempre me escuchó con entusiasmo y debatió mis ideas. Las pláticas con ella siempre resultaron estimulantes, y fuentes de inspiración. Aún no

estoy seguro de haber comprendido muchas de las ideas que me transmitió respecto de temas muy finos y complejos, 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 cercana para pasar grandes momentos fuera de la Universidad también. 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, CarloVittorio Giabardo, Marco Segatti, Santiago Sánchez Gavier, Federica Scopsi, Laura Ruiz y Marc Vallés.

También tengo que agradecer la amistad y estímulo de mis compañeros en la Càtedra de Cultura Jurídica durante este periodo, tanto de profesores como de doctorandos. Muchas gracias a Diego Papayannis, Carmen Vázquez, Caro Fernández Blanco (que me dio retroalimentación detallada y por escrito de todos los textos que llegué a presentar), Andrej Kristan, Jorge Sendra, Esteban Pereira, Alexander Vargas, Lucila Fernández Alle, José Sánchez y Miguel Fernández Núñez. Asimismo, por Cataluña han pasado diversos profesores, doctorandos y gente involucrada en la academia en general, varios con los cuales pude cultivar amistad e intercambiar ideas. Así, agradezco a Alejandro Chehtman (que me dio buenas pistas para abordar aproximarme al tema del derecho internacional), Daniel Mendonca (a quien conocía con antelación y que me ayudó a elegir mi tema de investigación), Natalia Castro, Elena Marchese, Luca Malogoli, 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, Juan Pablo Alonso, 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, Estefanía Cuello, David Duarte, Ana

Escher, María Victoria Kristan, Julieta Rabanós, Natalia Scavuzzo, 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, al Instituto Prometeo, y al grupo de investigación de la Universidad Pompeu Fabra.

Recientemente, 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. Toda la vida me ha dicho que estoy «loquito», y entre los infinitos motivos que tengo para amarla es porque sé que ella así me ama, como el loquito que soy, y sé que no quisiera que yo fuera de otra manera. Así, su amor por mí nunca cesa de sorprenderme, y con éste me ha apoyado de manera incondicional y puntual en todos los proyectos que he embarcado (desde querer hacer karate hasta hacer un doctorado). A pesar de la distancia física que nos ha separado estos años, nunca la he sentido lejana, y como ha sido toda mi vida, siempre ha estado ahí 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 plano existencial, agradezco infinitamente a mi *babbo*, Alfredo. 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 a mis primos Paola y Franco Mattei-Gentili. También tengo que

agradecer a mi tía Teresa Conti por recibirme en contables ocasiones en su casa en Roma durante estos años que he estado en Europa.

A pesar de estar lejos, mis amigos más íntimos de la vida siempre se mantuvieron y se mantienen cercanos, siempre 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 Escobar 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, y a quienes también agradezco.

Finalmente, aunque el apartado de «agradecimientos» posiblemente no sea conceptualmente oportuno, sí deseo hacer un llamamiento a poner más atención sobre la salud mental de quien realiza una tesis de doctorado. En los años en que realicé mis estudios doctorales han proliferado noticias e investigaciones acerca de las afecciones psíquico-emocionales que sufren los estudiantes de doctorado, pero de algún modo tengo la impresión de que este problema no ha pasado de ser un lugar común. Incluso, yo mismo como estudiante doctoral lo tomaba en cuenta, pero no le daba mayor importancia. No obstante, lo cierto es que sí es un problema real, un problema que yo mismo he sufrido, un problema que considero merece mayor atención por parte de todos los involucrados. Y es que, aunque las actividades doctorales se lleven a cabo en el marco formal de un grupo de investigación, en un sentido, la realización de una tesis puede llegar a ser algo muy solitario y no es algo de lo que necesariamente uno como doctorando esté consciente, justamente por la idea de pertenecer a un grupo, o incluso porque —como se puede notar en mi larga lista de agradecimientos— sí que hay gente alrededor que te apoya.

Pero el proceso del doctorado efectivamente puede llegar a ser solitario en más de un sentido. El tema de investigación es sólo del doctorando y, en una alguna medida, sólo a él le interesa y sólo él llega a enfrentarse con los problemas que implica desarrollarlo, y sólo él es escrutado por el desarrollo de algo con lo que nadie más se está enfrentando, y se pasa por muchos momentos difíciles y de incertidumbre, pues en diversas ocasiones no se comprende

qué hacer o cómo hacerlo puesto que no hay muchos parámetros para contrastar. A veces no se sabe en dónde está uno parado, o si se cuenta con las capacidades para llevar a cabo la labor que se ha asumido, y esto es particularmente angustiante cuando se piensa que uno ha dejado de lado otras opciones profesionales y apostado por la carrera académica al hacer el doctorado de tiempo completo; una carrera en donde hay pocas oportunidades y no los suficientes estímulos. En fin, espero en algún sentido este llamamiento pueda sumar a tomar más conciencia y acción respecto de este problema.

Resum:

Aquesta tesi doctoral consisteix en una anàlisi del costum com a font de normes, així com de les implicacions que això té quan afirmem que el costum és una font del dret i que, per tant, entre les normes que componen el dret d'una societat es troben normes jurídiques consuetudinàries. A aquest efecte, el primer capítol indaga sobre les condicions conceptuais del que anomenem «normes consuetudinàries». El capítol segon examina la manera com les normes consuetudinàries poden ser adoptades o reconegudes per un sistema jurídic per passar a ser pròpiament «normes jurídiques consuetudinàries». El capítol tercer indaga el paper que tenen les normes consuetudinàries com a base dels sistemes jurídics. El capítol quart aprofundeix sobre els fonaments filosòfics (conceptuals) que permeten dir que el dret és un producte convencional i que, com a tal, necessàriament recorre requereix normes consuetudinàries (convencionals) per existir. El capítol cinquè aborda els elements que tradicionalment la doctrina ha considerat necessaris per identificar les normes jurídiques consuetudinàries, i procura donar una explicació d'aquests elements que sigui analíticament consistent. Finalment, ja que se sol dir que el costum és la primordial font del dret internacional públic, el capítol sisè busca traslladar els resultats obtinguts dels capítols anteriors per proporcionar una explicació a alguns dels principals dilemes que enfronta la dogmàtica del dret internacional.

Resumen:

La presente tesis doctoral consiste en un análisis de la costumbre como fuente de normas, así como de las implicaciones que esto tiene cuando afirmamos que la costumbre es una fuente del derecho y que, por lo tanto, entre las normas que componen al derecho de una sociedad, se encuentran normas jurídicas consuetudinarias. Con este fin, el primer capítulo indaga sobre las condiciones conceptuales de lo que denominamos «normas consuetudinarias». El capítulo segundo examina el modo en el que las normas consuetudinarias pueden ser adoptadas o reconocidas por un sistema jurídico para pasar a ser propiamente «normas jurídicas consuetudinarias». El capítulo tercero indaga el papel que tienen las normas consuetudinarias como base de los sistemas jurídicos. El capítulo cuarto profundiza sobre los fundamentos filosóficos (conceptuales) que permiten decir que el derecho es un producto convencional y que, como tal, necesariamente recurre requiere de normas consuetudinarias

(convencionales) para existir. El capítulo quinto aborda los elementos que la doctrina tradicionalmente ha considerado necesarios para identificar a las normas jurídicas consuetudinarias, y procura dar una explicación de estos elementos que sea analíticamente consistente. Finalmente, puesto que se suele decir que la costumbre es la primordial fuente del derecho internacional público, el capítulo sexto busca trasladar los resultados obtenidos de los capítulos anteriores para con ellos proporcionar una explicación a algunos de los principales dilemas que enfrenta la dogmática del derecho internacional.

Abstract:

This doctoral thesis consists of an analysis of custom as a source of norms, as well as the implications that this has when we affirm that custom is a source of law and that, therefore, among the norms that make up the law of a society are customary legal norms. To this aim, the first chapter explores the conceptual conditions of what we call «customary rules». The second chapter examines the way in which customary norms can be adopted or recognized by a legal system to become properly «customary legal norms». The third chapter investigates the role of customary norms as the basis of legal systems. The fourth chapter delves into the philosophical (conceptual) foundations that allow us to say that the law is a conventional product and that, as such, it necessarily recurs and requires customary (conventional) norms to exist. The fifth chapter tackles the elements that the doctrine has traditionally considered necessary to identify customary legal norms and seeks to provide an explanation of these elements that is analytically consistent. Finally, since it is often said that custom is the primary source of public international law, the sixth chapter seeks to transfer the results obtained from the previous chapters to provide an explanation to some of the main dilemmas faced by the dogmatics of international law.

Índice

Introducción	5
Capítulo I. Las normas y las costumbres	11
1. Noción de norma consuetudinaria y consideraciones conceptuales preliminares ...	14
1. 2 Preliminares de la identificación de normas consuetudinarias	25
2. Ontología de normas	34
2. 1 Concepción pragmática y concepción semántica.....	37
2. 2 La postura ecléctica	42
2. 3 Normas, proposiciones y hechos sociales	44
Capítulo II. Sistema jurídico y normas consuetudinarias	56
1. El concepto de sistema jurídico. Un esbozo.....	58
2. Dinámica de los sistemas jurídicos. La práctica de colmar sistemas maestros	68
2. 1 El modelo judicial y la práctica de identificar el derecho aplicable.....	78
2. 2 Normas consuetudinarias en el trasfondo de la interpretación.....	83
3. <i>Res judicata</i> : Colmar y depurar sistemas	94
3. 1 Lagunas y la persistente clausura de sistemas	97
3. 2 Inconsistencia normativa y depuración de sistemas	102
4. Las diversas caras de la validez	105
4. 1 Desprolijidad y sistemas jurídicos	111
4. 2 <i>Eppur è diritto</i>	114
4. 3 El eterno sendero de la optimalidad.....	125
Capítulo III. La costumbre de identificar y aplicar nuestro derecho	129
1. Más que <i>la regla</i> de unos cuantos	131
1. 1 Más que un simple hábito de obediencia	134
1. 2 Comunidad, intereses y división de trabajo.....	140
1. 3 La relevancia de la costumbre de los jueces y los funcionarios.....	146
1. 4 Entre deberes y competencias en la identificación del derecho.....	149
2. La complejidad de la(s) regla(s) de reconocimiento.....	151
2. 1 Prácticas normativamente definidas.....	153
2. 2 Hechos complejos, normas complejas.....	162
3. La unidad e identidad del derecho como un suceso pragmático	169
Capítulo IV. La fuerza vinculante de nuestras convenciones	175

1. Reglas convencionales.....	180
2. La fuerza de las constantes concordancias.....	186
2. 1 Compromisos conjuntos.....	187
2. 2 Las razones de las convenciones.....	193
2. 3 Contingencia.....	195
2. 4 Convenciones constitutivas.....	196
3. Dilemas de la normatividad convencional.....	203
3. 1 Seguimiento de reglas.....	205
A. El sospechoso escepticismo democrático.....	207
B. La importancia de contar con una gramática.....	211
3. 2 Un asomo al plano jurídico.....	213
3. 3 El gatopardismo del convencionalismo.....	218
A. Dirección de ajuste recíproco.....	220
B. Ríos de reglas convencionales.....	222
4. Reglas que no son practicadas.....	225
4. 1 La convención de contar con autoridades.....	227
4. 2 La no-práctica y la cuestión de la <i>desuetudo</i>	234
5. La supuesta ineptitud del convencionalismo.....	237
5. 1 La trampa en el desafío del erizo.....	240
A. Preámbulo.....	241
B. Los términos de la trampa en «el modelo de reglas».....	244
5. 2 Raciocinio y redención del convencionalismo.....	248
A. Entendimiento común, no pactos.....	250
B. La autonomía conceptual de las reglas convencionales.....	255
5. 3 Colofón.....	260
Capítulo V. Explicar derecho consuetudinario (el esquema dualista).....	262
1. <i>Usus</i>	264
1. 1 Elementos analíticos (vinculatoriedad, generalidad y publicidad).....	264
1. 2 Antigüedad.....	265
1. 3 Continuidad.....	266
1. 4 Uso pacífico.....	267
1. 5 Razonabilidad.....	268
1. 6 Certeza.....	270

1. 7 Consistencia	271
2. <i>Opinio juris</i>	272
2. 1 Normas jurídicas consuetudinarias sin <i>opinio juris</i>	273
A. Reglas esenciales	273
B. Interacciones discursivas integracionales	275
2. 2 Racionalización de la <i>opinion juris</i>	278
A. Deseos consensuales	278
B. Expectativas comunitarias de reciprocidad	279
2. 3 Sopesar <i>opinio</i> (nes).....	282
3. El curso de las reglas.....	286
3. 1 <i>Ritual de lo habitual</i>	287
3. 2 De tendencias a expectativas, y de expectativas a convenciones	289
3. 3 La relevancia de las expectativas y las reglas sociales	294
Capítulo VI. La costumbre en el derecho internacional.....	303
1. Escepticismo y perplejidad en el núcleo de los componentes del derecho internacional.....	305
1. 1 La (nada) excepcional vinculatoriedad de la costumbre	305
1. 2 ¿Costumbres con elementos disociados?.....	309
A. Primera etapa. Lo hecho y lo dicho.....	310
B. Segunda etapa. La escala móvil.....	311
C. Tercera etapa. Legítima integración	312
1. 3 El objeto que se busca y la forma en que se lo encuentra	313
1. 4 El problema del vestigio iusnaturalista.....	319
A. La contingencia democrática en el derecho consuetudinario	322
B. La racionalidad habitual de los «malos Estados»	327
2. Entorno a la sistematización del derecho internacional	331
2. 1 Preámbulo al escenario de la sistematicidad del derecho internacional	333
2. 2 Normas internacionales, entre la costumbre y el tratado.....	335
2. 3 La perspectiva del juez internacional	340
A. La costumbre instantánea	342
B. La generalidad	346
C. <i>Jus cogens</i>	349
2. 4 Orden consuetudinario y dualismo internacional	351

Conclusions	357
Bibliografía.....	368

Introducción

El trabajo de investigación que se presenta a continuación está impulsado 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 los ordenamientos jurídicos de las sociedades modernas. 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 ésta 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 remoto rincón 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 ésta 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 que la costumbre ocupa un espacio necesario para su funcionamiento. Incluso, resulta más desconcertante el menosprecio de varios teóricos en torno a la costumbre cuando se tiene en consideración que ésta 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 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 otras prácticas consuetudinarias como componentes

¹ GUASTINI, 1998: 649.

² CELANO, 1996: 276.

normativos del sistema jurídico que sustenta? Si las prácticas de los jueces son las que conforma la norma última del sistema ¿qué impide que sus prácticas generen normas pertinentes para supuestos más ordinarios de identificación y aplicación del derecho?; después de todo, la interpretación de las disposiciones jurídicas se concreta en las prácticas específicas de los jueces. ¿Sería posible que gran parte del problema que afrontan las normas consuetudinarias como fuente del derecho es uno de etiquetas?

Con estas consideraciones en mente, de manera lisa y llana, el problema teórico que se observa 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 dejado entrever, una de las hipótesis que alienta el desarrollo de este trabajo 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 componen y atañen a las normas consuetudinarias, se comprobará que éstas tienen incidencia en diversos aspectos de nuestra comprensión de los ordenamientos jurídicos, y que diversas normas o fenómenos son conceptualmente producto de la costumbre, a pesar de que nuestra tradición no suela denominarlos en rigor como «normas jurídicas consuetudinarias» o «derecho consuetudinario».

Tomando una popular expresión, 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 generar normas, es menester investigar cómo es que esto sucede y, en especial, cómo es que estas normas pueden llegar a ser derecho. Este es el enfoque que en lo particular motiva los primeros cuatro capítulos. Por su parte, los capítulos quinto y sexto se enfocan en el análisis de aspectos más propios de la doctrina jurídica en torno a las normas consuetudinarias. El capítulo quinto refiere al análisis de los supuestos componentes de las normas consuetudinaria de acuerdo con la dogmática tradicional; el *usus* y la *opinio juris*. Por su parte, el capítulo sexto supone una suerte de prueba de todo lo

desarrollado como un marco de análisis adecuado para dar cuenta de la costumbre como fuente primordial de normas en el derecho internacional público.

El primer capítulo se encuentra enfocado en elucidar primero, las condiciones epistémicas elementales, o 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 que es 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; esto es, como sistemas normativos, ha significado uno de los aspectos más representativos del positivismo jurídico contemporáneo, así como posiblemente el avance más significativo en el plano teórico para presentar 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 segundo parte de un análisis de la caracterización de los sistemas jurídicos como sistemas normativos para analizar si existe un espacio para las normas consuetudinarias en estos y, de existir, cuál es ese espacio y de qué manera operan.

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 popular 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 tercero 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 detractores contemporáneos del positivismo. Por lo tanto, el cuarto capítulo 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. En este sentido, 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 sino de los mandatos emitidos por las autoridades. 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 el positivismo convencionalista (así como del convencionalismo en general), y se identifica cuáles son los aspectos mal comprendidos del convencionalismo. En este tenor, el capítulo concluye para realizar una exposición 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 quinto 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 propugnan erradicar a la *opinio* de la caracterización doctrinal, como aquellas que prefieren sustituir su histórica e insatisfactoria definición por una explicación acerca del raciocino 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 último capítulo 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 conlleva a 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 de lleno al cuerpo del trabajo. Salvo señalamiento en contrario, todas las traducciones efectuadas a lo largo de esta investigación son de mi autoría.

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. Es distintivo del uso de estas acepciones de reglas o normas 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. Se trata de acciones *debidas* si se ha de cumplir con el requerimiento de la norma en cuestión, es decir, son *prescriptivas*, no *descriptivas*, pues establecen cómo una acción o un estado de cosas *debe ser*, y no cómo *es*³.

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 el problema epistémico de que nunca se predica la existencia de normas sin más. Dado que las normas rigen distintos ámbitos de nuestras vidas, aunque sea implícitamente, solemos añadirles algún adjetivo para distinguirlos y clasificarlos de acuerdo con el ámbito en el que operan. El ámbito al que adscribimos a las normas establece sus criterios epistémicos específicos de existencia. Por ejemplo, las condiciones de verdad de los enunciados que refieren a la existencia de las reglas del ajedrez no son las mismas que las de los enunciados que versan sobre normas morales.

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

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.

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 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 es más amplia y 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 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 que ocuparé es la de normas de origen *promulgado* en oposición a las normas *consuetudinarias*. La elección seguramente no se encuentra exenta de controversias, pero me declino por ella debido a que el verbo

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

«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 publicado⁹, 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, pertenecen conceptualmente a lo que denominamos *derecho*, y si entendemos al derecho como un sistema normativo, esto exige ciertos compromisos conceptuales inasumibles 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 a los aspectos jurídicos concretos, 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. Considero que 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 cierta lucidez conceptual que es necesaria para abordar en profundidad los nada sencillos problemas que las normas consuetudinarias jurídicas implican para dar cuenta de su existencia, funcionamiento e identificación en la práctica 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, 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 V.

⁹ 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 mucho 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 integralidad 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, por ejemplo, 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 disímiles a 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 exigir a la otra su extensión 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 la normatividad

Parece existir un consenso en acentuar que cuando se refiere a 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 especialmente relevante por considerar es que remiten a prácticas descriptivamente desarrolladas por ciertos grupos en los que se manifiesta que tales conductas son debidas,

prohibidas o permitidas. Esto nos presenta una primera cuestión por advertir pues, como se señaló anteriormente, las normas por definición son producto del discurso *prescriptivo*¹⁰ y, por ende, 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 conducta¹¹ (como el *tequio* o la *carta de porte*), 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 conducta¹².

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 como «normas consuetudinarias» solamente podrían entenderse en sentido figurado o transpuesto, esos hechos o sucesos no son propiamente normas, son objetos distintos de aquéllas¹³. 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, sólo 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 sobre la existencia de normas consuetudinarias no es sencilla y será abordada más adelante. Por el momento lo relevante es enfatizar la distinción entre hechos y norma; verbigracia, *ser* y *deber ser*, y tener en cuenta que es a partir de ciertas conductas sociales, de cómo ciertos sucesos se exteriorizan en el mundo, que se afirma la existencia de normas consuetudinarias.

¹⁰ 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.

¹¹ 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.

¹² VON WRIGHT, 1963: 6.

¹³ 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.

El término «costumbre» es plurívoco y puede ser utilizado para referir a talantes demasiado heterogéneos. Se puede utilizar el término «costumbre» como sinónimo de un hábito, como ir al cine todos los domingos, también para hablar de cuestiones que regulan aspectos de nuestras interacciones sociales, como la «costumbre» de pararse del propio asiento para saludar a alguien que recién ha llegado a una reunión. En el primer caso, si un domingo no se va al cine no pasa nada, nos extrañaría escuchar u observar manifestaciones de reproche porque alguien no asistió al cine. Sin embargo, si en el segundo caso alguien no se levanta para saludar, la omisión difícilmente pasará inadvertida y no nos extrañará observar o escuchar manifestaciones de rechazo a esa conducta omisa. Incluso, nos sentimos autorizados a afirmar que, en nuestra sociedad, cuando llega alguien a una reunión, *lo debido* es levantarse y saludar. Los fines de este trabajo están lejos de buscar elucidar un único y exclusivo concepto de «costumbre». Para el análisis interesan solamente las costumbres que parecen tener un acento de «normatividad» pues, como miembros de grupos sociales que somos, nos es intuitivo afirmar que *deben* observarse.

En el caso del análisis que se busca seguir, es necesario evitar el equívoco común de considerar a la «costumbre» como una propiedad ostensible atribuida a hechos singulares. Esto es, no es infrecuente que señalemos a un hecho singular como una costumbre, pero ese hecho no es la costumbre, sino una instancia de ella. La categoría «costumbre» sólo puede referir —en tanto concepto abstracto— a una propiedad descriptiva acerca de una serie de hechos. En este tenor, cuando se busca investigar la costumbre empíricamente, la experiencia sensible no basta para mostrar el carácter consuetudinario del acto en cuestión. Para ello se requiere que de forma previa poseamos una noción sobre qué clase de actos se adecuan a lo que estamos dispuestos a denominar «consuetudinario»¹⁴. De este modo, la tradición analítica suele partir de un marco conceptual conformado por un grupo social en el que se presenta una situación recurrente en la cual, de modo convergente, los miembros del grupo realizan un determinado tipo de comportamiento: «en las instancias de *S* los miembros de *G* realizan la conducta *C*». Los primeros indicios de que estamos frente a algo más que un mero hábito se encuentran cuando, dentro de este marco de explicación de una conducta consuetudinaria social, se suma la observación de que entre los miembros del grupo ese tipo

¹⁴ VERNENGO, 1976: 447 – 451.

de comportamiento es considerado vinculante y que ese es uno de los motivos por el cual los miembros de ese grupo se comportan de ese modo en esas situaciones recurrentes¹⁵. Ese «algo más» es el *elemento normativo* mediante el cual se expresa el carácter deóntico del comportamiento en cuestión.

El *elemento normativo* parece surgir en alguna suerte de actitud interior compartida por los miembros del grupo social, y la misma permite advertir que ese comportamiento no es atendido por motivos superfluos o accidentales en lo general. Esta actitud se induce a partir de la forma en que se presenta la convergencia de comportamientos y, además, permite explicar tanto la conformidad persistente a ese estándar de conducta como la crítica o rechazo a quien se descarría del mismo. Este aspecto no es ajeno para la filosofía jurídica analítica. ROSS enfatizaba la importancia de adoptar un método de análisis introspectivo para poder distinguir cuáles son las normas efectivamente sentidas como vinculantes por los participantes de una práctica¹⁶ y así distinguirlas de acciones que responden a simples hábitos o razones técnicas. En este sentido, la actitud interior es identificable en el análisis elaborado por HART acerca del fenómeno de la existencia de reglas sociales. De acuerdo con HART, el aspecto interno es el que permite distinguir entre reglas sociales y la mera convergencia de hábitos sociales¹⁷. Considerar a la conducta convergente como un estándar vinculante implica que los miembros del grupo comparten una *actitud crítico-reflexiva*¹⁸ respecto de ese patrón de comportamiento tanto para exigir que sea realizado como para justificar la crítica respecto de quien no lo haga¹⁹. En este tenor, la actitud crítico-reflexiva comporta:

- a) que la conducta en cuestión es conocida en términos generales por los miembros del grupo social y,
- b) que existe una expectativa generalizada entre los miembros del grupo de que la conducta en cuestión será observada por los demás cuando la situación lo amerite, es decir, en las instancias contextuales en que se observa la norma.

¹⁵ CELANO, 1995: 178.

¹⁶ ROSS, 2001 [1958]: 16.

¹⁷ HART, 1994 [1961]: 12, 55 – 56.

¹⁸ En la teoría jurídica se ha debatido mucho sobre en qué consista la *opinio iuris*, así como su símil, la «actitud crítico-reflexiva». No se trata de conceptos pacíficos. Por el momento se les asume por el rendimiento explicativo que ofrecen para los fines de este capítulo. No obstante, serán analizados con mayor detenimiento, en tanto componentes de la norma consuetudinaria en el capítulo IV.

¹⁹ HART, 1994 [1961]: 56 – 57.

También, como señala HART, la actitud crítico-reflexiva es acompañada por un vocabulario distinto de aquel que empelaría alguien que no adhiere a esas reglas como guías de comportamiento. Los enunciados internos son la forma verbal en que los agentes manifiestan con naturalidad el punto de vista interno *qua* partícipes de una práctica social, como usuarios y aceptantes de sus reglas. En contraste, los enunciados externos son parte del lenguaje ordinario de un observador foráneo que no acepta ni utiliza la regla, pero que busca manifestar que otros lo hacen²⁰. En concreto, como señala SHAPIRO, el punto de vista interno que comporta la actitud crítico-reflexiva conlleva una forma peculiar de aceptación de ese estándar, se trata de su internalización²¹. Es decir, los sujetos que asumen el punto de vista interno respecto de las reglas no las siguen solamente por miedo a la reprobación social, sino que también las asumen como guía de su actuar en la sociedad.

Habría todavía algunas precisiones por realizar sobre la base de los hechos presentados. Conforme a lo hasta ahora expuesto, la costumbre –y consecuentemente, las normas consuetudinarias o reglas sociales²² que surgen de ésta– son fenómenos convencionales, esto es, no son naturales ni necesarios. En este sentido, LEWIS señala que difícilmente encontraríamos especímenes perfectos de convenciones en la realidad, y si concedemos que las costumbres de las que estamos hablando son *convencionales*, habría que modificar los cuantificadores universales por un «casi todos»²³ o «la mayoría». Esto es, no se requiere una convergencia perfecta ni absoluta en la conducta de los miembros de un grupo social para

²⁰ HART, 1994 [1961]: 102 – 103.

²¹ SHAPIRO, 2006: 1159 – 1160.

²² 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 diversas especies, 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.

²³ LEWIS, 2002 [1969]: 76.

poder acertar la existencia de una costumbre y de reglas sociales. Incluso, CELANO va un paso más allá al señalar que, tratándose de una práctica consuetudinaria real, los cuantificadores universales deben ser debilitados no solamente respecto de los participantes, sino también respecto de las instancias contextuales en que se realiza la práctica: «En la mayoría las instancias de *S*, la mayoría de los miembros de *G* realiza *C*»²⁴.

Un lugar común respecto de las normas consuetudinarias, e importante distinción en confrontación con las normas promulgadas, consiste en predicar la eficacia como una de sus propiedades necesarias²⁵. Esto es, que una norma de origen promulgado no sea observada no afecta su existencia²⁶. La eficacia es una propiedad contingente respecto de las normas de origen promulgado. Por otro lado, la existencia de las normas consuetudinarias parece exigir la observancia consistente y generalizada de la conducta exigida²⁷. Por tal motivo, el debilitamiento de los cuantificadores universales puede resultar conceptualmente problemático dado que supone; de algún modo, que existe un parámetro de ineficacia, ya sea porque la conducta no fue realizada en la instancia debida o porque no se percibió crítica o sanción alguna a quien se desvió del patrón de conducta. No obstante, el debilitamiento de los cuantificadores universales no supone un defecto para explicar la costumbre y las normas creadas a partir de la misma. Por el contrario, la eventual posibilidad del no acatamiento o desobediencia esporádica es conceptualmente necesaria para predicar la existencia de una norma en general y, por ende, también de una norma consuetudinaria. Para entender esto, puede ser de utilidad hacer uso de un razonamiento análogo respecto de las normas promulgadas: una de las principales razones para dictar o promulgar normas es motivar la conducta de los sujetos a los que se dirige. Por tal razón, no tiene sentido dictar una norma respecto de una conducta que sea lógica o causalmente necesaria.

El mismo principio sobre la motivación de la conducta rige en las normas consuetudinarias o reglas sociales. No tiene sentido predicar la exigibilidad normativa respecto de un comportamiento que es lógica o causalmente necesario. Un comportamiento

²⁴ CELANO, 1995.

²⁵ Aquí, la «eficacia» de la norma no debe ser confundida con la aplicación de una sanción o como la realización del fin que persigue la norma. Aquí la eficacia se relaciona con la observancia en el sentido de que las normas, incluso cuando son violentadas o cuando su cumplimiento es deficiente, figuran en el esquema de razones que sus sujetos tienen para actuar.

²⁶ HART, 1994 [1961]: 256.

²⁷ ALCHOURRÓN & BULYGIN, 1997 [1979]: 13

es exigido por una norma creada mediante una fuente social debido a que existe la posibilidad manifiesta de que ese comportamiento no sea ejecutado. Para decirlo con KELSEN: «[l]a norma que prescribiera algo que necesariamente, debido a una ley natural, siempre y por doquier debe producirse, sería tan insensata como la norma que prescribiera algo que, en razón de una ley natural, de ninguna manera pueda producirse»²⁸. Incluso, parecería extraño afirmar que los miembros de un grupo social tienen una actitud crítico-reflexiva respecto de conductas que son lógicas o causalmente necesarias. Por evidente que parezca, es importante no desatender este aspecto, pues refiere al carácter convencional tanto de la costumbre como de sus normas, y que cobra relevancia para distinguir entre el constructo social y la necesidad que orilla a su creación. Por decir, aunque dormir es una necesidad que se presenta por motivos fisiológicos, que solamos hacerlo sobre colchones es una costumbre propia de algunas sociedades.

Hasta este punto el análisis se ha centrado en los sujetos, su conducta convergente y la actitud que guardan respecto de la práctica. Sin embargo, retomando la base de elementos presentados por el análisis de las reglas sociales de HART, es necesario decir también algo más sobre las «instancias de *S*», es decir, sobre el contexto social en que la norma consuetudinaria es practicada y exigible. Las instancias de *S* son de suma relevancia, pues es solamente cuando es el caso que *S* que la realización de la conducta *C* cobra sentido tanto como práctica consuetudinaria como en su exigibilidad. Sólo en *S* los miembros del grupo *G* consideran a *C* un estándar vinculante. Entonces, *S* es conceptualmente necesaria para afirmar la existencia de *C* como un estándar de conducta exigible.

En general, las instancias de *S* refieren al tipo de hechos que conforman el *contexto normativo*. Pero es importante advertir que el contexto normativo se ve afectado en su evolución por el factor temporal. En un primer momento de la fase de surgimiento puede existir bastante ambigüedad social acerca de si la práctica es exigible como una regla o se trata de un simple hábito. Pero, eventualmente, esta situación madurará para hacer patente que la práctica es normativamente exigible, y que cuando ciertas circunstancias se presenten, los miembros del grupo deben comportarse de ese modo. La norma, sin embargo, existe desde el momento en que se ha concebido la conducta como exigible, a pesar de que las condiciones

²⁸ KELSEN, 1982 [1960]: 24; NAVARRO, 1990: 22.

de su exigibilidad todavía sean vacilantes. La distinción es sutil pero clave para comprender en qué medida las normas consuetudinarias son conceptualmente distintas de los meros hábitos sociales y, por ende, en qué medida –en tanto normas– son conceptualmente independientes de los hechos de los que supervienen.

En términos de KELSEN, el vocablo norma es un esquema de explicitación conceptual, de atribución de significado de lo que *debe ser*²⁹. El contexto de surgimiento normativo, referente a lo que se puede comprender como la fase de formación, es un lapso espaciotemporal en el que un hábito social evoluciona para ser cada vez más relevante en algún sentido, y puede haber cierta demanda acerca de su cumplimiento, pero el caso es un tanto difuso. Con el paso del tiempo, es posible que una norma consuetudinaria de formación consolidada pueda encontrarse vigente en un grupo social a pesar de que su puesta en práctica se haya tornado infrecuente. Este supuesto se puede presentar porque alguno de los elementos que conforman las instancias de *S* en *C* dejen de presentarse con asiduidad, de lo que no se sigue que la norma consuetudinaria no sea exigible si se presentan los elementos que conforman el contexto de las instancias de *S*. Es decir, las instancias de *S* surgen paulatinamente con la fase de formación normativa y evolucionan para tornarse en contexto de exigibilidad normativa. Posteriormente la misma norma puede seguir vigente, ser exigible, aunque se presente una fase de difuminación en la cual su práctica y exigibilidad cada vez sea más infrecuente, luego, eventualmente se retorne a una fase en la que su exigibilidad no sea clara, y eventualmente incluso sea posible que llegue al punto de desaparecer. Es decir, la existencia de la norma consuetudinaria, su práctica y su exigibilidad, son aspectos conceptualmente interrelacionados, pero también son conceptualmente independientes, por lo que las instancias de *S* se encuentran en constante evolución.

Por el momento es relevante enfocarse en la idea más general de lo que implica contar con un *contexto normativo*. De tal modo, en los tres casos ejemplificados anteriormente, la práctica o regularidad de las conductas a partir de las cuales predicamos la existencia de normas consuetudinarias específicas están, por decirlo en sentido figurado, «enmarcadas» por una serie de hechos y elementos fuera de los cuales expresar la existencia y exigibilidad de tales normas no tienen sentido. Es decir, las normas consuetudinarias se encuentran

²⁹ KELSEN, 1982 [1960]: 17.

ceñidas a *contextos* determinados en los que la realización de la conducta cobra sentido. El contexto normativo es una *convención* que, a su vez, es el producto de una serie de *convenciones* que componen el bagaje conceptual con el que operamos. Estas convenciones, en términos amplios, han sido denominadas por NINO como «términos teóricos» pues, si bien no hacen referencia inmediata a datos observables, se usan con determinadas *reglas de correspondencia* cuando se presentan ciertos datos empíricos³⁰. A su vez, las reglas de correspondencia a las que refiere NINO han de entenderse como reglas técnicas para la identificación y el uso de esos términos teóricos. Así, por ejemplo, para decir adecuadamente que en cierto lugar existe un «campo magnético» deben observarse las reglas {R₁, R₂, R₃, ... R_n}. En este tenor, las convenciones que componen un contexto normativo versan sobre *roles* y sobre *acciones*. Los roles pueden estar definidos por normas promulgadas como, por ejemplo, la norma que define quiénes son notarios o, a su vez, por normas consuetudinarias, como el rol de comerciante (en ausencia de una norma legislada que lo defina). Las acciones pueden ser, por ejemplo, los juegos, como el fútbol, o una práctica específica como, digamos, la cocción por escalfado. Estas acciones, a su vez, se componen de una serie de reglas que las definen y que se han de observar si se quiere llevar a cabo la acción en cuestión. A todo este tipo de *convenciones*, para efectos explicativos, las englobaré en la categoría *convergencia conceptual*, en tanto en un grupo social simultáneamente existe cierta concordancia para identificar y operar con más o menos las mismas reglas; como *roles* y *acciones*.

Parte de lo que posibilita afirmar que en un grupo o comunidad existe una «norma consuetudinaria» es la convergencia o concordancia de los participantes para identificar una serie de factores y actuar en consecuencia. Es decir, comparten un bagaje conceptual común, pues los participantes concuerdan en identificar roles, y coinciden en asociar a cada rol un conjunto de acciones posibles. Por ejemplo, la *convergencia conceptual* es propia del contexto en tanto se ejerce un rol como el de comerciante, el de actor de la comunidad internacional o, simple y llanamente, miembro de una determinada sociedad. Así, en amplios términos, decimos que alguien es comerciante porque lleva a cabo actos de comercio. Actuar en el rol es lo que identifica a los miembros de la comunidad en cuestión y de los que se

³⁰ NINO, 1983: 93.

predica se encuentran sujetos a susodichas normas. De este modo se explica también la *convergencia conceptual* en el actuar, y a partir de la cual se puede decir que en un determinado grupo hay prácticas comunes. De estas prácticas comunes emanan normas consuetudinarias o reglas, pues no solamente se practican, sino que también se consideran como las conductas debidas en ese contexto. Entre los comerciantes existe, en amplios términos, una actitud común que les insta a comportarse de determinadas maneras y a acatar ciertas pautas de conducta para «entenderse» (coordinarse) con otros comerciantes, y lo mismo se puede decir tanto de los agentes de la comunidad internacional como de los miembros de una comunidad indígena o de cualquier otro tipo de sociedad.

Lo dicho en el párrafo anterior posiblemente requiera todavía de mayores precisiones ejemplificativas, pues no se debe confundir la convergencia conceptual en acciones y actitudes que asisten a generar el contexto mismo, con la convergencia de acciones a partir de las cuales los participantes asumen una actitud crítico-reflexiva y, en consecuencia, se predica la existencia de una norma consuetudinaria. Por lo tanto, no es lo mismo la norma consuetudinaria del tequio que la regla conceptual o definicional³¹ mediante la cual se identifica a quiénes son los miembros de la comunidad mixteca. Asimismo, hay reglas que definen y que utilizamos para identificar qué es una «mercancía», y sin las cuales no podríamos concebir a la norma consuetudinaria de la «carta de porte» pero, en todo caso, se trata de dos objetos distintos y, por ende, de reglas o normas distintas.

En relación con la convergencia conceptual conviene acentuar algunas distinciones y realizar algunas precisiones. Mientras en el ejemplo de la comunidad internacional se identifica una norma de conducta directamente: «obligatorio abstenerse de intervenir en el territorio o política de otro Estado», tanto en el ejemplo de la comunidad mixteca como en el de los comerciantes hemos identificado normas consuetudinarias a partir de términos o conceptos específicos que no tienen sentido fuera de estas comunidades, «tequio» y «carta de porte» respectivamente. Este es un aspecto importante de las prácticas normativas en general³² pues, al igual que las normas promulgadas, las normas consuetudinarias presuponen

³¹ Por cierto, las reglas conceptuales o definiciones también pueden ser normas consuetudinarias, y esto tiene importantes consecuencias para la teoría jurídica. Este aspecto será profundizado en el capítulo III.

³² Digo de las prácticas normativas en general, porque no es ajeno a otros tipos de normas, como las morales o las de los juegos. Muchas normas jurídicas estatuidas establecen conceptos y definiciones que sólo tienen sentido en el ámbito de lo jurídico, como, por ejemplo, la figura de derecho civil del usufructo.

ciertas reglas de identificación conceptual; reglas que a su vez pueden ser entendidas también como consuetudinarias dada su naturaleza convencional, como las reglas de uso lenguaje natural; «[...] talking is performing acts according to rules» indica SEARLE³³. Las reglas de identificación conceptual, que a su vez son el producto de un conjunto de reglas directamente reguladoras del comportamiento, son denominadas por SEARLE como *reglas constitutivas*³⁴, y son reglas convencionales en el sentido en que es necesario comprenderlas y observarlas para lograr el resultado de coordinación deseado. Siguiendo la terminología de SEARLE, podemos decir que el «tequio» o la «carta de porte» son normas consuetudinarias, instituciones sociales, que no se concretizan si no se adecua la conducta de conformidad con las reglas que las definen³⁵. En este tenor, tanto el «tequio» como la «carta de porte» son *normas consuetudinarias constitutivas*, mientras que la norma de derecho internacional que prohíbe la intervención en el territorio o política de otro Estado es una *norma consuetudinaria regulativa*.

Es posible complementar la explicación de la *convergencia conceptual* y de *acción* de los participantes señalando que éstas se manifiestan en la asunción de determinados términos al bagaje conceptual de los individuos para actuar de manera consecuente en su comunidad. Lo que define a estos términos son sus reglas, y para lograr utilizarlos adecuadamente hay que observarlas. Por ejemplo, la carta de porte, para ser tal, *debe* contener ciertos requisitos elementales; se me ocurren: el nombre y la firma de las partes involucradas, los detalles de la mercancía por transportar, fecha de recepción de la mercancía, mención del medio de embalaje, nombre y dirección del destinatario. La carta de porte podría contener otros elementos, pero si no cumple los esenciales no es una carta de porte sino otra cosa. La regla se identifica a partir del *debe*, y la *convergencia conceptual* y de *acción* se observa en que ese *debe* es tanto exigido como acatado para hacer cartas de porte entre comerciantes. Esto es lo que OLIVECRONA denominaba el «lenguaje de la magia», pues hablamos como si creáramos efectos invisibles con simples palabras, pero sería erróneo por tal razón rechazar

³³ «[...] hablar es realizar actos de acuerdo con reglas». SEARLE, 2011 [1969]: 22.

³⁴ SEARLE, 2011 [1969]: 33 – 35.

³⁵ A su vez, las reglas constitutivas pueden incluir reglas de competencia, instituyendo autoridades normativas.

a ese lenguaje como si careciera de sentido, pues es de suma utilidad en la vida social. De tal manera, ejemplifica³⁶:

«El caso de la unidad monetaria es altamente esclarecedor. Encontramos aquí un sustantivo que, aparentemente, es usado para denotar un objeto. Pero no hay objeto alguno; la palabra ha cesado de denotar algo. Sin embargo, desempeña un papel importante cuando se la usa de cierta manera, de acuerdo con el derecho y la costumbre social. Por su intermedio se lleva a cabo todo el intercambio de bienes y servicios».

Como se mencionó con antelación, la cualidad de distinguir entre normas constitutivas y normas regulativas no es exclusiva de las normas consuetudinarias, y es una clasificación pertinente para las normas promulgadas también. Incluso, en este tenor, en el derecho, las normas consuetudinarias y las promulgadas suelen interactuar por vía de referencia de las primeras a las segundas. Por ejemplo, la formulación de una norma promulgada puede establecer «prohibido interactuar con quien se encuentre en estado de *tû-tû*»³⁷ pero es posible que no exista una regla promulgada que defina qué es *tû-tû* ni cómo se llega a estar en estado de *tû-tû* y, sin embargo, en el grupo social no se duda de la existencia del estado de *tû-tû* y se cuenta por lo menos con casos paradigmáticos de referencia de lo que es estar en estado *tû-tû* y cómo se adquiere dicha condición³⁸.

1. 2 Preliminares de la identificación de normas consuetudinarias

En la práctica del derecho, el paso que lleva de las varias fuentes a las normas jurídicas es la *identificación*³⁹. Las normas consuetudinarias comparten una importante similitud con las normas de origen promulgado, y es la imperante necesidad del uso de lo que en términos amplios puede ser entendido como una actividad interpretativa para su identificación. En esta

³⁶ OLIVECRONA, 1998 [1962]: 37 – 42.

³⁷ Véase ROSS, 1957.

³⁸ Con un tanto de perspicacia se puede notar aquí un problema conceptual no menor, y es que, con el ejemplo presentado, y siguiendo la dinámica entre reglas regulativas y reglas constitutivas, y la influencia de las reglas constitutivas consuetudinarias aún sobre la creación de normas promulgadas puede llevarnos a aceptar tesis tan radicales como que incluso nuestras reglas sobre el uso del lenguaje sean normas jurídicas consuetudinarias. No es necesario ser tan radicales, en efecto, nuestras reglas convencionales del lenguaje no son parte de las normas jurídicas consuetudinarias. No obstante, nada impide que el empleo de cierta terminología (i. e., reglas de lenguaje) sea adoptada de manera particular en la práctica del derecho, generando consecuencias jurídicas en su interacción con otras normas, por lo que, en ciertas ocasiones, algunas reglas de *un* lenguaje convencional podrían llegar a formar parte del cúmulo de normas jurídicas consuetudinarias.

³⁹ BULYGIN, 1994: 14.

línea, las normas de origen promulgado son concebidas como el sentido de un texto jurídico; sentido al que se accede mediante la actividad de la interpretación⁴⁰. Esto es, las normas son el significado de un enunciado resultante de un acto prescriptivo que se materializa en un texto jurídico. En la práctica del derecho, habitualmente, estos enunciados se encuentran en fuentes escritas como disposiciones legislativas, sentencias judiciales o resoluciones de autoridades administrativas. Las normas consuetudinarias, por su parte, son el resultado de una actividad interpretativa que versa sobre diversos hechos que se presentan en el mundo. En este caso se realiza una interpretación conjetural sobre la relación de los motivos que generan ciertos efectos respecto de una serie de eventos⁴¹. De modo que una norma consuetudinaria es el significado que el intérprete identifica respecto una serie específica de sucesos en un determinado grupo social. En esencia, como señala BULYGIN, los problemas interpretativos son los mismos con independencia del origen de las normas⁴². El problema radica en identificar el significado o sentido.

Antes de avanzar, conviene detenerse para realizar algunas precisiones no menores respecto de la noción general de *interpretación* y la vaguedad en el significado que se identifica en los términos o en los eventos. Esto concierne al problema de la indeterminación que la tradición analítica suele englobar bajo el rótulo de la «textura abierta».

Hasta el momento se ha señalado que, de manera general, la actividad mediante la cual se identifican las normas es denominada *interpretación*. Usualmente se concibe a la actividad de interpretar como dotar de significado o sentido a un texto o evento⁴³. No obstante, esto parece sugerir de manera necesaria un acto de carácter volitivo que refiere al arbitrio del intérprete para decidir entre los significados o sentidos que es posible atribuir a un texto o evento. Pero asumir esta visión radical; totalmente discrecional, conlleva admitir un enfoque escéptico que niegue la posibilidad de conocimiento, ya sea de lo que en verdad significa un texto, o del sentido que una sociedad comparte respecto de una serie específica de sucesos. Para el enfoque radical, todo lo que el mundo significa se encuentra totalmente sujeto a la discreción del intérprete y, en rigor, no existen los significados ni, como consecuencia, las

⁴⁰ ALCHOURRÓN & BULYGIN, 1983: 443.

⁴¹ En esto consiste la interpretación de eventos. Véase GUASTINI, 2011: 6.

⁴² BULYGIN, 1994: 14.

⁴³ GUASTINI, 2011: 4.

normas. La tradición analítica en filosofía jurídica, en general, rechaza esta postura y asume lo que GUASTINI⁴⁴ ha denominado una actitud «neocognitivista» o «ecléctica» de la interpretación. Esta postura se encuentra cimentada en la teoría de HART y su exposición sobre la irreductibilidad de la «textura abierta» en nuestras formas de comunicación; esto es, en la vaguedad o indeterminación del significado en lo que se busca comunicar⁴⁵. En este sentido, la postura ecléctica de la interpretación también rechaza al cognitivismo llano, de acuerdo con el cual, la interpretación es siempre un acto de conocimiento y, consecuentemente, existe siempre una interpretación correcta y verdadera. La postura ecléctica sostiene que la interpretación vacila en una escala entre un acto de conocimiento y un acto de decisión que, dependiendo el caso, puede inclinarse más sobre uno u otro extremo del espectro. En este tenor, respecto de la interpretación, el propio KELSEN señala que la determinación de la norma nunca es completa, pues no puede fijar todos los sentidos del acto mediante el cual se la aplica por lo que «[s]iempre permanecerá un mayor o menor espacio de juego para la libre discrecionalidad»⁴⁶.

La teoría ecléctica considera que entre nuestros medios de comunicación existe siempre un núcleo estable y aceptado de significado a la par de una penumbra de incertidumbre. Para ilustrar este aspecto, HART recurre al lenguaje como medio paradigmático de comunicación. Inherente a la naturaleza del lenguaje, siempre existirán límites en su función de guía comunicativa. Habrá casos claros en los que ciertas expresiones generales son claramente aplicables a un determinado caso, pero también habrá ocasiones en las que esto no será así⁴⁷.

La relación de un lenguaje, de sus signos, con la realidad, no es natural, sino artificial. Es decir, la relación de significación entre términos de un lenguaje y el mundo es una *relación convencional*. Por lo tanto, la dimensión cognitiva de la interpretación consiste en especificar las reglas semánticas de designación de los símbolos descriptivos de un lenguaje⁴⁸ con lo que buscan referir. Las reglas semánticas funcionan como cánones interpretativos que asisten a disminuir la incertidumbre en tanto son reglas generales del lenguaje, pero ellas mismas pueden requerir ser interpretadas. No obstante, existen casos familiares en los que el

⁴⁴ GUASTINI, 2017: 295 – 396.

⁴⁵ HART, 1994 [1961]: 124 – 128.

⁴⁶ KELSEN, 1982 [1960]: 350.

⁴⁷ HART, 1994 [1961]: 126.

⁴⁸ BULYGIN, 1994: 16.

reconocimiento de las instancias de aplicación es automático y no parece presentar problemas. Esto es lo que permite que el lenguaje funcione como medio de comunicación fluido, y es el núcleo común de conocimiento al que refiere la dimensión cognitiva de la interpretación. Por otro lado, pueden presentarse variantes en los casos familiares que generen duda sobre la aplicación de una regla o término. En tales situaciones la convención no es nítida o no existe un acuerdo general, y su solución solamente puede darse mediante una elección entre alternativas⁴⁹. En esto consiste la vaguedad de significados en la textura abierta, y la interpretación se presenta como la actividad de decidir entre significados posibles. En este sentido, no es descartable que un supuesto acto de interpretación caiga en el extremo de la arbitrariedad, así como tampoco es descartable que exista el supuesto de identificación de una norma por un acto de llano de cognición (o de altísima cognición). Incluso es inevitable asumir el segundo supuesto como hipótesis necesaria del funcionamiento ordinario del lenguaje y, en línea jurídica, como necesario para que sean posibles los actos de comunicación normativa por medio de la legislación⁵⁰.

Como consecuencia, el problema de la textura abierta no debe entenderse como limitado a las disposiciones escritas u orales, dado que la vaguedad es de significados, y estos también se atribuyen a los eventos; a sucesos de los que podemos tener conocimiento mediante la lectura de un texto normativo o atendiendo a las conductas sociales y sus formas de comunicación no escrita, como los ejemplos o la *viva voce*.

Al respecto, tanto de las normas promulgadas como de las normas consuetudinarias es posible afirmar que hay casos claros o paradigmáticos que no presentan controversia acerca de la existencia y la exigibilidad de una norma pues no existe duda respecto de los términos del *contexto normativo*⁵¹, tanto si hay convergencia en los hechos como en el alcance de la norma. Por ejemplo, ante una norma –que indistintamente puede ser de origen promulgado o consuetudinaria – cuya comunicación puede formularse mediante el enunciado como «se encuentra prohibida la venta de bebidas alcohólicas a menores de edad» resulta nítida su

⁴⁹ HART, 1994 [1961]: 126 – 127.

⁵⁰ NAVARRO, 2005a: 121 – 122.

⁵¹ Para evitar equívocos, el contexto normativo no debe ser confundido con el antecedente que condiciona la aplicación de una determinada norma, sino simplemente el ámbito en el que ciertas normas cobran vigencia. Por ejemplo, las normas de un club deportivo rigen en su recinto y, para sus socios, afuera del recinto en aspectos concernientes al club.

exigibilidad para el dependiente de un negocio frente a un chico de once años que pretende comprar una botella de mezcal. No existe duda sobre el hecho de que la botella de mezcal entra dentro de la categoría de bebidas alcohólicas, y que una persona con escasos once años es un menor de edad conforme a nuestras convenciones. Asimismo, el problema de la vaguedad es similar en ambos tipos de normas cuando existe duda acerca del alcance de la exigibilidad de la norma. Para ilustrar, puede servir pensar en el caso de una comunidad de asistentes a la iglesia en donde existe una norma social que exige a los varones descubrirse la cabeza al entrar al recinto, pero existe duda acerca de si la misma debe ser exigible respecto de los bebés⁵². En esta circunstancia no existe duda de la existencia de la norma, las condiciones del contexto normativo se verifican, el caso es familiar, pero existe duda sobre si es aplicable a una categoría más fina, los varones que además son bebés. El mismo debate se puede dar en general sobre el significado de los términos atribuidos a una actividad requerida. En el caso del tequio, se podría discutir si la actividad III cuenta como «trabajo colectivo». En este supuesto, no hay duda de que existe la regla del tequio, sobre lo que hay duda es sobre si la regla convencional que define qué es el tequio es aplicable a la actividad III; es decir, existe un problema de *convergencia conceptual*⁵³.

Existe un aspecto de distinta índole respecto de la identificación de las normas consuetudinarias, y que no parece afectar a las normas de origen promulgado. En rigor, no obstante, no es un problema interpretativo sobre la norma misma, sino sobre su vigencia. Es decir, cual un sociólogo que interpreta hechos sociales, en este caso habría que interpretar si los eventos que dan lugar al *contexto normativo* se continúan presentando con la intensidad o consistencia suficiente como para acertar que la norma se encuentra vigente en el grupo social. Retomando lo expuesto con antelación, la cuestión radica en determinar si el contexto normativo aún se presenta íntegramente.

Las costumbres no nacen y desaparecen *ipso facto*, por lo mismo, son observadas por la sociedad en distintos grados. Por decirlo con mayor precisión, la serie de eventos sobre los que interpretamos que existe una costumbre y una norma consuetudinaria que la acompaña, se presentan en distinta intensidad. Cuando la serie de eventos se presenta con constancia, en

⁵² DWORKIN, 1978: 48 – 50.

⁵³ Lo cual no implica que no exista la convención del tequio, solamente que existe duda sobre si III encuadra en esa categoría.

la mayoría de las «instancias de *S*» no dudamos en afirmar que la costumbre se encuentra vigente, figurativamente podemos decir que se observa con claridad, y es innegable, que la norma consuetudinaria que la acompaña es eficaz. Cuando, por el contrario, la intensidad es mediana o baja, y ya no es tan evidente que se pueda afirmar que «*X* es una costumbre que la mayoría observa» pero, no obstante, todavía se puede señalar que «ciertos miembros de la población aún observan *X* y consideran justificado criticar a quien no lo hace», nos encontramos ante un problema no menor. La eficacia se ha tornado intermitente, y puesto que se considera –en algún sentido– a la eficacia y a la consecuente vigencia como una cualidad definitoria de las normas consuetudinarias⁵⁴, entonces, esto es un aspecto importante por considerar al momento de determinar si la norma interpretable a partir de *X* aún está en vigor.

En este tenor, es menester distinguir dos supuestos distintos de eficacia de las normas sobre los que CARACCIOLO⁵⁵ ha arrojado luz:

- a) Eficacia como relación. Una norma *N* es eficaz cuando un estado de cosas se adecua a su contenido. En el caso de las normas consuetudinarias esto refiere al *contexto normativo*, la frecuencia con que se presentan las «instancias de *S*».
- b) Eficacia como propiedad. Una norma *N* es eficaz si es posible afirmar la existencia de un conjunto no vacío de actos que constituyan en cumplimiento del contenido de *N*. En términos de normas consuetudinarias, puede darse que, a pesar de que las circunstancias que conforman el contexto normativo continúan presentándose con frecuencia, una importante parte de la población deja de atender la conducta que era exigida por la regla y la intensidad en la crítica a la no observancia de la conducta se reduce, incluso para una parte importante de la población cesa en encontrarse justificada la crítica.

El supuesto de la eficacia como propiedad no es lógicamente independiente de la eficacia como relación⁵⁶, y no es sencillo distinguir sus confines. Tampoco se soluciona el problema conceptual sencillamente señalando que la norma deja de estar vigente cuando es

⁵⁴ ALCHOURRÓN & BULYGIN, 1997 [1979]: 12 – 13.

⁵⁵ CARACCIOLO, 1977: 18 – 19.

⁵⁶ NAVARRO, 1990: 59.

infrecuente que se presente el contexto pues, consecuentemente, es infrecuente que se observe la conducta referida y se critique a quien se desvía de ese patrón de conducta. Con antelación se ha señalado que, del hecho de que sea infrecuente que se presenten las «instancias de *S*», no se sigue que las reglas que en ellas se exigen no se encuentren vigentes. En este tenor, el enunciado «la norma consuetudinaria es eficaz» es analítico cuando la eficacia se predica como propiedad. No obstante, como destaca NAVARRO, el mismo enunciado es sintético, y no tiene nada de contradictorio, cuando se predica la eficacia como relación⁵⁷. Por ejemplo, entre un grupo de amigos la regla cuando se reúnen a beber en su bar preferido es dividir en partes iguales la cuenta al momento de pagar. Esto es así al grado que siempre que alguien propone una solución distinta, la misma es socavada; es decir, la regla tiene eficacia como relación. Pero, del hecho de que cada vez sea menos frecuente que se reúnan a beber en el bar preferido, no se sigue que la regla haya perdido vigencia, y que en el remoto caso en que se reúnan, ésta sea observada. Sin embargo, si con independencia de la frecuencia con que se reúnen en el bar preferido, en intermitentes ocasiones tanto el acatamiento como la crítica no se presentan, puede surgir duda sobre la vigencia y existencia de la regla en ese grupo, es decir, ha perdido eficacia como propiedad.

Innegablemente se puede cuestionar si una norma consuetudinaria sigue existiendo en caso de que la eficacia como relación se presente entre intervalos demasiado holgados, esto es, que la eficacia como propiedad se comience a desvanecer. Incluso, es posible que hayan cesado de presentarse los supuestos del contexto normativo hace tanto tiempo que la regla en cuestión resulte anecdótica, en verdad, obsoleta. Estos cuestionamientos cobran especial relevancia para la dogmática jurídica. Para el Derecho Romano clásico, parte del fundamento de la autoridad de la costumbre como fuente jurídica descansaba en su uso continuo y prolongado. Después de todo, el uso continuo y prolongado era evidencia de la presencia de una *opinio juris sive necessitatis* en esa práctica convergente, por lo que no era una concebida como mera costumbre, sino como una norma jurídica vinculante para todos⁵⁸. El aspecto de la continuidad prolongada es retomado y enfatizado por BLACKSTONE, quien lo considera un elemento esencial de la validez jurídica de las normas consuetudinarias⁵⁹.

⁵⁷ NAVARRO, 1990: 61.

⁵⁸ BEDERMAN, 2010: 20 – 21; TAMAYO Y SALMORÁN, 2015: 61 – 62.

⁵⁹ HIERRO, 2003: 47; BEDERMAN: 2010: 32.

Indagar sobre la eficacia como propiedad puede resultar más esclarecedor al abordar conceptualmente el problema de la existencia de las normas consuetudinarias. Una respuesta satisfactoria en este rubro puede ser un buen indicio para extender su explicación a la eficacia como relación, considerando la dependencia lógica.

En el caso de la eficacia como propiedad, importa indagar qué sucede conceptualmente con la existencia de la regla cuando, a pesar de que se presenta la ocasión, comienza a vacilar su acatamiento y la crítica sobre quienes se desvían del estándar de conducta. Después de todo, como se ha señalado, para decir que hay regla social en un grupo, los cuantificadores no necesitan ser universales, y su existencia se condice con cierta vacilación entre sus componentes. El asunto relevante por indagar es determinar en qué medida se exige convergencia tanto de la observancia de la práctica como de la crítica a quien se desvía.

En la filosofía acerca de los fenómenos convencionales, GILBERT encabeza una importante objeción a la aparente exigencia conceptual de sostener una práctica de comportamiento conforme entre la mayoría de los miembros de un grupo en la mayoría de las instancias para poder afirmar la existencia de una convención en términos normativos, como las reglas sociales⁶⁰. La postura de GILBERT es compleja e involucra varios aspectos que no conciernen todavía a este punto del trabajo, por lo que será abordada con mayor detalle posteriormente. Por el momento, basta señalar que su visión considera a la práctica, no como un dato irrelevante, pero sí como un aspecto contingente de lo que exige conceptualmente una regla social –y las convenciones sociales en general. Esto es, la práctica de la conducta no es lo que define que «poseamos» una regla como grupo. Lo que hace que tengamos una regla es la aceptación compartida de la misma como un principio de acción en tanto miembros del grupo. Se trata de un salvoconducto (*fiat*) grupal acerca del modo en que uno ha de actuar en ciertas situaciones⁶¹. En esta línea de razonamiento, GILBERT plantea el ejemplo de un círculo social en el que existe una convención –como regla– de enviar cartas de agradecimiento a los anfitriones después de que han organizado reunión para cenar. Con el tiempo, por una razón u otra, algunos miembros del grupo llegaron a olvidar enviar cartas hasta que parecía demasiado tarde, otros consideraron mejor hacer llamadas telefónicas pues

⁶⁰ GILBERT, 1989: 346.

⁶¹ GILBERT, 1989: 377.

la práctica parecía anticuada, otros simplemente se avergonzaban de su escritura a mano y lo evitaban. De modo que, en general, ya no se envían cartas de agradecimiento a los anfitriones después de una cena, aunque hay quien todavía lo hace, otros lo hacen ocasionalmente, y hay quien piensa en hacerlo, pero no lo lleva a cabo. Se cuestiona GILBERT, ¿esto significa que su círculo social ya no cuenta con la convención de enviar tarjetas de agradecimiento después de una cena?⁶² La respuesta negativa parece no convencerla, o al menos no tiene claro por qué no⁶³, si es que siguen considerándola una convención propia de su círculo social⁶⁴.

Esto tiene implicaciones prácticas relevantes para el derecho. Imaginemos que una disposición legislativa exige al juez aplicar la norma consuetudinaria N . El juez realiza las labores de indagación pertinentes, y por distintos medios constata que la supuesta norma consuetudinaria N_i que debería regir en el grupo G para las instancias de S_i , ha tenido una eficacia desconcertantemente intermitente en el intervalo de tiempo T_n :

✓	✓	X	X	X	✓	X
Si1	Si2	Si3	Si4	Si5	Si6	Si7

De tal manera, el juez constata que la norma ha sido observada (sea por acatamiento o por crítica a quien se ha desviado) en las instancias S_{i1} , S_{i2} y S_{i6} , pero en las instancias S_{i3} , S_{i4} , S_{i5} y S_{i7} , tanto el acatamiento de la conducta exigida por la norma como las manifestaciones de crítica ante el desvío, pasaron inadvertidos entre los miembros del grupo G .

Dando por sentado que el juez procura honrar su deber de ser imparcial, la resolución del caso no es sencilla, e implica varios aspectos por tomar en cuenta. Los cuernos del dilema que se presentan son, considerar que la norma consuetudinaria es aquello que los miembros de G mayoritariamente han realizado de cara a las instancias de S , o no atender tanto a la práctica sino en indagar si los miembros de G consideraban a N_i un estándar vinculante ante las instancias de S . Ante el primer cuerno, asumiendo que se tratara de un periodo de tiempo razonable en el que se ha desarrollado la práctica, si el análisis de las instancias contenidas

⁶² GILBERT, 1989: 345.

⁶³ MARMOR, 2009: 3.

⁶⁴ GILBERT, 1989: 347 – 348.

en éste mostrara que la norma ha regido en proporción de 2/1, permanecería el halo de incertidumbre sobre si es posible afirmar que la norma se encuentra vigente. Si, asumiendo el otro cuerno, el juez se decanta por considerar la intermitencia de la práctica de observar la norma como un dato secundario, y discurre más relevante si es considerada por los miembros del grupo *G* como una norma propia, encontrará el problema no menor de indagar entre una disonancia de opiniones de lo más diversas por los motivos más variados, y que difícilmente le permitan tener una imagen clara de si es considerada como una norma del grupo *G*. Algunos podrán considerar que lo era, pero no más, porque ha entrado en *desuetudo*. Otros que afirmarían que sí es una norma del grupo, pero considerarían injusto exigirla puesto que ya nadie espera que sea cumplida y, de hecho, se conducen de manera distinta. Otros, de actitud muy kantiana, asumen que es una regla del grupo y que el hecho de que casi nadie la observe no obsta que el juez cumpla con su deber de hacerla cumplir. Aún más, si determinar que *Ni* es una norma consuetudinaria exigible involucra que el juez imponga sanciones, un buen punto en defensa de quien pueda ser castigado es que el juez incurre en una aplicación inequitativa del derecho; incluso arbitraria, pues la gran mayoría de personas no son sancionadas por la inobservancia de la norma *Ni*, por lo cual no es evidente que se trate de un estándar públicamente exigible.

Para solventar este impase se requiere un análisis más detallado sobre la naturaleza de nuestras convenciones, el cual será desarrollado con posterioridad en el capítulo IV. Por el momento, y para los fines del presente capítulo, se acordará en asumir que una norma consuetudinaria es creada a partir de una práctica observada por la mayoría de los miembros de un grupo. Que esa práctica se torna en un estándar de comportamiento que justifica la crítica a quien se desvía del mismo. En este tenor, la aceptación por parte de los miembros de un grupo de la práctica como un estándar de evaluación de la conducta es un dato de suma relevancia, al grado que permite sostener la vigencia de la norma más allá de un cierto grado de vacilación en la vigencia de su observancia.

2. Ontología de normas

Antes de entrar de fondo en los problemas propiamente teóricos en torno a los sistemas jurídicos, es primordial abordar una cuestión previa, no estrictamente de teoría jurídica, sino de lo que sería una teoría de las normas, referente a su ontología en tanto normas, sin importar

si son jurídicas o no. Es decir, hasta el momento se ha indagado sobre los hechos que asisten a identificar una norma consuetudinaria. Distintos arreglos de propiedades definen diversos tipos de normas: promulgadas, consuetudinarias, morales, por mencionar algunas. Un objeto que posee o carece de una cierta propiedad se dice, se encuentra en el *rango* de la propiedad concernida. El rango de una propiedad es lo que VON WRIGHT denominaba *rango de significación*. La posesión o carencia de cierta propiedad es lo que define que tenga sentido o carezca del mismo atribuir a un objeto esa propiedad⁶⁵. STRAWSON expone una postura similar cuando señala que el significado de una expresión no consiste en el conjunto de cosas o la cosa particular a la que se puede hacer referencia cuando se la usa. El significado es establecido por las reglas, convenciones o hábitos presupuestos que definen las propiedades que un objeto debe poseer para encontrarse dentro de su rango de significación⁶⁶. No obstante, la explicitación de esas reglas y las propiedades no comprende una explicación acerca de la naturaleza del objeto explicado, es decir, cuál es la naturaleza del objeto sobre cuyas propiedades se ha indagado.

La cuestión es relevante pues, como FERRER BELTRÁN y RODRÍGUEZ señalan: «[l]a postura que se adopte en torno a la caracterización de los sistemas normativos en general, y de los sistemas jurídicos en particular, se encuentra estrechamente vinculada con el modo en que se caracterice a las normas»⁶⁷. En otros términos, la caracterización que se presente no sólo de las normas consuetudinarias, sino de las normas en general, tendrá repercusiones en la caracterización de los sistemas normativos, especialmente si se entiende que de dicha caracterización está estrechamente vinculada con cómo operan los sistemas normativos, y más específicamente, en lo que nos interesa, los sistemas jurídicos.

ROSS se lamentaba que entre los teóricos del derecho no exista acuerdo sobre qué es una «norma» o cuáles sean sus características definitorias, de hecho, y frecuentemente, el concepto es utilizado sin definirlo en absoluto⁶⁸. Como señala TAMAYO, tal falta de precisión, aunque importante, no ha sido catastrófica para la ciencia jurídica, dado que la noción de *norma* con la que operan teóricos y juristas corresponde a las intuiciones básicas sobre los

⁶⁵ VON WRIGHT, 1984: 42 – 43.

⁶⁶ STRAWSON, 1950: 327, 332 – 334.

⁶⁷ FERRER BELTRÁN & RODRÍGUEZ, 2011: 27.

⁶⁸ ROSS, 1968: 78.

hechos y funciones que asociamos con las normas jurídicas (son promulgadas, prescriben conductas, sirven como parámetro para para juzgar la conducta, son el fundamento de decisiones judiciales, etc.)⁶⁹. Sin embargo, la cuestión de la ontología de las normas no es un problema baladí. Son diversas las concepciones, y largos los debates que se han desarrollado, en torno a la pregunta acerca de qué es una norma, y más específicamente, una norma jurídica. La importancia de dicha labor radica en las consecuencias lógico-sistemáticas que se podrán predicar una vez afirmadas las características que componen el concepto de «norma». ALCHOURRÓN y BULYGIN son quienes han sacado a la luz este problema en la teoría jurídica contemporánea, destacando que existen dos diversas concepciones de normas, contrapuestas e irreconciliables, la concepción *expresivista* y la *hilética*, que podemos estipular en denominar *pragmática* y *semántica* respectivamente. La primera ha permeado una larga tradición de la filosofía jurídica, y es la sostenida por pensadores como BENTHAM, AUSTIN, ROSS, y en cierta medida por KELSEN. La segunda, la *semántica*, ha sido especialmente desarrollada por autores preocupados por desarrollar una lógica de normas, y en la filosofía jurídica, ha sido desarrollada por pensadores como KALINOWSKI o WEINBERGER⁷⁰,

Asimismo, existe quien, como GUASTINI, señala que el antagonismo entre ambas posturas es un falso problema, y que en verdad éste no existe, sino que ambas concepciones dicen algo distinto sobre las normas, por lo que son complementarias, dando lugar a una *concepción mixta*⁷¹.

Los debates han sido largos y persistentes, aunque únicamente de manera tangencial o anecdótica se ha mencionado cómo es que estas concepciones puedan ser oportunas respecto de las normas consuetudinarias, habiéndose centrado en las condiciones de existencia de las normas promulgadas. Por tal motivo, el presente análisis pueda resultar esclarecedor, no sólo para los fines de este trabajo, sino para arrojar luz al debate acerca de la ontología de las normas en general pues, queda claro que, si una concepción de normas se ha de sostener

⁶⁹ TAMAYO Y SALMORÁN, 2013: 175. En sentido similar, CARACCILO señala que la idea generalizada de que existe un «lenguaje del derecho» permite independizar las posiciones en controversia sobre qué sean las normas y habilita a un acuerdo según el cual, sin importar qué sean éstas en última instancia, se acepta que están dotadas de un aspecto simbólico del que hay que dar cuenta y que permite decir, como mínimo, que son expresables lingüísticamente. CARACCILO, 1988: 17 – 18.

⁷⁰ ALCHOURRÓN & BULYGIN, 1981: 125 – 126.

⁷¹ GUASTINI, 2014a: 296 - 297.

como la adecuada, ésta debe permitir dar cuenta no sólo de las normas promulgadas, sino también de cualquier otro tipo de normas⁷².

2. 1 Concepción pragmática y concepción semántica

Como oportunamente destaca CARACCIOLO, el antagonismo sobre cuál sea la concepción adecuada de las normas trasciende las disputas entre posturas teóricas del derecho y encuentra sus bases en una disputa filosófica más general acerca de la clase de entidades que componen el mundo⁷³. Por un lado, el *nominalismo*, escéptico de la existencia de entidades u objetos universales que trascienden el tiempo y el espacio. Por el otro, el *realismo* que, por el contrario, sostiene la existencia de entidades u objetos ideales o abstractos no sujetos a las dimensiones de espacio y tiempo como las entidades u objetos empíricos.

La *concepción pragmática* sostiene que las normas son esencialmente el resultado de un uso prescriptivo del lenguaje, no existen como entes u objetos abstractos, y únicamente se las puede distinguir en el nivel pragmático, siendo las normas esencialmente *órdenes*. Para esta postura, es solamente en el nivel pragmático del lenguaje que surge la diferencia entre aseveraciones, preguntas u órdenes. No hay diferencia en el nivel semántico⁷⁴. Pero hay que ser cuidadosos y distinguir las normas de las proposiciones normativas⁷⁵; *i.e.* las proposiciones que afirman la existencia de una norma o que aseveran que cierta conducta es obligatoria o se encuentra prohibida.

⁷² El caso contrario resultaría contraintuitivo, puesto que implicaría que con el sintagma «norma» referimos no sólo a objetos distintos entre sí, sino que no comparten propiedades comunes que justifiquen ubicarlos en la misma categoría conceptual.

⁷³ CARACCIOLO, 1997: 160 – 161.

⁷⁴ Para esta concepción no existe diferencia semántica entre los siguientes enunciados: «está prohibido fumar», «¡está prohibido fumar!» y «¿está prohibido fumar?». La diferencia solamente podría ser distinguida respecto del uso del lenguaje de quien profiere las oraciones anteriores.

⁷⁵ ALCHOURRÓN & BULYGIN, 1981: 124. Es oportuno aclarar que, en principio, quien sostenga una postura pragmática, consistente con el trasfondo nominalista, tampoco podría aceptar la existencia de las proposiciones, que también son entidades abstractas. No obstante, este no es necesariamente el caso. Dentro del nominalismo existen diversas corrientes que buscan dar cuenta de propiedades, números, proposiciones y, en general, de supuestas entidades abstractas o universales. No es este el espacio para indagar más al respecto. Baste decir, con RODRÍGUEZ-PEREYRA que, en términos generales, el aspecto esencial que exige toda postura nominalista es negar la existencia de objetos abstractos *per se*. Consecuentemente, negar la existencia de propiedades, números, proposiciones o normas no sería lo que define a una postura nominalista. Para el nominalismo basta concebir a tales objetos como concretos o particulares. RODRÍGUEZ-PEREYRA, 2002: 2 – 3. Por lo tanto, mantener una postura semántica en torno a la ontología de normas no implica irremediabilmente comprometerse con una ontología realista.

Por su parte, la *concepción semántica* caracteriza a las normas como entidades parecidas a las proposiciones (*proposition-like entities*)⁷⁶, esto es, como significados de ciertas expresiones denominadas *oraciones normativas*. Para esta concepción, las normas son entidades independientes del lenguaje, aunque sólo pueden ser expresadas mediante éste. Se trata de entidades abstractas, puramente conceptuales⁷⁷.

Como se puede observar, ambas concepciones suponen que las oraciones normativas pueden ser analizadas en un contenido descriptivo, esto es, un contenido proposicional consistente en la descripción de una acción o un estado de cosas resultante de una acción, así como por el operador normativo que califica a esa acción⁷⁸. Pero, entre asumir una u otra postura hay consecuencias relevantes. Para los *pragmatistas* no es posible hablar de una lógica de normas –en rigor– pues carecen de valores de verdad y, por otro lado, al centrarse en la dimensión imperativa, rechazan la posibilidad de afirmar la existencia de normas permisivas⁷⁹. No obstante, su dificultad primordial es que, al concebir a las normas como «actos concretos de ordenar», resulta inconcebible una lógica de normas, pues no puede haber una lógica de actos. Estos problemas no se presentan entre los promotores de la *concepción semántica*, quienes, en principio, no encontrarían problemas en asignar valores de verdad y falsedad a las normas⁸⁰, y tampoco tienen inconveniente en aceptar por lo menos dos tipos de normas: las imperativas y las permisivas⁸¹. Como señalan ALCHOURRÓN y BULYGIN, las posturas son incompatibles y no hay espacio para posiciones intermedias. En sus propias palabras: «[s]i las normas son expresiones en un cierto modo pragmático, entonces no pueden ser parte del significado; si son sentidos (proposiciones) entonces son independientes de cualquier uso lingüístico o modo pragmático»⁸².

⁷⁶ VON WRIGHT, 1963: VI.

⁷⁷ ALCHOURRÓN & BULYGIN, 1981: 123.

⁷⁸ KRISTAN, 2014: 64 – 65.

⁷⁹ Aunque la excepción existe, siendo el primero en desafiar esta tesis MORITZ en su ensayo «Permissive Sätze, Erlaubnissätze und deontische Logik». KRISTAN ha abordado también a detalle esta posibilidad, estudiando dos enfoques para dar cuenta de las normas permisivas bajo los postulados de una concepción pragmática: Uno a partir de los postulados de MORITZ y otro en consideración del principio de parsimonia para la resolución de problemas de OCKHAM (*i.e.* «navaja de OCKAHM»). KRISTAN, 2014.

⁸⁰ No obstante, asumir una concepción semántica tampoco orilla a asumir que las normas posean valores de verdad o falsedad.

⁸¹ ALCHOURRÓN & BULYGIN, 1981: 125 – 126.

⁸² ALCHOURRÓN & BULYGIN, 1981: 124.

A simple vista, la concepción pragmática parece llanamente inadecuada para dar cuenta de las de normas consuetudinarias, pues reduce sus condiciones de existencia al uso prescriptivo del lenguaje, a órdenes, algo que puede dar cuenta de las normas promulgadas en tanto prescripciones cuya autoridad formuladora es relativamente sencilla de identificar, sea el legislador, el juez o, en el caso de normas no jurídicas, alguien con cierta pretensión de autoridad, como los mandatos que los padres dirigen a sus hijos. Pero, respecto de la noción de norma consuetudinaria que hemos analizado esto no es posible, pues no hay autoridad o persona con tal pretensión identificable que realice un acto prescriptivo. No obstante, ALCHOURRÓN y BULYGIN han sostenido que la concepción pragmática sería fácilmente adaptable para las normas consuetudinarias, puesto que la existencia de éstas depende de ciertas disposiciones que se revelan en determinadas acciones⁸³. Es posible que la labor sea sencilla, pero que el resultado sea medianamente satisfactorio parece más dudoso.

La idea central de la postura pragmática es que la condición suficiente para que una norma exista –consuetudinaria o promulgada– es que, mediante un uso prescriptivo del lenguaje se profiera una orden o mandato, siendo contingente cualquier otra consideración. Por lo cual, para afirmar que estamos frente a una norma consuetudinaria habría que determinar cuáles son las condiciones en que la orden es emitida. Respecto de las normas promulgadas, es precisamente el acto de promulgación el que estatuye y crea a la norma. En el caso de las normas consuetudinarias es posible concebir una estrategia de explicación basada en supuestos de la pragmática en la lingüística.

Permaneciendo fieles a la tesis de la postura pragmática de que la norma es inseparable del uso prescriptivo del lenguaje, entonces, el hecho que debe ser sustituido no es la emisión de una oración prescriptiva, sino la calidad del sujeto que la emite. Mientras que respecto de las normas promulgadas el agente emisor de la oración prescriptiva tiene y asume personalmente un rol de autoridad que respalda su actuar⁸⁴, respecto de las normas

⁸³ ALCHOURRÓN & BULYGIN, 1981: 127.

⁸⁴ Esto no significa que en una comunidad no haya sujetos que sean concebidos como autoridades más allá de cualquier cualidad jurídica. Lo que se busca aquí es mantener una distinción. Si la fuente de una norma es un acto proveniente de la voluntad de una autoridad, no se trata propiamente de una norma consuetudinaria, puesto que una de las propiedades fundamentales que diferencia a las normas consuetudinarias de las promulgadas (jurídicas o no), es precisamente el acto de promulgación. La norma consuetudinaria es creada a partir del comportamiento espontáneo y convergente de la sociedad. En el caso que se aborda, el sujeto que no tiene pretensión personal de ser autoridad tampoco es considerado como una autoridad por parte de los demás.

consuetudinarias el agente emisor no puede tener dicha pretensión. El fundamento o respaldo del acto mediante el cual el agente emite la oración prescriptiva reside en asumir que cuenta con una capacidad epistémica suficiente para verificar que dentro del grupo social G al que él pertenece, existe una convergencia de comportamientos C en la mayoría de las instancias de S y que, además, la mayoría de los miembros del grupo G consideran C vinculante o exigible en las instancias de S . De tal modo, la norma consuetudinaria cobraría existencia cuando un miembro aleatorio G_a emite la oración «¡debes hacer C !»⁸⁵.

Adicionalmente, para hacer que la postura pragmática se sostenga como adecuada, también habría que asumir un supuesto similar a la tesis de las *implicaturas conversacionales* de GRICE⁸⁶, especificando que el acto prescriptivo manifestado en la oración «¡debes hacer C !» está respaldado no por ninguna pretensión de autoridad que G_a tenga, sino el supuesto de que G_a es epistémicamente competente para constatar la existencia de una convergencia de comportamientos y actitudes entre la mayoría de los miembros del grupo G en las instancias de S . En términos de *implicaturas conversacionales*, la aserción de G_a atiende a la exigencia de *calidad* en la comunicación, pues asume como verdadera, como existente, la convergencia de la conducta C en S , y que la mayoría de los miembros del grupo consideran justificada la crítica para quien se desvía de la misma. También, G_a considera que la oración «¡debes hacer C !» atiende las otras exigencias comunicacionales. Asimismo, la oración respeta la máxima de *modalidad*, en tanto es bastante informativa respecto de la conducta que su interlocutor ha de realizar. Por ende, en *relación* de la información que transmite, es relevante. Finalmente, la manera o *modalidad* de la oración es breve y poco propicia a ambigüedades, de modo que el interlocutor puede captar la información⁸⁷.

La *concepción pragmática* se aleja bastante de cualquier intuición que podamos sostener acerca de las normas consuetudinarias. En realidad, mantiene la apariencia de una promulgación de normas por un agente respecto del que es necesario asumir demasiados presupuestos. Pero incluso si se deja de lado ese inconveniente, la exigencia de su formulación lingüística es un aspecto conceptualmente gravoso, pues gran parte de las

⁸⁵ Como se podrá notar, adicionalmente, esta caracterización implicaría la imposibilidad de hablar de normas consuetudinarias en sentido general, todas serían normas individualizadas.

⁸⁶ GRICE, 1975.

⁸⁷ GRICE, 1975: 27 – 29.

costumbres y reglas sociales de una sociedad no son formuladas⁸⁸, y sería contrario a toda intuición que tengamos que afirmar sobre éstas que no son reglas sino hasta el instante en el que son enunciadas. Todavía más contraintuitivo es considerar que la existencia de las normas consuetudinarias se materializa solamente si son enunciadas de forma imperativa. Otra dificultad por atender es que, en general, la concepción pragmática erra como postura ontológica general de las normas bajo los propios postulados *nominalistas* que adopta pues, como destaca CARACCILO, si se asume que sólo existen «hechos», entonces el término «norma» no menciona nada pues, en rigor, un «hecho» no es una entidad o un objeto⁸⁹.

Por su parte, la *concepción semántica* es mucho menos demandante como explicación para dar cuenta de las normas consuetudinarias. Puesto que las normas son formas de significados, su existencia es independiente de los hechos. En esta concepción los hechos – el tipo de hechos – permiten que se predique un adjetivo a la norma, señalando de qué tipo es la norma, promulgada o consuetudinaria, pero existe independencia conceptual entre hechos y norma. La norma es una entidad abstracta, por lo que es independiente del lenguaje, del acto comunicativo o de la práctica social, aunque solamente pueda ser expresada mediante actos comunicativos. Entonces, para dar cuenta de una norma consuetudinaria, no en tanto que «norma», sino de su carácter de «consuetudinario», se requiere dar cuenta de los hechos que suceden en el mundo de modo que la podamos denominar *consueta*, y de los que podemos intuir la presencia de una norma consuetudinaria al ser exigidos de alguna manera.

En la *concepción semántica* basta identificar los hechos sociales que asociamos al concepto de norma consuetudinaria: la mayoría de los miembros del grupo G que, en la mayoría de las instancias de S , observan el comportamiento C , siendo que la mayoría de los miembros de G manifiesta rechazo o desaprobación a quien no observa el comportamiento C en las instancias de S . Los hechos no son la norma consuetudinaria, sino que son elementos necesarios para identificarla como tal. A partir de los hechos narrados contamos con las condiciones epistémicas para generar el enunciado: «en la comunidad G existe una obligación de realizar el comportamiento C cuando se presenta S ». Este enunciado contiene la proposición «obligatorio C » que afirma la existencia de una norma a partir de ese conjunto

⁸⁸ Posiblemente algunas no sabríamos ni cómo enunciarlas o habría desacuerdo respecto de su formulación.

⁸⁹ CARACCILO, 1997: 172.

de hechos. De este modo, la *concepción semántica* es más armónica con nuestros usos ordinarios del lenguaje y con nuestras intuiciones respecto de lo que son las normas consuetudinarias. Por ejemplo, en un texto literario en donde se manifiestan hechos que mencionan una cierta convergencia de conducta en un grupo social, y algún evento que permita identificar una exigencia sobre los miembros del grupo para comportarse conforme a la conducta de esa convergencia, para la concepción semántica no existiría ningún problema en que la persona que lee dicho texto afirme que en la sociedad representada en ese texto existe una norma o regla social que demanda la realización de cierta conducta; mientras que esto no sería coherente bajo la *concepción pragmática* –no al menos sin llevar a cabo una densa y forzada labor argumentativa. Para la concepción semántica, la norma no es idéntica a los hechos sociales con que la identificamos. La norma *superviene* a los hechos sociales⁹⁰. Se trata de una relación de superveniencia, que es una relación entre conjuntos de propiedades en donde se dice que A superviene a B si, y sólo si, una diferencia en B genera un cambio en A. Es decir, las propiedades de B fijan las propiedades de A⁹¹. De manera simplificada, la regla R con las propiedades $\{r_1, r_2, r_3 \dots r_n\}$ *superviene* al conjunto de hechos sociales $\{h_1, h_2, h_3 \dots h_n\}$. La relación de superveniencia es de identificación, no de identidad.

2.2 La postura ecléctica

GUASTINI ha cuestionado que la concepción pragmática y la concepción semántica sean incompatibles e irreconciliables. Para GUASTINI, aunque ambas parecen confrontarse como soluciones adecuadas para la cuestión de la ontológico de las normas, en verdad, cada una ofrece una solución a problemas distintos y parcialmente independientes⁹²:

- 1) ¿En qué condiciones se puede decir que una norma existe?
- 2) ¿Qué tipo de entidad es una norma?

La primera pregunta, relativa al origen de las normas, sería respondida por la *concepción pragmática*, mientras que la segunda, referente la naturaleza del fruto de un proceso de producción normativa, es explicitada por la *concepción semántica*. Así, la *concepción pragmática* responde a lo que la *semántica* no explicita respecto de la génesis de las normas,

⁹⁰ COLEMAN, 1998: 397.

⁹¹ EPSTEIN, 2015: 33.

⁹² GUASTINI, 2014a: 293 – 294.

mientras que la *concepción semántica* se enfoca en el producto de esos hechos, lo que la *pragmática* no hace. La idea de GUASTINI –siguiendo a SEARLE– es que una concepción es relativa al análisis pragmático del lenguaje mientras que la otra es parte de su análisis semántico, y ambos análisis no son incompatibles sino complementarios.

Entonces, para GUASTINI es perfectamente posible sostener una postura ecléctica en la que se afirme que las normas son significados y que, sin embargo, sólo adquieren existencia por medio de actos del lenguaje⁹³. Las normas son significados de enunciados o significados de actos utilizados para prescribir un comportamiento (*concepción semántica*), pero no se dan normas sin enunciados o hechos que las expresen (*concepción pragmática*). Esta postura ecléctica considera que, además de subsanar el «silencio» de la *concepción pragmática* diciendo algo acerca del producto de los enunciados normativos, también erradicaría la idea «exquisitamente metafísica» que subyace en la *concepción semántica* al concebir a los significados como entidades abstractas cuya existencia es independiente de los que las expresan, teniendo una existencia totalmente atemporal⁹⁴.

Aunque la postura ecléctica pueda parecer atractiva, no logra zanjar la distancia irreconciliable entre ambas concepciones. Por lo tanto, no proporciona una explicación satisfactoria de las normas consuetudinarias, pues mantiene las dificultades de la *concepción pragmática* para tal efecto, dado que no habría norma sin formulación, sin un enunciado normativo. Esto daría a entender que la propuesta de GUASTINI se decanta por ser en realidad una postura pragmática encubierta, puesto que niega la existencia de normas sin formulaciones. Aunque ciertamente GUASTINI refina las cosas pues, en rigor, la norma no se concreta si el enunciado normativo no contiene un *significado-norma*. Esta distinción es importante puesto que entre enunciados y significados no se presenta una relación biunívoca, lo que se manifiesta en el hecho de que dos enunciados distintos pueden tener el mismo *significado-norma*, y al mismo enunciado se le pueden asignar distintos *significados-norma*⁹⁵. Esta observación resalta la relevancia de distinguir entre enunciados normativos y *significados-normas*⁹⁶.

⁹³ GUASTINI, 2014a: 301

⁹⁴ GUASTINI, 2014a: 298 – 299.

⁹⁵ GUASTINI, 2014a: 297.

⁹⁶ GUASTINI, 1998: 16; GUASTINI, 2017: 31 – 32.

Pero la conclusión anterior invitaría a cuestionarse por la naturaleza del *significado-norma* que, a fin de cuentas, parece que es lo que realmente consideran *es la norma* quienes propugnan la concepción semántica. Esto es, ¿qué son los significados para GUASTINI? No podría sostener que son algo independiente de los enunciados, de lo contrario, sería un semanticista encubierto. Y, en efecto, no es lo que sostiene. Para GUASTINI los significados de los enunciados no son sino otros enunciados con los cuales pueden ser asociados recursivamente por vía de sinonimia⁹⁷. Esto implicaría que, si nos cuestionamos por el *significado-norma* de un enunciado normativo, éste sería otro enunciado normativo sinónimo; pero si insistimos por el *significado-norma* de este enunciado normativo seríamos reconducidos a otro enunciado normativo sinónimo con un *significado-norma*; y si perseveramos en los cuestionamientos, estamos condenados a un regreso *ad infinitum*. La cuestión permanece en el aire ¿qué es *eso* que hace que diversos enunciados guarden una relación de sinonimia? El hecho de que diversos enunciados tengan una relación de sinónimos lleva a concluir que se refieren a *la misma cosa* y, por tanto, en la posición de GUASTINI no sólo no hay lugar para las normas consuetudinarias, sino que, en general, no puede responder satisfactoriamente qué es *aquello* a lo que refieren los enunciados normativos.

2. 3 Normas, proposiciones y hechos sociales

Conforme a lo hasta ahora expuesto, habrá que descartar tanto la postura *pragmática* como a la *ecléctica*, y consecuentemente, adoptar a la *concepción semántica* como aquella que da cuenta adecuadamente de la ontología de las normas en general, sean promulgadas o consuetudinarias. Sin embargo, ciertamente es comprensible la inquietud que genera postular la existencia de objetos independientes de la realidad material. Es decir, objetos que no comienzan ni dejan de existir pues son independientes de cualquier hecho físico⁹⁸. Esto requiere encontrar una respuesta satisfactoria a los siguientes cuestionamientos:

- 1) ¿En qué sentido se puede decir que existen las entidades conceptuales?
- 2) ¿Qué relación tienen las entidades conceptuales con los hechos del mundo?

⁹⁷ GUASTINI, 2014a: 296.

⁹⁸ CARACCILO, 1997: 166.

Nuestras intuiciones más elementales nos orillan a asumir que la existencia de una norma que depende de determinados sucesos sociales. Usualmente identificar el acto de promulgación realizado por una autoridad es lo que respalda la aseveración de que existe una norma promulgada. Análogamente, en principio, constatar que una práctica reiterada es considerada como vinculante entre los miembros de un grupo nos permite decir que existe una norma consuetudinaria.

En efecto, las normas, al igual que sus similares⁹⁹, las proposiciones, no tienen una *existencia* en tanto entidades identificables en parámetros espaciotemporales. Sabemos que las proposiciones no deben ser confundidas con las oraciones que las enuncian. La oración es el resultado directo de un hecho, más precisamente, un acto que podemos identificar en un tiempo y espacio determinados. Respecto de las normas sucede algo similar. Tratándose de normas promulgadas, la norma no debe ser confundida ni con el acto prescriptivo realizado por la autoridad normativa, ni con el enunciado o formulación normativa resultante de ese acto. En relación con las normas consuetudinarias, los hechos que nos permiten poder predicar la existencia de una costumbre en un determinado tiempo y espacio no deben confundirse con la norma que afirmamos rige a partir de esa costumbre. Pero ¿en dónde están las proposiciones? ¿en dónde se encuentran las normas? Indudablemente una respuesta platónica franca como «en el mundo de las ideas» no es satisfactoria. Proposición y norma, aunque fungen como significados de algo, no son lo mismo, pero algunas similitudes importantes comparten. Veamos en qué consisten estas entidades y cómo es que son objetos del universo cognoscible¹⁰⁰.

En nuestro lenguaje convencionalmente utilizamos enunciados para efectuar aseveraciones. Cuando la sintaxis de las palabras es gramaticalmente adecuada¹⁰¹, lo que «dicen» los enunciados contenidos en frases u oraciones, aquello que aseveran, es una proposición¹⁰², una afirmación o negación respecto de un estado de cosas, por lo que la proposición es susceptible de ser verdadera o falsa. De hecho, como señalase CASTAÑEDA: «[p]ropositions come in pairs: for every true one there is its negation, which is false, and vice

⁹⁹ En tanto las dos son significados de oraciones.

¹⁰⁰ MOORE decía: «Todos los contenidos del Universo, todo lo que *es*, puede ser dividido en dos clases, *proposiciones* y las cosas que no son proposiciones». MOORE, 1953: 56.

¹⁰¹ VON WRIGHT, 1984: 19.

¹⁰² GARCÍA-CARPINTERO, 1996: 11 – 12.

versa»¹⁰³. Las proposiciones son expresadas mediante una colección de palabras, pero no son idénticas a ellas¹⁰⁴ pues, cuando realizo una afirmación, mis palabras no expresan la proposición negativa que existe como consecuencia. Incluso, una misma secuencia de palabras puede expresar ambigüamente distintas proposiciones¹⁰⁵. Pero no toda oración gramaticalmente bien formada manifiesta una proposición, pues no exterioriza un valor de verdad. Por ende, las proposiciones se encuentran en oraciones constatativas o declarativas¹⁰⁶. *Aquello que* las oraciones declarativas expresan, significan o dicen, son proposiciones. Ante la duda, para saber si nos encontramos ante una proposición, basta someter la oración a una cláusula «es verdad *que*», si el resultado es una nueva oración gramaticalmente bien formulada, inteligible, esa oración contiene una proposición. VON WRIGHT pone el siguiente ejemplo: la frase «si estuviera con nosotros, estaríamos a salvo» no tiene una forma gramatical indicativa, por lo que puede surgir la duda sobre si contiene una proposición, pero si la reformulamos: «es verdad *que* ‘si estuviera con nosotros, estaríamos a salvo’» observamos que la nueva frase es gramaticalmente correcta, por ende, la frase original contiene una proposición.

El lenguaje, entre otras cosas, sirve para manifestar proposiciones, y como se ha visto, es la herramienta primordial para individualizarlas, pero no es la única vía en que las captamos o aprehendemos¹⁰⁷. El medio de expresión es contingente, pues aprehendemos proposiciones que tal vez deseemos expresar aún antes de tener presente cualquier frase que la pudiera enunciar, por lo que hay proposiciones que tal vez nunca sean expresadas¹⁰⁸. Incluso, cuando aprehendemos una proposición también aprehendemos cosas que no son proposiciones, es decir, cosas que serían expresadas por algunas de las palabras componentes de la oración que expresa una proposición. Por ejemplo, en la frase «Alex leyó dos libros», también aprehendemos la palabra «dos» que no expresa una frase completa y no es una proposición, pero ciertamente es algo, significa algo. Entonces, cuando aprehendemos una

¹⁰³ «[l]as proposiciones vienen en pares: por cada una que es verdadera existe su negación, que es falsa, y viceversa». CASTAÑEDA, 1975: 34.

¹⁰⁴ MOORE, 1953: 57.

¹⁰⁵ Por ejemplo, la frase «vi a Juan con unos binoculares» puede significar: a) que yo miré a Juan mediante el uso de unos binoculares o, b) que miré a Juan que traía consigo unos binoculares. GARCÍA-CARPINTERO, 1996: 186.

¹⁰⁶ VON WRIGHT, 1984: 20.

¹⁰⁷ *Apprehend* es el término utilizado por MOORE para referir a la asimilación o captación de las proposiciones.

¹⁰⁸ MOORE, 1953: 60 – 61.

proposición, no aprehendemos directamente todas las cosas de las que la proposición trata. La aprehensión de las cosas de las que la proposición trata es una *aprehensión indirecta*¹⁰⁹. Un caso de este fenómeno son las *proposiciones normativas*, esto es, una proposición contenida en una oración que informa sobre la «existencia» de una norma¹¹⁰.

Las normas también son significados que pueden ser contenidos en oraciones u otras formas de expresión, pero no aseveran cómo *es* el mundo, sino cómo *debe* ser. En cuanto a las normas jurídicas promulgadas, el medio por excelencia para aprehenderlas es, indirectamente, mediante un enunciado jurídico¹¹¹ expresado en una o diversas disposiciones¹¹² que se encuentran en textos normativos (códigos, leyes, reglamentos, sentencias). Las normas consuetudinarias también pueden ser aprehendidas mediante textos que no contienen disposiciones y que, por ende, no son normativos, sino simplemente en su narrativa presentan proposiciones que informan de la existencia de una norma consuetudinaria en un cierto contexto. No obstante, posiblemente la forma más común e interesante –por cuanto a la complejidad de procesos mentales que implica– para aprehender a las normas consuetudinarias no tiene nada que ver con proposiciones que aseveran la presencia de una norma, sino con la observación de hechos, de comportamientos humanos que interpretamos en determinados sentidos. De manera metafórica, esa imagen que viene a nuestra cabeza (posiblemente de manera no muy nítida) ante la cual nos sentimos en capacidad de proferir enunciado normativo que contenga una proposición como: «en Suecia *no se debe* saludar a los desconocidos».

Como hemos visto, las proposiciones contenidas en los enunciados son susceptibles de ser verdaderas o falsas. El enunciado anterior contiene la formulación normativa «*no se debe* saludar a los desconocidos», de modo que es posible decir que la proposición refiere a una norma; coloquialmente hablando, a la existencia de una norma entre los habitantes de

¹⁰⁹ MOORE, 1953: 62, 68 – 69.

¹¹⁰ VON WRIGHT, 1963: 132; NAVARRO, 2000: 125.

¹¹¹ A su vez, un enunciado jurídico como «los mayores de edad deben registrarse en el censo electoral» contiene una proposición normativa, pues informa sobre la existencia de una norma; *i.e.* «obligatorio registrarse en el censo electoral si se es mayor de edad».

¹¹² Una *disposición* es una oración gramaticalmente completa, formulada en una lengua dada, que se interpreta o es interpretable como expresando una norma. POGGI, 2013: 102.

Suecia¹¹³. En esta línea de razonamiento, para que la proposición que refiere a una norma sea verdadera, la norma debe existir en algún sentido en la comunidad de referencia. ¿Cómo podríamos entender entonces que la proposición que refiere a una norma es susceptible de ser verdadera o falsa si las normas no «existen» en tanto hechos? Para encontrar la respuesta podría ser oportuno analizar *grosso modo*, en tanto significado, en qué consisten los componentes de la proposición «en Suecia *no se debe* saludar a los desconocidos»; esto implica:

- 1) Identificar las condiciones de verdad de los enunciados que refieren a la identificación del país Suecia y de su población.
- 2) Identificar las condiciones de verdad de los enunciados en los que se emplea la categoría «persona desconocida».
- 3) En tanto condición de verdad, aprehender la regularidad de comportamiento o *costumbre* que autoriza a realizar la proposición: «en Suecia no se saluda a desconocidos».
- 4) Realizar por lo menos una inferencia observacional: entre la mayor parte de la población de Suecia manifiestan indicios de una expectativa recíproca de no ser saludados por desconocidos.

Ninguno de estos supuestos por sí mismo permite identificar la norma en cuestión, pero sin ellos no estaríamos en condición de hacerlo. El elemento deóntico «no se debe» contenido en la proposición normativa es agregado por el observador a los elementos enlistados, y es un aspecto que es posible formular en la medida en que contemos con convenciones acerca de las condiciones de verdad que respaldan la formulación de aseveraciones respecto de lo que es permitido, prohibido u obligatorio en los grupos sociales; condiciones que parecen estar estrechamente relacionadas a las actitudes de sus individuos.

En esta línea de razonamiento surge la cuestión pertinente: *proposiciones y normas*, ambas son significados, pero, a su vez, las normas pueden formar parte del contenido de una proposición en tanto se afirma o niega algo sobre éstas. Por otro lado, un contenido proposicional (*proposición*) puede ser el objeto de una norma, por ejemplo, refiriendo a

¹¹³ En general se admite que el fundamento de verdad de un enunciado normativo es la existencia de una norma. VON WRIGHT, 1963: 106; NAVARRO, 2012: 630.

normas que exigen o prohíben determinadas acciones o estados de cosas. Pero en el primer caso decimos que, si se cumplen las condiciones, la proposición es verdadera o falsa. En el segundo caso, determinar la verdad o falsedad de las proposiciones funciona para poder decir si la norma fue cumplida o incumplida, pero no dice nada sobre la veracidad acerca de la existencia de la norma. Entonces, parece oportuno destacar que proposiciones y normas son significados, pero lo son en distinto sentido. El contenido proposicional, es decir, el significado de la oración «en Suecia *no se debe* saludar a los desconocidos» no se obtiene sino mediante la verificación de una serie de elementos, algunos de los cuales, por su naturaleza, son interpretativos, como el de «persona desconocida». En este caso, la norma referida en el enunciado es el resultado de una interpretación que convencionalmente consideramos adecuada a partir de una serie de elementos. En general, el esquema de sucesos presentados por el modelo de las reglas sociales de HART, más la identificación de otro aspecto, que las conductas de referencia (abstenerse de saludar, a pesar de cualquier inclinación a hacerlo) no son consecuencias necesarias o resultado de un reflejo a un estímulo¹¹⁴, es decir, la conducta ha de ser intencional, en el sentido de que puede ser omitida o no responde a una incidencia externa al grupo social como, por ejemplo, abrigarse cuando hace frío.

Inferir que existe una «expectativa» entre la población de Suecia requiere, a su vez, interpretar ciertas actitudes por parte de los agentes como manifestaciones de ésta. Los actos que manifiesten la expectativa pueden ser diversos. Frecuentemente se refiere a la crítica como el acto por antonomasia para expresarla, pero no es el único posible. Si un turista cuestionara a alguien en Suecia sobre por qué no saluda a los extraños, éste buscaría justificar su conducta como adecuada de conformidad con su contexto social. En este tenor, lo relevante para inferir la existencia de una expectativa es que los miembros del grupo social en cuestión *usan* la conducta referida como justificación tanto para criticar a quienes no la observan como para justificar su propio actuar como adecuado¹¹⁵.

¹¹⁴ CELANO, 1995: 184; ARENA, 2014: 82.

¹¹⁵ Esto es relevante, pues un aspecto importante a mantener en cuenta es que las normas no solamente se observan, sino que se *usan*, sea para justificar o para criticar una acción. BULYGIN, 1965: 32, SÁNCHEZ BRIGIDO, 2010: 26.

Entonces –hablando coloquialmente– es posible decir que es verdad que entre los miembros de la población de Suecia existe una idea generalizada y compartida que faculta o respalda a los individuos para justificar no saludar a extraños o para criticar a quien lo hace. Esto, conforme al lenguaje convencional, otorga la posibilidad de aseverar que en Suecia existe una norma que prohíbe saludar a los extraños. En donde por «existe» ha de entenderse que existen razones compartidas entre la población sueca, en tanto práctica observada y utilizada, que permiten justificar tanto la propia adecuación a la conducta habitualmente reiterada como la crítica a quien no lo hace. Esto no nos compromete a afirmar que la norma es verdadera, sino solamente a decir –como lo haría un observador externo– que el cumplimiento y la exigencia de esa práctica por parte del grueso de la población es acorde a lo que convencionalmente identificamos que significa «norma consuetudinaria» o «regla social». Pero entonces, permanece la cuestión: ¿qué tipo de significado es «norma»? Para entender algo más acerca de en qué consiste ese concepto, posiblemente sea de utilidad decir algo sobre los tipos de conceptos, y sobre el origen de la noción de «norma».

En su ensayo de 1927 «Eigentliche und uneigentliche Begriffe», CARNAP presenta la caracterización de los conceptos (*Begriffe*) de FREGE como funciones que los objetos (o clases de objetos) satisfacen o no satisfacen. Ulteriormente propuso distinguir entre *conceptos reales*, que refieren directamente a la realidad física, y *conceptos formales*, como los de la lógica o la matemática, que no designan entidades reales pero que son esenciales para hablar acerca del mundo¹¹⁶. Las investigaciones y debates sobre los tipos de conceptos continuaron, continúan, y continuarán. Por lo que interesa en este trabajo, es importante señalar que «norma» o «regla» es un concepto formal que tiene la funcionalidad de manifestar cómo se estipula que se presenten ciertas relaciones no causales en el mundo. Siendo más precisos, atendiendo a su origen, tanto «norma» (*normae*) como «regla» (*regulae*) son vocablos propios de la matemática, más precisamente de la geometría. En latín, ambos términos refieren a instrumentos de medida, la escuadra y la regla, y en latín, *normae* utilizado como adjetivo *normal*, denota «conforme a la escuadra»¹¹⁷. La adopción del término «norma» en la literatura jurídica romana es tardía, e inicialmente es utilizado de manera

¹¹⁶ Citado por BEN-MENACHEM, 2006: 184 – 185.

¹¹⁷ Para una reseña más detallada del origen de los términos, su evolución y cómo fueron adoptados por los juristas, véase TAMAYO Y SALMORÁN, 2004: 111 – 130. También, KOLLER, 2014: 155 – 157.

metafórica como idea de medir o juzgar la conducta humana conforme a un patrón o estándar¹¹⁸, uno que idealmente es fijado por la conducta prescrita por la ley.

Manteniendo en mente la metáfora de la medición, los términos «norma» o «regla» suelen ser utilizados de manera descriptiva en el uso ordinario del lenguaje para denotar que un fenómeno o se adecua a una medida o se repite con frecuencia en el mundo, y realizan referencia a idea de «costumbre», «hábito» o «lo usual», por ejemplo: «por regla, el señor KANT sale de su casa a medio día», «como norma, a partir de las siete de la mañana se satura la avenida Constituyentes». Este sentido de regularidad asimilado como patrón, es uno de los que captamos al referirnos a los hechos a partir de los cuales predicamos normas consuetudinarias o reglas sociales: «en las escaleras eléctricas del metro de la Ciudad de México, quienes no llevan prisa se colocan del lado derecho». Pero, la noción de norma con la que operamos en este segundo sentido no consta en la descripción, sino en la exigencia de determinadas conductas requeridas ante determinados sucesos reiteradamente observados. Es sólo a partir de que se observa que alguien rompe el patrón de lo reiterado, y que existe una reacción adversa a su conducta detractora, que aprehendemos en su totalidad la norma junto con aquel elemento que podemos denominar *presión normativa*: «quien no lleva prisa y se coloca del izquierdo de las escaleras eléctricas en el metro de la Ciudad de México es vituperado con múltiples expresiones folclóricas», así se aprehende la norma en su totalidad: «no debes colocarte en el lado izquierdo de las escaleras eléctricas si no llevas prisa». La aprehensión no se presenta de forma muy distinta en el caso de las normas promulgadas, pues podemos aprehender (entender) indirectamente el patrón de conducta exigido por los operadores deónticos *obligatorio*, *prohibido* y *permitido* que califican a la conducta o estados de cosas referido.

Así, las normas, que no describen al mundo como *es*, sino que funcionan como estipulación acerca de cómo *debe ser*, es decir, prescriben la observancia de una o unas conductas determinadas de entre múltiples posibles y limitan las posibilidades de acción de los agentes sometidos a éstas. Que podamos captar el sentido de la conducta exigida por tal prescripción es sólo parte de nuestras capacidades cognitivas acerca la manera en que funciona el mundo y el significado convencional de términos como «obligatorio», «debido»,

¹¹⁸ TAMAYO Y SALMORÁN, 2015: 30.

«permitido» o «prohibido». En este tenor, en tanto entidades abstractas y conceptuales, las normas nunca nacen ni cesan de existir, son objetos siempre dables; una norma es una norma en todos los mundos posibles¹¹⁹. Pero que las normas no existan como entidades físicas o fácticas, no debe orillarnos sin más a condenarlas al mundo de las ideas platónicas y desechar la *concepción semántica*¹²⁰. Las normas «existen» como lo hacen los conceptos aritméticos, los geométricos o los lógicos, infinitamente. En el caso de los números, uno no va por ahí diciendo «he visto un cinco» o «ayer encontré un π en el parque, era simpático», y en el de los lógicos, tampoco parece adecuado decir «la disyuntiva de Ernesto estaba enojada». Estas frases no tienen sentido, pero no por ello «cinco», « π » o «disyuntiva» no *existen* en algún modo, y esa modalidad en la que podemos decir que *existen*, como funcionales en la realidad, es manifestada por los enunciados gramaticalmente bien formados en los que tiene sentido referir a estos conceptos. De hecho, «cinco», « π » y «disyuntiva», son utilizados sin mayores problemas tanto en el lenguaje natural como en el científico, y son comprensibles sin mayores problemas. Decir «tengo tres libros», « π es la razón entre la longitud de cualquier circunferencia y la de su diámetro» o «es total o es incompleto», es posible porque hemos utilizado estos conceptos conforme a reglas gramaticales que establecen su significación y se adecuan a nuestra comprensión del mundo, compuesto de *conceptos reales* y *conceptos formales*.

Entonces, ¿cómo individuamos números, formas geométricas o normas? Mediante un proceso convencional de discernimiento de hechos. Un proceso que hemos sido socialmente entrenados para emplear. Asociamos una cantidad numérica al identificar que ésta cuadra con la presencia de la cuantía de cierta clase de objetos o entidades ante nosotros, «cinco manzanas» o «treinta triángulos de papel». Con las normas realizamos un proceso relacional

¹¹⁹ CARACCILO, 1997: 168 – 169. Véase LEWIS, 1986.

¹²⁰ He procurado hablar de normas como *entidades* u *objetos* abstractos porque esto hace más inteligible la exposición e, incluso, porque son los términos en los que habitualmente ha sido desarrollado el debate por parte de sus protagonistas. Pero, existe quien, como NARVÁEZ MORA; considera que hablar de normas como «entidades» u «objetos» no es adecuado, es un sinsentido filosófico puesto que, como definiciones, siempre harían referencia a un conjunto vacío o imposible de delimitar. Véase NARVÁEZ MORA, 2015, también BAKER & HACKER, 2009 [1985]: 47. Puede que la crítica tenga razón, en cuyo caso, ha de comprenderse que me refiero a las normas como *entidades* u *objetos* simplemente para mantenerme en los términos en que se ha desarrollado el debate. En todo caso, esto no menoscaba mi postura contra la denominada postura pragmática, cuyo defecto fatal es no distinguir entre actos y significados, aspecto que no se ve afectado por considerar que las normas en tanto significados –distintos de los actos– son algo así como *funciones*; si se quiere, tipos de *funciones de significado*.

similar, contamos con (o asumimos) criterios empíricos convencionales específicos a diversos ámbitos para reducir el universo de normas posibles a las de una determinada calidad (consuetudinarias, promulgadas, jurídicas), y esa calidad a hechos del mundo concreto¹²¹. Por ejemplo, «la disposición *n* del código penal castiga a quien realice la conducta *C*, entonces *hay una norma que prohíbe C*», «en el club de banqueros expulsan a quien no utiliza corbata; entonces *en el club de banqueros hay una norma que obliga a sus asistentes a usar corbatas*». ¿En dónde se localizan las normas, los números y las figuras geométricas? En gran medida en nuestras mentes¹²², pero no como un mero estado psicológico subjetivo como un deseo o una intención, sino como una capacidad que tenemos y compartimos de abstraer las particularidades del mundo e identificarlo en categorías, y como *disposición* para funcionar en él¹²³. Como capacidad que compartimos para captar y transmitir significados. También a partir de esta capacidad construimos nuestro entorno social con entidades no físicas que también forman parte de los objetos de nuestro mundo. Podemos medir distancias, calcular la velocidad a la que se mueve una masa, distinguir cantidades de objetos, y captar regularidades sociales y reacciones de reproche. Las funciones mentales que ejecutamos al realizar dichas actividades son identificables, y existen teorías científicas basadas en datos empíricos que buscan explicar cómo sintetizamos esa información para funcionar día a día sin detenernos a analizar cada problema con el que nos enfrentamos¹²⁴. Mediante tales capacidades realizamos abstracciones que sintetizan la información y nos permiten actuar en casos futuros sin necesidad de razonar en cada ocasión sobre todos los hechos ante los que nos encontramos¹²⁵.

Con estas capacidades generamos conceptos que sintetizan cadenas de información que somos competentes para relacionar, y que nuestra mente inherentemente es capaz de aprehender, la filosofía de la mente contemporánea los ha denominado *representaciones mentales* o *representaciones conceptuales* y, anteriormente, filósofos como LOCKE o HUME

¹²¹ Retomando lo señalado anteriormente por NINO, que denominaba a estos conceptos «teóricos» y respecto de los cuales contamos con reglas de correspondencia para su identificación. Estas reglas de correspondencia son convencionalmente compartidas. NINO, 1983: 93 – 94; DEI VECCHI, 2017a: 114.

¹²² Existe un debate presente sobre la ontología de este tipo de conceptos y su relación con estados mentales y el mundo físico.

¹²³ GARCÍA-CARPINTERO, 1996: 397.

¹²⁴ Véase DEHAENE, 2018 [2006]; GAZZANIGA, 1985.

¹²⁵ ELSTER, 1978: 1 – 9.

los denominaron *ideas*, señalando que se encontraban en la mente¹²⁶. Qué procesos cognitivos lleva a cabo nuestra mente para formar representaciones mentales, si y en qué forma median estos conceptos entre el lenguaje y la realidad, o si el término adecuado es *representaciones mentales*, son debates e investigaciones presentes de la filosofía de la mente, la filosofía del lenguaje, la psicología cognitiva y la neurociencia, pero que no atañen a los fines de este capítulo. Baste decir que funcionan para entender algo más sobre esos objetos denominados «normas», que rigen en la vida social y que forman parte de los sistemas normativos como el derecho cuando se hace referencia a normas consuetudinarias o a la costumbre como fuente del derecho. Entonces, podemos concertar que los conceptos lógicos y matemáticos son sorprendentes debido a la complejidad de procesos mentales con los que los aprehendemos, y aunque ciertamente se trata de entidades metafísicas (pues no tienen realidad material), no se trata de nada sobrenatural que no sea explicable, pues cuentan con alguna relación con la realidad material, con la forma en que la identificamos, la describimos, la modificamos y, en general, nos desenvolvemos en ella. Lo mismo podemos decir sobre las normas.

Con lo expuesto hasta aquí encontramos un conjunto de características básicas y definitorias de la noción de norma consuetudinaria, todavía sin abordar los aspectos que implicarían predicar que estas normas además son «jurídicas». Esto es, dejando de lado todavía la cuestión de cómo las normas consuetudinarias adquieren la calidad de «jurídicas». También, es importante enfatizar que no se trata de objetos ontológicamente distintos de las *reglas sociales*. Cuando hablamos de normas jurídicas consuetudinarias, lo que las distingue de las reglas sociales es la cualidad de ser «jurídicas», no la de ser «consuetudinarias». Pero el carácter de ser «jurídicas» no es inherente al objeto conceptual «norma», es una cualidad que sólo se adquiere en virtud de pertenecer a un sistema jurídico. Como señalara BOBBIO, lo que hace jurídica a una norma consuetudinaria no es su eficacia o que sea utilizada por una determinada población. La norma consuetudinaria se torna en jurídica cuando se la inserta en un sistema jurídico, lo que sucede cuando es acogida o reconocida por los órganos competentes de ese sistema para crear derecho¹²⁷.

¹²⁶ Véase. PINKER 2013 [1989]; STRAWSON, 2010 [1994].

¹²⁷ BOBBIO, 2001 [1958]: 50.

En lo que sigue se abordarán los aspectos relativos a predicar que las normas consuetudinarias son «jurídicas», esto es, que pertenecen a lo que denominamos sistemas jurídicos. Estos son problemas esencialmente de teoría del derecho, sobre los que se ha escrito extensamente con especial consideración a las normas promulgadas, y esencialmente conciernen a las condiciones de verdad de las proposiciones que afirman la existencia de una norma jurídica. Estos aspectos teóricos tratan con conceptos interrelacionados entre sí, son sistemáticos, y no permiten un análisis reductivo o atómico de los términos involucrados, pues varios de estos términos, en el aparato conceptual del derecho, sólo adquieren sentido en relación con otros términos de éste. Por tal razón, nos encontramos ante la necesidad de abordar lo que STRAWSON denominó un *modelo de análisis conectivo*¹²⁸. Esto no significa abandonar la búsqueda de las condiciones necesarias de los conceptos con los que trabajamos sino, en cambio, indagar sobre las condiciones en que estos conceptos se interrelacionan en el conocimiento de lo que denominamos *derecho*.

¹²⁸ STRAWSON, 1992: 21 – 28.

Capítulo II. Sistema jurídico y normas consuetudinarias

La existencia ontológica de los objetos que denominamos «normas» es *metafísica*, lo que significa que son independientes del lenguaje, pero las identificamos y aprehendemos a partir de ciertos sucesos del mundo material. En este tenor, los juristas conciben la existencia de normas jurídicas en distintos sentidos. BULYGIN distingue al menos cuatro de ellos¹:

- 1) *Existencia como existencia fáctica*. Cuando se predica que una norma se encuentra vigente en un grupo social, que es verificable que sus integrantes observan la conducta comprendida por la norma. Es decir, la norma en cuestión, independientemente de su origen, es eficaz.
- 2) *Existencia como membresía*. Es común que se afirme que en un grupo social existe una norma porque ésta es miembro de un sistema de normas.
- 3) *Existencia como validez*. Se afirma que una norma existe si, y sólo si, la conducta por ella prevista es obligatoria.
- 4) *Existencia «formal»*. En determinados contextos, se consideran existentes normas que no son aceptadas ni son eficaces, que no pertenecen al sistema normativo en cuestión y que no son consideradas obligatorias.

Estos sentidos son mejor comprendidos como propiedades o relaciones que pueden predicarse de las normas y no propiamente como conceptos de existencia de normas². Sin embargo, hablar de estos sentidos como existencia de las normas concuerda con nuestros usos ordinarios del lenguaje y, por ende, con el lenguaje en el que formulamos enunciados jurídicos. Estos modos pueden ser entendidos como *existencia epistémica* de las normas, para distinguirlos de su auténtica forma de existencia, que es la *ontológica*. La referencia a la *existencia epistémica* consiste en un modo transpuesto de hablar³ sobre la existencia de las normas con referencia a hechos sociales, de las cuales son conceptualmente independientes.

¹ BULYGIN, 1990: 509 – 510.

² ORUNESU, RODRÍGUEZ Y SUCAR, 2001: 22.

³ CARNAP señala que un modo transpuesto de hablar es aquel en el que, para afirmar algo de un objeto *a*, algo correspondiente es afirmado acerca de un objeto *b* que guarda cierta relación con el objeto *a*. CARNAP, 2000 [1937]: 38.

Consecuentemente, en lo que sigue, y salvo aclaración en contrario, por existencia de normas, se referirá a esta *existencia epistémica* como modo transpuesto de hablar.

Entonces, como es posible advertir, los juristas identifican a las normas a partir de diversas propiedades y relaciones que se predicán de éstas. Los sentidos de existencia presentados por BULYGIN ilustran diversos modos de distinción de las normas. Entre estos sentidos, el de *membresía* cuenta con un lugar privilegiado, pues las relaciones que se presentan entre distintas normas son el aspecto común que comparten y que las diferencian como un conjunto determinado. Es decir, la condición de pertenecer a un sistema jurídico es lo que hace que una norma sea «jurídica», y lo que la distingue de las normas que pertenezcan a otros conjuntos normativos.

La noción de acuerdo con la cual el material normativo ha de ser reconstruido en términos de la noción de «sistema» es un marco conceptual generalmente aceptado en la teoría jurídica contemporánea⁴. Esta noción se sustenta en varias observaciones, posiblemente siendo primigenia la formulada por KELSEN cuando explicita que no existen normas jurídicas aisladas; pues el derecho, antes que nada, es un conjunto de normas. Pero afirmar que el derecho es un sistema implica decir algo más. Es decir que las relaciones que es posible identificar entre las normas jurídicas son esenciales a su naturaleza⁵. A su vez, estas relaciones específicas entre normas forman una *estructura*⁶ lo que implica, con mayor precisión, que el derecho es un sistema normativo.

En lo que sigue, el presente capítulo profundizará sobre el desarrollo de los sistemas jurídicos para, por decirlo de modo directo, encontrar en qué aspectos de éstos tienen cabida las normas consuetudinarias y el modo en que éstas operan en su interior e, incluso, se presentan como herramientas idóneas para explicar algunos de los aspectos más enigmáticos del desarrollo de los sistemas en la práctica del derecho. Como consecuencia, se parte de una explicación sucinta acerca de en qué consiste el concepto de sistema jurídico, cuál modelo se elige y por qué motivos, y qué herramientas conceptuales resultan de especial relevancia en este modelo. Se prosigue para revisar los presupuestos epistemológicos y metodológicos en los cuales es posible encontrar que las normas consuetudinarias encuentran mayor relevancia

⁴ RAZ, 1971: 85; POSTEMA, 1982: 167; CARACCILO, 1988: 11.

⁵ KELSEN, 2003 [1945]: 3.

⁶ CARACCILO, 1988: 12.

para el desarrollo de los sistemas jurídicos. Se adelanta, el espacio conceptual en el que las normas consuetudinarias encuentran mayor relevancia en el desarrollo de los sistemas jurídicos es en la práctica de los jueces. Partiendo de esta conclusión, se continúa para explorar en qué medida las normas consuetudinarias observadas y practicadas por los jueces tienen especial relevancia explicativa en la dinámica del desarrollo de los sistemas jurídicos para, en ocasiones, crear lagunas, pero también para siempre solventar las lagunas. Frente a esto, se encuentra que los diversos ámbitos de las prácticas judiciales, y las diversas normas consuetudinarias que crean y observan, son uno de los elementos que contribuyen a que en la (re)construcción de los sistemas jurídicos se encuentren constantes inconsistencias normativas.

En el desarrollo del fenómeno jurídico, es posible advertir que juristas y funcionarios son conscientes de la posibilidad de encontrar diversas inconsistencias normativas, frente a lo cual es posible encontrar normas de origen promulgado, pero con no poca frecuencia, también normas consuetudinarias que resultan de las prácticas de los jueces para solventar esos problemas. Como corolario, se analiza el modo en que la empresa perpetua de procurar solventar las inconsistencias normativas a la luz de los diversos criterios de validez que es posible encontrar, constantemente genera normas consuetudinarias entre los jueces que, en última instancia, determinan cuál es el derecho vigente en una sociedad y, por lo tanto, cuáles son las normas que en efecto componen los sistemas de un ordenamiento jurídico.

1. El concepto de sistema jurídico. Un esbozo

En general, la teoría positivista contemporánea coincide con lo afirmado con antelación. No obstante, la cuestión acerca de cómo se conforman los sistemas, específicamente sobre los ineludibles aspectos acerca de su existencia e identidad⁷, no se encuentran exentos de controversia. Como se ha señalado, KELSEN fue uno de los primeros en preocuparse por destacar la naturaleza sistemática del derecho en la teoría contemporánea. Para ello, asume una estrategia reduccionista que parte de conceptualizar los componentes del conjunto, las normas jurídicas, para posteriormente explicar sus relaciones sistemáticas. En esta línea de razonamiento, se parte de definir qué es una norma jurídica y cuáles son sus rasgos

⁷ RAZ, 1980 [1970]: 1 – 2.

definitorios para después estudiar cómo éstas conforman, en conjunto, los sistemas jurídicos. De modo que, para KELSEN, el rasgo distintivo que poseen las normas es estipular una forma de coerción, es decir, proveer una sanción en caso de incumplimiento de la conducta prevista; normas que adquirirían el carácter de jurídicas al institucionalizarse para componer un orden coactivo que garantice la imposición de sanciones de manera heterónoma⁸. Pero, como FORST destaca, norma y sanción son dos conceptos independientes al punto en que, indagar por cualquier forma de normatividad por referencia a las sanciones que estipulan es un error que lleva a la circularidad. Una sanción requiere justificación, lo que presupone referir a la norma que debió ser observada⁹ y que en última instancia no puede referir a una sanción por no haber impuesto una sanción estipulada. Esto es, en cualquier caso, la norma es independiente de la sanción. También son bien conocidas las críticas dirigidas por HART a las concepciones reduccionista del derecho como un conjunto de mandatos acompañados por amenazas, bastando por el momento destacar que no toda norma jurídica necesariamente acarrea alguna forma de coerción¹⁰. Por consiguiente, un sistema como el que ilustra KELSEN excluye a un gran número de normas que operan en el derecho pero que no necesariamente se encuentran emparejadas con una sanción.

El derecho está compuesto por una pluralidad de normas, tanto en su estructura como en sus funciones, por lo que no es posible encontrar un rasgo intrínseco común en todas las normas jurídicas que permita distinguirlas de otras clases de normas. Por tal motivo, es necesario centrar la atención no en las normas, sino en los rasgos distintivos de los sistemas jurídicos. En consonancia, FERRER BELTRÁN y RODRÍGUEZ señalan que esta idea ya se encuentra implícita en HART y es desarrollada explícitamente por RAZ¹¹, quien al distinguir entre el problema de la estructura y la identidad del sistema jurídico –y basado en KELSEN– expone la existencia de dos perspectivas de análisis de la conformación de los sistemas jurídicos: la *estática* y la *dinámica*¹².

Con esto en mente, la propuesta de ALCHOURRÓN y BULYGIN representa un punto de inflexión cualitativa en el desarrollo de la explicación de los sistemas jurídicos como sistemas

⁸ KELSEN, 1982 [1960]: 72 – 73; KELSEN, 2003 [1945]: 45 – 46.

⁹ FORST, 2017: 22.

¹⁰ HART, 1994 [1961] Capítulo V.

¹¹ FERRER y RODRÍGUEZ, 2011: 67 – 68.

¹² RAZ, 1980 [1970]: 110.

normativos¹³. Para ello, su estrategia procede en sentido opuesto a la KELSEN. Ellos parten de explicar el sistema jurídico como una subclase de los sistemas normativos y, seguidamente, definir como «jurídicas» a las normas que pertenecen a ese sistema¹⁴. Como consecuencia, su caracterización de lo que hace «jurídica» a una norma coincide con lo que ha señalado BOBBIO con antelación¹⁵, y que se ha buscado sustentar en este trabajo, esto es: que no hay nada de intrínsecamente jurídico en las normas, ningún rasgo propio en virtud de las que se las pueda identificar como derecho. La calidad jurídica de cualquier norma; sea de origen promulgado o consuetudinario, estriba en su pertenencia a un sistema jurídico, sin importar las semejanzas estructurales o funcionales que pueda tener con otro tipo de normas¹⁶. De tal modo, ALCHOURRÓN y BULYGIN caracterizan al sistema jurídico como: «[...] un conjunto de enunciados jurídicos (que constituyen la base axiomática del sistema) que contienen todas sus consecuencias lógicas. Para que un sistema tal sea normativo, los enunciados de la base deben contener por lo menos algunos enunciados que correlacionan ciertas circunstancias fácticas (casos) con determinadas consecuencias normativas (soluciones)»¹⁷.

La caracterización de ALCHOURRÓN y BULYGIN asume que los enunciados jurídicos, al correlacionar circunstancias con determinadas soluciones o consecuencias, hacen referencia a las normas (en tanto significados) integrantes del sistema jurídico. Las normas «se manifiestan» en los enunciados jurídicos como *formulaciones normativas interpretadas*¹⁸, es decir, ya dotadas de un significado definido. Esto es así debido a que las relaciones lógicas que suponen los problemas estructurales de los sistemas sólo pueden

¹³ Conforme señala BARBERIS, el salto cualitativo se debe al refinamiento de los instrumentos lógicos utilizados por ALCHOURRÓN y BULYGIN. El punto de inflexión, por su parte, consistió en rescatar el modelo estático-deductivo que había abandonado KELSEN para emplearlo en el análisis de la actividad de sistematización desarrollada por los juristas indicando, de este modo, el posterior camino de análisis del razonamiento jurídico. BARBERIS, 1997: 32. Es menester mencionar que el proyecto teórico de RAZ (expuesto con un aproximadamente un año de antelación) también enfatiza la importancia de la comprensión del derecho como un sistema normativo, y que también ensalza la relevancia del sistema estático kelseniano, pero esta propuesta está más dirigida a enfatizar la normatividad institucionalizada del derecho, no otorgando tanta relevancia a la reconstrucción de los componentes de los sistemas ni empleando herramientas lógicas para esta labor. Véase Raz, 1980 [1970]: 168 – 170.

¹⁴ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1975: 103.

¹⁵ BOBBIO, 2001 [1958]: 50.

¹⁶ NAVARRO, 2017: 8.

¹⁷ BULYGIN & MENDONCA, 2005: 43.

¹⁸ BULYGIN & MENDONCA, 2005: 44.

presentarse entre significados definidos, mientras que entre las formulaciones normativas no interpretadas o por interpretar no pueden establecerse relaciones lógicas.

Este modelo teórico presenta notables avances para los propósitos del desarrollo de un modelo científico del derecho. Pero, para comprender en qué consisten estas ventajas es oportuno destacar ciertos presupuestos epistémicos de los que parten. En este tenor, la idea que guía su esfuerzo intelectual es realizar una reconstrucción racional de la labor de los juristas, pues corresponde a la filosofía jurídica elucidar el concepto o los conceptos de «sistema» que utilizan¹⁹. Por ende, es posible presentar la explicación de ALCHOURRÓN y BULYGIN como una labor teórico-filosófica consistente en la reconstrucción sistemática del material jurídico «desde la perspectiva del jurista».

Precisamente, una de las principales labores de los juristas consiste en dar cuenta de las obligaciones, permisiones y prohibiciones en un cierto ordenamiento jurídico. Esta tarea se satisface mediante la identificación de proposiciones normativas verdaderas referidas a ese ordenamiento²⁰. Como se ha establecido, las proposiciones normativas afirman la existencia de una norma, en este caso, de una norma jurídica respecto del ordenamiento de referencia.

El significado de los términos obligación, deber, derechos, y en general, cualquiera que defina deónticamente una conducta, es explicado mediante la referencia a cuestiones de comprobación fáctica²¹. Es decir, las normas son el significado deóntico otorgado a la manifestación de un suceso en el mundo, por lo que hay que identificar las secuelas de esos sucesos. Por ejemplo, en el caso de las normas promulgadas, éstas son producto de actos de prescripción que son identificables mediante las formulaciones normativas resultantes y que suelen encontrar su expresión en una serie de disposiciones jurídicas.

Entonces, respecto de un caso concreto, cuando a un jurista se le pregunta, conforme a derecho, qué se debe hacer respecto de un supuesto en particular²²; es decir, cuál es el estatus deóntico de las conductas en cuestión, el jurista debe identificar el material que va a

¹⁹ BULYGIN & MENDONCA, 2005: 43.

²⁰ NAVARRO, 2012: 630.

²¹ NAVARRO, 2012: 634.

²² ALCHOURRÓN & BULYGIN, 1975: 122.

sistematizar, los enunciados normativos que utilizará como base axiomática del sistema²³, lo que implica dos labores de distinta índole²⁴: una empírica, consistente en identificar con referencia al ordenamiento jurídico el suceso que da lugar a la formulación de uno o varios enunciados normativos, y una conceptual, que consiste en identificar las correlaciones normativas y deductivas que se presentan entre las normas referidas en esos enunciados. Es en este sentido que en la teoría jurídica se plantean tanto problemas empíricos como problemas lógicos, es decir, puramente racionales²⁵, y es justamente respecto de estos últimos que se procede a la sistematización²⁶.

Manteniendo presente la «perspectiva del jurista», señala BULYGIN, que a estos «[...] sólo en situaciones muy especiales interesa construir un sistema global formado por todas las normas de un derecho nacional»²⁷, por lo tanto, la reconstrucción teórica presentada del sistema como un sistema normativo no busca dar cuenta de todo el derecho de un ordenamiento. El derecho se reconstruye como sistema a partir de la selección de unos cuantos enunciados normativos. Esto da lugar a aspectos importantes por considerar.

Quien se propone explicar el derecho no encuentra sistemas normativos perfectos listos para ser explicados o utilizados. De hecho, el material normativo suele presentar problemas de redundancia, consistencia y completitud, por lo que el conjunto de normas referidas en los enunciados normativos seleccionados por los juristas adquiere propiamente el carácter de «sistema» como fruto de la labor de sistematización llevada a cabo por los juristas²⁸. En este sentido, señala GUASTINI: «[...] la cosiddetta scienza giuridica non trova sistemi normativi belli e fatti, pronti per l'uso. Essa ha ad *oggetto* insiem di norme, non sistemi. I sistemi normativi non sono l'oggetto, ma piuttosto il *prodotto* della scienza giuridica»²⁹.

²³ ALCHOURRÓN & BULYGIN, 1975: 118.

²⁴ ALCHOURRÓN & BULYGIN, 1975: 8, 111; MORESO & NAVARRO, 1993: 50.

²⁵ ALCHOURRÓN & BULYGIN, 1975: 92.

²⁶ ALCHOURRÓN & BULYGIN, 1975: 85.

²⁷ BULYGIN, 1991: 259.

²⁸ GUASTINI, 2013a: 121 – 122.

²⁹ «La llamada ciencia jurídica no encuentra sistemas normativos prolijamente contruidos, listos para su utilización. Ésta tiene por *objeto* conjuntos de normas, no sistemas. Los sistemas normativos no son el objeto, sino más bien, el *producto* de la ciencia jurídica». GUASTINI, 2013a: 121.

Entonces, dado que se componen a partir de un conjunto de normas, en principio la identidad de los sistemas jurídicos se encuentra definida de manera extensional. Esto es, el sistema jurídico de referencia se identifica por el conjunto de normas que lo componen: $S_n = \{N_1, N_2, N_3 \dots N_n\}$ ³⁰. Esto da cuenta de la idea de un sistema *estático*, referido a un punto temporal determinado³¹, lo que implica que, con la incorporación o derogación de una norma, ese sistema deja de existir y surge un sistema inédito³².

Resultaría extraño concebir que en cada ocasión que una norma es agregada o derogada estemos hablando de un «derecho» distinto. ALCHOURRÓN y BULYGIN son conscientes de este aspecto. El derecho es *dinámico*, y a los juristas también les interesa dar cuenta del fenómeno del cambio³³ por lo que, basados en la distinción introducida por RAZ entre «sistema momentáneo» y «sistema jurídico»³⁴, proponen el concepto de «orden jurídico»³⁵ como solución de continuidad, de modo que el orden jurídico refiere a una secuencia de sistemas jurídicos³⁶. Sin embargo, para sostener su continuidad, la identidad del «orden jurídico» no puede ser definida de manera extensional. Por este motivo, es ineludible recurrir a un criterio distinto que permita saber cuándo una secuencia de sistemas pertenece a un orden jurídico y cuándo se interrumpe la secuencia surgiendo un nuevo orden³⁷. Para estos efectos, siguiendo a CARACCILO, es necesario ahondar en dos tipos de problemas asociados con el concepto de «sistema jurídico», estos son el «problema de la identidad» y el «problema de la estructura»³⁸.

Como se señaló recientemente, tratándose de conjuntos de normas, la identidad de los sistemas jurídicos se define extensionalmente, pero no es posible recurrir al mismo criterio

³⁰ CARACCILO, 1988: 27.

³¹ BULYGIN & MENDONCA, 2005: 45.

³² CARACCILO, 1988: 67, MORESO & NAVARRO, 1993: 40.

³³ BULYGIN, 1991: 258.

³⁴ RAZ, 1980 [1970]: 34.

³⁵ La adopción del concepto de «orden jurídico», y el consecuente rechazo de la terminología propuesta por RAZ, no se encuentra exenta de justificación. ALCHOURRÓN y BULYGIN señalan que no es claro si por «sistema jurídico» RAZ comprenda un conjunto de sistemas momentáneos o todo el conjunto de normas pertenecientes a todos los sistemas momentáneos del sistema jurídico en cuestión. Las consecuencias de esta vacilación no son menores pues, si se opta por la segunda alternativa, y se toman en cuenta la segunda posibilidad, se trataría de un sistema irremediablemente inconsistente que contendría todas las normas que han sido derogadas, así como todas las subsecuentes normas que han sido dictadas en su lugar. BULYGIN & MENDONCA, 2005: 46.

³⁶ ALCHOURRÓN & BULYGIN, 1976: 397.

³⁷ BULYGIN & MENDONCA, 2005: 46.

³⁸ CARACCILO, 1988: 11.

una vez introducido el concepto de «orden jurídico» para dar cuenta del fenómeno del cambio y, a su vez, de la continuidad del derecho. Esto implica que existe una propiedad de distinta índole mediante la cual los juristas identifican el derecho. Por tal motivo, CARACCIOLO enfatiza la necesidad de distinguir entre normas de conformidad al criterio por el cual integran los sistemas. Así, se pueden identificar³⁹:

- a) Normas *independientes*, puesto que su pertenencia a un sistema no está condicionada por la pertenencia previa de otra norma al mismo.
- b) Normas *dependientes*, puesto que su pertenencia a un sistema presupone la pertenencia previa de otra u otras normas (dependientes o independientes) al sistema.

Como se puede vislumbrar, la pertenencia de normas independientes a un sistema obedece a criterios *extrasistemáticos*, mientras que las normas dependientes siempre obedecen a criterios *sistemáticos*⁴⁰ y, por ende, constituyen la *estructura* del sistema⁴¹ al establecer el punto de partida de las relaciones normativas. En este tenor, CARACCIOLO destaca que los criterios sistemáticos básicos usualmente considerados por la teoría jurídica para establecer la pertenencia de una norma a un sistema son dos⁴²:

- *Legalidad*: Una norma *N* pertenece a un sistema debido a que su creación ha obedecido procedimientos previstos por una o más normas previamente pertenecientes a un sistema.
- *Deducibilidad*: Una norma *N* pertenece al sistema porque es la consecuencia lógica de una norma o bien, de la conjunción de enunciados normativos que refieren a normas previamente pertenecientes al sistema.

Tratándose de criterios independientes y genéricos que se pueden combinar entre sí, usualmente se reconoce como *modelo analítico de pertenencia* aquel que considera a cualquiera de los dos criterios como condición suficiente pero no necesaria para que una norma forme parte de un sistema⁴³. En este tenor, expone CARACCIOLO, que podríamos tener un modelo que sólo considere al criterio de legalidad, otro que asuma solamente al criterio

³⁹ CARACCIOLO, 1988: 31.

⁴⁰ REDONDO, 2017: 16.

⁴¹ BULYGIN & MENDONCA, 2005: 47.

⁴² CARACCIOLO, 1988: 57.

⁴³ BULYGIN & MENDONCA, 2005: 47.

de deducibilidad, otro que asuma la aplicación conjunta de ambos criterios como condición necesaria pero no suficiente de pertenencia, y un modelo que adopte a cualquiera de los dos criterios de forma disyuntiva como criterio suficiente, pero no necesario, de pertenencia⁴⁴. En este trabajo asumo como adecuado para la caracterización de los sistemas jurídicos al modelo que adopta disyuntivamente a los dos criterios, pero, es preciso no perder de vista que estos criterios de pertenencia son simplificaciones que no agotan todas las posibilidades de pertenencia de normas y, por lo tanto, no son exhaustivos ni excluyentes de otros criterios posibles⁴⁵, por lo que tampoco se descarta que pueda adoptarse otro criterio.

También, es preciso esclarecer que, aunque *legalidad* y *deducibilidad* son criterios sistemáticos, no lo son en el mismo tenor, pues sus consecuencias –otras normas– no permanecen en el mismo sistema. Es decir, la deducibilidad es un criterio «intrasistemático», mientras que la legalidad es un criterio «intrasistemático». Precisamente, en un orden jurídico O_j , si una norma N_1 pertenece a un sistema S_t , las normas que son consecuencias lógicas de N_1 también pertenecen a S_t . Pero, en un orden jurídico O_j , si en S_t se encuentra una norma N_2 que otorga competencia normativa a una autoridad, las normas que se produzcan con fundamento en N_2 dan lugar al surgimiento de a uno o varios sucesivos sistemas S_{t+n} .

Si se observa el criterio de legalidad de manera regresiva, en donde el requisito para la pertenencia de una norma a un sistema S_t es que su creación haya sido prevista por una norma perteneciente a un sistema previo S_{t-1} , para romper la regresión *ad infinitum* es necesario postular la existencia de un «sistema originario» cuya pertenencia al orden no puede establecerse mediante el mismo criterio de legalidad⁴⁶. El «sistema originario», por definición, se compone de un conjunto de normas independientes que constituyen la base de un orden jurídico y a partir de cuyos componentes se deriven los subsecuentes sistemas que formen parte del orden⁴⁷. Entonces, todo orden jurídico contiene un sistema originario acerca del cual no tiene sentido interrogarse por su pertenencia al mismo. Igualmente, la identidad del sistema originario se define extensionalmente⁴⁸. Debido a estas consideraciones, CARACCILO sostiene que, en verdad, el criterio de legalidad funciona para definir la

⁴⁴ CARACCILO, 1988: 59 – 60.

⁴⁵ CARACCILO, 1988: 61.

⁴⁶ CARACCILO, 1988: 68, MORESO & NAVARRO, 2003: 80.

⁴⁷ BULYGIN & MENDONCA, 2005: 48.

⁴⁸ BULYGIN, 1991: 263; MORESO & NAVARRO, 1993: 50.

pertenencia de los sistemas al orden jurídico, siendo el criterio de deducibilidad el único criterio que en rigor indica la pertenencia de normas a los sistemas momentáneos denominados «sistemas jurídicos»⁴⁹. No obstante, BULYGIN considera que esa afirmación es exagerada, y con acierto destaca que, a la vez que el criterio de legalidad define la pertenencia de los sistemas al orden, también es cierto que éste determina parcialmente el contenido normativo de cada sistema⁵⁰.

El sistema originario presenta dificultades ulteriores por sortear. Su identidad puede definirse extensionalmente como un conjunto de normas independientes⁵¹ pero, a su vez, la noción de sistema originario demanda un criterio que permita distinguirlo, y que tampoco apele a los criterios de legalidad o deducibilidad. Por ende, es necesario recurrir a un criterio intensional que permita identificar a las normas independientes de dicho sistema. Con tales consideraciones en mente, MORESO y NAVARRO señalan que el *criterio de la eficacia* de las normas es condición necesaria para la identificación de un sistema originario y, al mismo tiempo, funciona como criterio oportuno para distinguir entre sistemas ideales y sistemas «realmente» existentes⁵². Por consiguiente, la importancia del criterio de eficacia trasciende la labor de identificar a las normas independientes que conforman al sistema originario, y es el criterio mediante el cual verificamos también la existencia de un orden jurídico⁵³ vigente.

El concepto de *orden jurídico* nos ha permitido dar cuenta de la naturaleza *dinámica* del derecho explicando la posibilidad del cambio mediante la recepción y derogación de normas. Pero no menos importante es dar cuenta de la persistencia de ciertas normas a pesar del cambio entre sistemas. Esto consiste en explicar el modo en que «algunas normas que pertenecían a otros sistemas jurídicos anteriores en la secuencia pertenecen también al

⁴⁹ CARACCILO, 1988: 68.

⁵⁰ BULYGIN, 1991: 265, KELSEN, 1982 [1960]: 232. FERRER y RODRÍGUEZ señalan que, conforme a observaciones realizadas por el propio BULYGIN en su artículo «Tiempo y validez», si se considera el factor temporal –el «tiempo de pertenencia de una norma»– una norma puede pertenecer a un sistema en un t_1 , desaparecer en un sistema en t_2 , y reaparecer en un t_3 , por lo que, en rigor, el criterio de legalidad no constituye en sí mismo un criterio de pertenencia de una norma a un sistema, y que el criterio de legalidad sólo es relevante para determinar la existencia de una norma *en* el orden; donde por existencia ha de entenderse pertenencia su intermitente a sistemas que han formado parte de ese orden. FERRER & RODRÍGUEZ 2011: 93 – 94, y RODRÍGUEZ, 2002: 138.

⁵¹ CARACCILO, 1988: 32.

⁵² MORESO & NAVARRO, 1993: 80 – 81.

⁵³ NAVARRO, 2017: 34.

sistema jurídico subsiguiente»⁵⁴, es decir, responder cómo se produce la recepción de normas entre un sistema determinado y otro sistema antecedente⁵⁵. Con tal fin, MORESO y NAVARRO postulan el *principio de persistencia*, de acuerdo con el cual: «[s]i una norma N_j pertenece a un sistema S_j que es miembro de un orden O_j, entonces pertenece a todos los sistemas jurídicos sucesivos a S_j de todos los órdenes jurídicos sucesivos a O_j hasta su eliminación»⁵⁶.

La exposición de los aspectos desarrollados hasta ahora pretende ser solamente un esbozo del esquema conceptual de análisis con el cual la teoría analítica ha trabajado para reconstruir y dar cuenta del concepto de sistema jurídico con el que operan los juristas. Con esto en mente, es importante señalar que no se ha pretendido ser exhaustivo respecto de la multiplicidad de temas que han sido abordados con este fin. Sin embargo, los elementos hasta ahora presentados permiten familiarizarse de manera general con el esquema conceptual de sistema jurídico con el que se procederá y respecto del cual se buscará extender un esquema teórico de explicación que busque otorgar una respuesta satisfactoria a la cuestión de cómo es que los sistemas jurídicos incorporan normas que podemos considerar de índole consuetudinario y, cómo es que la recepción de estas normas por parte de los sistemas afecta la explicación del funcionamiento y composición de los propios sistemas jurídicos.

Con tales fines, es importante recordar que, si hasta la fecha no se cuenta con una explicación manifiesta y consistente de las normas consuetudinarias como componentes de los sistemas jurídicos, es debido a que quienes han desarrollado la explicación de estos sistemas han enfocado sus esfuerzos de análisis primordialmente en problemas que se presentan considerando a las normas de origen promulgado⁵⁷. Por supuesto, esto no significa que estos esquemas conceptuales y sus categorías no puedan ser útiles para dar cuenta también de normas consuetudinarias en los sistemas jurídicos. No obstante, también es oportuno advertir que dicha labor requerirá de adecuaciones a los esquemas y categorías expuestos.

⁵⁴ MORESO & NAVARRO, 1993: 44.

⁵⁵ KELSEN, [2003] 1945: 117.

⁵⁶ MORESO & NAVARRO, 1993: 72. Como sus autores oportunamente advierten, la aplicación de este principio tiene importantes dificultades, especialmente las relativas a las condiciones de eliminación de normas receptadas. No obstante, por el momento no es necesario ahondar en dicho inconveniente.

⁵⁷ ALCHOURRÓN & BULYGIN, 1999 [1979]: 17 – 18.

También es necesario recordar que los esquemas explicativos y las categorías con las que se ha buscado dar cuenta del concepto y funcionamiento del sistema jurídico con el que operan los juristas es, en gran medida, una simplificación de un fenómeno sumamente complejo. Parafraseando a CARACCIOLO, ha de señalarse que estas simplificaciones se justifican en la medida en que permiten precisar el tipo de problemas con los que se enfrenta una determinada concepción sistemática del derecho y que, en todo caso, estos esquemas de explicación y sus categorías conceptuales constituyen una herramienta analítica para reproducir criterios que son usuales en la teoría jurídica para afrontar diversos problemas relativos a la conformación del material normativo denominado *derecho*⁵⁸. En consonancia con lo anterior, respecto de la idea de hablar acerca del derecho como sistema, TARELLO apunta que: «[...] il carattere di essere sistema non è un carattere dell'insieme delle norme di un diritto, ma è piuttosto un carattere del *modo di guardare* adottato da chi prende in esame l'insieme delle norme di un diritto. Non è il diritto in sé che è un sistema, ma è il diritto *in quanto guardato* come insieme di norme collegate [...] che appare come un sistema [...]»⁵⁹.

2. Dinámica de los sistemas jurídicos. La práctica de colmar sistemas maestros

Recapitulando, el derecho es un fenómeno primordialmente compuesto de normas. Cuando se las observa en conjunto, es posible constatar la existencia de lo que podríamos denominar relaciones sistemáticas entre las normas. No obstante, el fenómeno jurídico es complejo y aunque se puedan constatar relaciones deductivas y de legalidad entre sus componentes, esto no significa que se presentan de manera consistente y perfectamente sistematizada u ordenada. Por el contrario, entre el conjunto de normas identificables en el derecho es posible hacer notar distintas contradicciones e inconsistencias, así como, al mismo tiempo es dable identificar algunas normas que busquen solucionar o sortear estos inconvenientes. En este tenor, el recurso a la idea de *sistema* en la teoría jurídica, más que implicar una aseveración de que el derecho es un sistema en rigor⁶⁰, funciona para analizar y explicar el derecho, su

⁵⁸ CARACCIOLO, 1988: 61.

⁵⁹ «[...] el carácter de ser sistema no es un carácter del conjunto de las normas de un derecho, es más bien el carácter del modo de observar el derecho adoptado por quien examina el conjunto de normas de un derecho. No es el derecho el que en sí mismo es un sistema, sino el derecho en tanto visto como un conjunto de normas relacionadas [...] que se presenta como un sistema [...]». TARELLO, 1979: 94.

⁶⁰ Digo que un sistema «en rigor» porque, en efecto, por decirlo de manera coloquial, el material jurídico está compuesto por disposiciones jurídicas que comunican normas entre las cuales antes es posible advertir ciertas relaciones de jerarquía y legalidad que son cercioradas por el jurista que termina de sistematizarlo. En este

material normativo, de manera consistente y ordenada. Por lo tanto, existen varios sentidos en los que se puede hablar de sistema en relación con el fenómeno jurídico, y cada una de estas nociones puede servir para distintos fines, con sus propias ventajas y limitaciones⁶¹.

Las herramientas conceptuales del modelo de ALCHOURRÓN y BULYGIN se encuentran particularmente enfocadas en la reconstrucción de los sistemas jurídicos desde la perspectiva estático-deductiva de análisis del derecho. En esta perspectiva, las normas relevantes han sido debidamente seleccionadas, identificadas e interpretadas, para funcionar como axiomas de la base del sistema, y ser expuestas como enunciados que relacionan casos con sus correspondientes soluciones. Desde esta perspectiva de análisis, las normas jurídicas consuetudinarias no representan ningún misterio; son desplegadas del mismo modo que las normas promulgadas, puesto que la conformación de los sistemas jurídicos no prejuzga sobre el origen o estatus ontológico de las normas, sólo presupone que son expresables en un lenguaje⁶². Esto es, en los sistemas jurídicos, las normas consuetudinarias son expresadas como enunciados que relacionan casos con soluciones, no siendo relevante los motivos por las cuales fueron seleccionadas para integrar el sistema, y tampoco el medio o método empleado para identificarlas.

Pero el modelo de análisis estático-deductivo no resuelve los aspectos más enigmáticos respecto de las normas consuetudinarias y su membresía a los sistemas jurídicos. Estos aspectos refieren a los motivos por los cuales una norma consuetudinaria es seleccionada como axioma de un sistema, lo que conduce a consideraciones respecto de lo que necesariamente implica su identificación. También, la conformación de los sistemas implica relaciones normativas que constituyen su estructura, por lo que resulta igualmente un aspecto ineludible por indagar la manera en que las normas jurídicas consuetudinarias establecen esas relaciones y, por ende, el modo en que pueden mediar en la estructura de los

sentido, previo a la labor sistematizadora del jurista, el derecho ya sería una suerte de sistema en bruto esperando a ser refinado.

⁶¹ BARBERIS identifica de manera no exhaustiva al menos cinco sentidos en los que se ha hablado de sistema históricamente en la dogmática jurídica: a) como sistematización extrínseca mediante principios generales, b) sistema refiriendo a un orden intrínseco al derecho, c) como una organización institucional, d) como un ordenamiento dinámico que intrínseca y normativamente regula su propia producción y aplicación; y e) en sentido sociológico, donde el derecho es visto como un subsistema social y en el que la primacía de análisis descansa en su carácter fáctico antes que en el lingüístico. BARBERIS, 1997: 24 – 26.

⁶² ALCHOURRÓN & BULYGIN, 1975: 97; BULYGIN & MENDONCA, 2005: 48.

sistemas. Estas cuestiones refieren al análisis de la *dinámica* del derecho, para lo cual ALCHOURRÓN y BULYGIN también han proporcionado algunas herramientas de análisis.

Una de estas herramientas ha consistido en exponer los presupuestos y preclusiones epistémicas que intervienen en la reconstrucción de los sistemas normativos. En uno de sus últimos escritos, ALCHOURRÓN denominó *sistema maestro* a la concepción jurídica que funciona como modelo ideal a partir del cual, asumiendo unas cuantas reglas, se buscan derivar las instrucciones a seguir en cada situación jurídica concreta⁶³. Esta concepción, como modelo de razonamiento con normas, sirve como referencia para la empresa de desarrollar una teoría jurídica, lo cual implica contar con un conjunto de proposiciones verdaderas y sistemáticamente relacionadas acerca la naturaleza del derecho⁶⁴. Con este objetivo, el trabajo de ALCHOURRÓN y BULYGIN recurre al análisis lógico para hacer explícitos los presupuestos del razonamiento jurídico, haciendo abstracción de una realidad compleja para construir modelos axiomático-deductivos simplificados –denominados *sistemas jurídicos*– a partir de los cuales se pueda explicar lo que se debe hacer conforme a derecho.

Es esencial no perder de vista que los sistemas jurídicos son el resultado de la reconstrucción idealizada de un conjunto normativo denominado *derecho* que, a su vez, es producto de eventuales prácticas de identificación definidas en una localización espacial y temporal⁶⁵. La reconstrucción de cada sistema, por consiguiente, implica asumir una perspectiva concreta. La perspectiva discrimina entre distintos elementos a considerar como resultado de lo que se busca comprender y explicar. Entre los agentes que participan de las prácticas de identificación del derecho se suele considerar esencial asumir la perspectiva del juez o del aplicador del derecho. Dicha elección no se encuentra injustificada. Por lo menos dos motivos la sustentan. Primero, aunque una de las características de los sistemas jurídicos contemporáneos es la presencia de instituciones cuya labor específica es la creación normativa, no se trata de un rasgo que compartan todos los sistemas jurídicos; pero una característica necesaria de todo sistema jurídico sí es la presencia de instituciones encargadas

⁶³ ALCHOURRÓN, 2000: 13.

⁶⁴ RAZ, 2007: 47.

⁶⁵ CARACCILO, 2000: 174.

de aplicar normas⁶⁶. Lo anterior implica; como segundo motivo, que lo que es el derecho en un tiempo y locación determinados, se puede identificar siempre tomando como referencia los actos de aplicación realizados por quienes asumen esta competencia, esto es, los órganos judiciales⁶⁷. En síntesis, para decirlo con ROSS, el derecho vigente en una sociedad es previsible, y se manifiesta principalmente, atendiendo a la práctica de los tribunales⁶⁸.

La propia concepción del sistema maestro, como ideal político y dogmático, se sustenta en una serie de principios enfocados en la actividad judicial: *inexcusabilidad*, *justificación* y *legalidad*. Estos principios se pueden resumir en el deber general de los jueces de decidir todos los casos dentro del límite de sus competencias mediante decisiones fundadas en normas jurídicas. Este deber general presupone una obligación de realización posible que asume un postulado de completitud, y que implicaría que en todo sistema jurídico hay normas que proveen fundamento para resolver todo caso potencial. Como consecuencia, la verdad o falsedad del postulado de completitud depende de cómo se identifiquen los elementos de un sistema y de qué manera se interprete la noción de justificación⁶⁹, es decir, de qué razones se consideren válidas para sustentar las decisiones judiciales.

Con esto en mente, las herramientas del análisis lógico permiten realizar reconstrucciones con fines específicos, algunas con una perspectiva más amplia, otras enfocadas en problemas más detallados. Como se ha manifestado, las herramientas pueden utilizarse para discernir entre las normas relevantes concernientes a los momentos particulares que conforman los *sistemas jurídicos*, pero sirven también para explicar la *dinámica del cambio* que permite entender al derecho desde una perspectiva más amplia, como un *orden* o sucesión de sistemas jurídicos.

En esta secuencia de ideas, la reconstrucción de los sistemas es idealizada también porque selecciona entre los elementos que considera que son relevantes para presentar de manera sistematizada, no abordando otros aspectos que –dependiendo de la perspectiva– podrían ser distintivos o considerados de interés sobre la práctica del derecho de una sociedad. En general, la teoría ha coincidido en que el núcleo principal de sus explicaciones

⁶⁶ RAZ, 1975: 105 – 106, TALAMANCA, 1981: 19 – 31.

⁶⁷ HART, 1961 [1994]: 94 – 95, RAZ, 1980 [1970]: 191, CARACCILO, 1988: 44.

⁶⁸ ROSS, 2001 [1958]: 39.

⁶⁹ ALCHOURRÓN, 2000: 14 – 15.

deben ser las normas, puesto que se trata de los componentes centrales de lo que entendemos como *derecho*. Pero esto implica cuestionarse: ¿en dónde se encuentran las normas con las que se componen los sistemas? En principio, el punto de partida para la reconstrucción de los sistemas jurídicos en los ordenamientos contemporáneos, las normas son el resultado de la identificación e interpretación de los textos jurídicos. En este sentido, ALCHOURRÓN denomina *libro maestro* al conjunto de textos a partir de los cuales se identifica un *sistema maestro*. Pero, aunque en los ordenamientos contemporáneos el *libro maestro* sea la fuente primordial de identificación de normas jurídicas, no es la única fuente y, de hecho, no podría serlo. Necesariamente debe existir cuanto menos una norma que exija recurrir al *libro*, también habrá procesos interpretativos para recurrir a su lectura, lo que implica prácticas y criterios dogmáticos complejos que asisten a la identificación de las normas.

Recordando, ALCHOURRÓN y BULYGIN asumen a las normas como el resultado de la interpretación ya asignada a las formulaciones normativas y, cabe añadir, consideran que «el sistema jurídico (y, por ende, el orden jurídico) ha de ser reconstruido de tal manera que su base sólo incluya normas generales y no las individuales, como, por ejemplo, las sentencias judiciales⁷⁰. En este tenor, las normas de origen promulgado –normalmente denominadas *legisladas*– son el significado asignado a una o varias formulaciones normativas. Por «formulación normativa» se entiende una expresión lingüística a través de la cual una autoridad normativa busca guiar el comportamiento de un grupo de agentes⁷¹. Entonces, las normas del sistema son aquellas resultantes de una interpretación unívoca⁷², esto es, una interpretación generalmente mantenida sobre las formulaciones normativas. Es decir, para que una norma forme parte del sistema jurídico –como condición necesaria– debe atender al *principio de persistencia*. Por tales motivos, las normas promulgadas son *grosso modo* identificadas necesariamente en referencia con la acción de un agente con autoridad normativa, lo que implica que han sido creadas deliberadamente por un autor específico⁷³ cuya autoridad es estipulada por una norma previa que lo torna una autoridad competente⁷⁴.

⁷⁰ BULYGIN, 1991: 262.

⁷¹ RODRÍGUEZ, 2002: 14.

⁷² BULYGIN & MENDONCA, 2005: 63.

⁷³ GARDNER, 2012: 66 – 67; REDONDO, 2017: 18 – 19.

⁷⁴ BULYGIN & MENDONCA, 2005: 67.

Como consecuencia, toda norma creada por una autoridad normativa implica el *criterio de legalidad*.

En este tenor, la concepción del *sistema maestro* privilegia al *libro maestro* en tanto fuente formal en la construcción de los sistemas jurídicos, y en no menor medida ignora o; en el mejor de los casos, relega a las fuentes materiales, tomándolas en consideración solamente en la medida en que la legislación indica las circunstancias en que deben ser tomadas en cuenta. La predilección por esta visión formalista en la reconstrucción de los sistemas es explicable desde distintas perspectivas:

- a) *Doctrinal*: El ideal político de la separación de poderes establece que el poder legislativo es la autoridad competente para dictar las pautas generales que sirven para guiar y evaluar las conductas de los ciudadanos en una comunidad⁷⁵. En este sentido, las normas promulgadas son identificadas necesariamente en referencia con la acción deliberada de un autor específico cuya autoridad es indiscutible al serle asignada por una norma previa que lo torna en autoridad competente. Seguidamente, toda norma que componga el sistema implica el *criterio de legalidad*, pues incluso las normas de un origen distinto, como la jurisprudencia o la costumbre, únicamente serían pertinentes en la medida en que una disposición legislativa así lo señalara.
- b) *Metodológica*: La caracterización de los sistemas identifica a las normas mediante enunciados, entre los cuales, por lo menos uno califica deónticamente un comportamiento⁷⁶ o una situación de hecho. En este sentido, tratándose de la legislación, el problema de la identificación de enunciados relevantes para la composición de un sistema suele estar previamente resuelto por el legislador⁷⁷. Asimismo, la interpretación-identificación de normas presupone una labor *prima facie* menos engorrosa y más controlable, pues el derecho legislado se caracteriza porque su creación responde a una intencionalidad deliberada⁷⁸ identificable mediante el *libro maestro*.

⁷⁵ ALCHOURRÓN, 2000: 16.

⁷⁶ GUASTINI, 2013a: 122.

⁷⁷ ALCHOURRÓN & BULYGIN, 1975: 123.

⁷⁸ GARDNER, 2012: 59.

En contrapartida, el recurso a la jurisprudencia y la costumbre por parte de los jueces, cuando no estuvieran previstas por disposición legislativa alguna para la doctrina, en principio carecería de legitimidad jurídica, sobrepasando el alcance de sus competencias e incurriendo en medidas de *lege ferenda*. De igual manera, metodológicamente, incluso si fueran previstas por la legislación, estas fuentes implican considerables dificultades. Respecto de la costumbre no existe una intencionalidad deliberada⁷⁹, una *ratio* que asista a interpretar la concurrencia de comportamientos sociales en cuestión para saber qué estado de cosas se desea mantener o evitar. Solamente existe la vigencia de una práctica⁸⁰ que se asume como vinculante, pero cuya finalidad puede ser objeto de disputa incluso entre quienes la observan con consistencia. Esta peculiaridad puede generar un gran margen de penumbra sobre la pertinencia y legitimidad de hacer jurídicamente exigible un precedente o una norma consuetudinaria. También, se suma la dificultad de que las normas consuetudinarias, al no encontrarse codificadas, no responden a formulaciones canónicas, por lo que su enunciación puede resultar ser altamente discutible y, en ocasiones, incluso imposible⁸¹. En este sentido, no es infrecuente encontrar críticas a las doctrinas que pretenden presentar condiciones objetivas para identificar los precedentes o la manera de saber que nos encontramos ante una norma jurídica consuetudinaria. La crítica denuncia a estas doctrinas como ideologías que buscan encubrir la actividad creadora de derecho por parte de los jueces⁸². No obstante, esto tampoco significa que se pueda negar la existencia tanto de precedentes como de normas consuetudinarias en el derecho.

En consecuencia, aunque no se niega que la creación del derecho posea fuentes materiales como la costumbre o la jurisprudencia, el enfoque epistémico se ha centrado, naturalmente, sobre las normas que son producto de la legislación⁸³. No obstante, esto no

⁷⁹ KELSEN, 2003 [1945]: 114.

⁸⁰ De hecho, esta es una diferencia sumamente relevante entre las normas consuetudinarias y las normas de origen legislado. La eficacia o vigencia es una propiedad contingente –aunque no irrelevante– de las normas jurídicas de origen promulgado mientras que, respecto de las normas consuetudinarias, la eficacia o vigencia es una propiedad necesaria. ALCHOURRÓN & BULYGIN: 1997 [1979]: 12 – 13.

⁸¹ MARMOR, 2009: 88

⁸² ROSS, 2001 [1958]: 84 y 92.

⁸³ Digo «naturalmente» porque, me parece, siguiendo su interés primordial realizar una reconstrucción racional de la labor de los juristas. La principal preocupación reconstructiva de todo jurista es recopilar toda la información que encuentre en los textos normativos. Pensando en juristas de la tradición continental o del *civil law*, la principal fuente que se consulta es, sin lugar a duda, las leyes contenidas en códigos, reglamentos y tratados, y complementariamente en criterios jurisprudenciales.

implica erradicar su estela del imaginario jurídico que representan los sistemas. Por decirlo con una alegoría, si se piensa en una imagen fotográfica, en ésta es posible distinguir con nitidez solamente a los objetos o paisajes que se encuentran *en foco*, mientras que aquellos que se encuentran *fuera de foco*, aunque presentes en la imagen, difícilmente se los puede distinguir. Con los sistemas jurídicos sucede algo similar. Se los puede percibir como una serie de imágenes⁸⁴, y en su análisis, detenernos a observar cada una de ellas identificando un conjunto de normas de origen promulgado, aunque en ciertos aspectos se sobrepongan los objetos o el *enfoque* no sea ideal, pero en amplios términos se pueden identificar las normas promulgadas y sus relaciones. El trasfondo de la imagen se ve borroso. Se puede saber que hay algo, pero difícilmente se puede decir en qué consiste. Los sistemas jurídicos son como imágenes fotográficas en las que se ha procurado centrar el enfoque sobre las normas promulgadas, pero, si *se ajusta el lente*, es posible también enfocar y distinguir normas jurídicas consuetudinarias, y percatarse de que son relevantes para la configuración de la escena que se buscaba capturar⁸⁵. En respaldo de lo expuesto, REDONDO encuentra problemático en la reconstrucción de ALCHOURRÓN y BULYGIN que se limita a la exposición de *un* sistema momentáneo, esto es, a sistemas estáticos, internamente aplicables al caso por resolver, y con esto, ignorarían gran parte de la complejidad de los sistemas con los que trabajan los jueces y los funcionarios⁸⁶.

Entonces, al buscar ajustar el lente, primero hay que considerar si también es necesario cambiar nuestro *objetivo fotográfico* por uno cuyos lentes permitan dar cuenta de objetos que no se manifiestan necesariamente mediante el lenguaje escrito. Este ajuste implica introducir una sana perspectiva realista⁸⁷ que, no negando el valor teórico de sistematización deductiva, se rebele ante los excesos idealistas del formalismo dogmático y busque dar cuenta de lo que sucede de conformidad con los sistemas jurídicos reales⁸⁸. La imagen que se busca capturar continuará privilegiando la perspectiva del juez y seguirá

⁸⁴ Las imágenes que componen los sistemas jurídicos son sistemas estático-deductivos.

⁸⁵ En sintonía con esta imagen alegórica, BAYÓN recalca que muchas teorías jurídicas versan casi exclusivamente sobre el conjunto de directivas formalmente promulgadas por las autoridades normativas, lo que; a su parecer, constituye solamente el nivel más superficial constituido por el derecho, un fenómeno que no considera posible comprender si no se tienen en cuenta las gruesas y complejas prácticas sociales que subyacen a la emanación y la aplicación de las directivas formalmente promulgadas. Véase BAYÓN, 1996a: 49.

⁸⁶ REDONDO, 2018: 148.

⁸⁷ ALCHOURRÓN & BULYGIN, 1975: 91.

⁸⁸ RATTI, 2014: 272.

interesándose también en las normas generales, pero ampliará su perspectiva, considerando relevante no sólo las normas que expresamente se identifican y aplican a partir del *libro maestro*, sino también sus prácticas; pero, no cualquier práctica. Son relevantes las prácticas que giran en torno a la identificación de normas para formar sistemas conforme a los parámetros del *sistema maestro* (que incluyen las formas de leer el *libro maestro*) y cuya realización los jueces encuentran justificada en razones heterónomas y generalizadas, al grado de considerar también justificada la crítica a sus colegas cuando se apartan de las prácticas como estándares de actuación. Estas prácticas son normas consuetudinarias y, como se buscará demostrar, tienen incidencia tanto en la identificación y aplicación de normas de origen legislado como de normas consuetudinarias observadas por la generalidad de la población que puedan llegar a ser reconocidas por el sistema jurídico como estándares vinculantes para resolver distintas situaciones.

Con esta línea de razonamiento en mente sostendré que, en tanto fuente del derecho y al igual que las normas de origen legislado, la costumbre cobra relevancia en los sistemas jurídicos cuando se la observa desde la perspectiva del juez. Más allá de sus referencias legislativas, hay normas consuetudinarias que tienen una función de soporte en la actividad judicial que busca colmar las exigencias del *sistema maestro* ahí en donde el *libro maestro* no proporciona todos los elementos necesarios para solucionar los casos que se presentan ante los jueces y, no obstante, al procurar un ejercicio uniforme de la función judicial que – en medida de lo posible – busque respetar los ideales de igualdad de los ciudadanos ante la ley y la previsibilidad de las decisiones judiciales. En este tenor, señala RAZ: «[...] laws are binding on the courts either because judicial customs make their recognition obligatory or because they are themselves judicial customs»⁸⁹.

Precisamente, puesto que en la práctica del derecho la reconstrucción de los sistemas jurídicos a partir de las fuentes legislativas revela problemas de inconsistencia (contradicción normativa), completitud (lagunas normativas) y, en no pocas ocasiones encuentra relevantes lagunas axiológicas⁹⁰, los jueces recurren en importante medida a formas de la costumbre

⁸⁹ «[...] las normas jurídicas son vinculantes para los tribunales debido a que las costumbres judiciales hacen obligatorio su reconocimiento o porque ellas mismas son costumbres judiciales». RAZ, 1972: 854.

⁹⁰ Las lagunas axiológicas se presentan cuando la solución resultante para un caso a partir de la serie de normas pertinentes del sistema es valorada como demasiado injusta, inequitativa o inoportuna, de modo que el juez decide apartarse de ella. BULYGIN, 2009: 81 – 82, RODRÍGUEZ, 2005: 151 – 156.

como fuente normativa para colmar los sistemas jurídicos reales y satisfacer las exigencias del ideal proyectado por el *sistema maestro*. La necesidad de recurrir a elementos que pueden ser calificados como «discrecionales» para colmar sistemas jurídicos por parte los jueces, y la exigencia teórica de dar cuenta de este fenómeno, revela una importante tensión con el ideal político de la separación de poderes y los ideales de certeza e igualdad ante la ley que busca resguardar el principio de legalidad. No obstante, la tensión existe y tiene un papel no menor en nuestra comprensión del fenómeno jurídico, de modo que la teoría no puede ignorarla o aislarla como un defecto mínimo que no influye en la reconstrucción de los sistemas jurídicos. Pero aceptar esta tensión tampoco debe orillarnos a asumir una visión radicalmente escéptica como la que HART denominó «la pesadilla», en donde la función judicial no se distingue de la legislativa⁹¹ e impera la discreción judicial indiscriminada. Entonces, ante la cuestión de si los jueces pueden modificar el sistema para colmar sus lagunas, como señala NAVARRO: «[u]na respuesta afirmativa no parece insensata. Cuando los jueces ejercen ese poder normativo, que es *intersticial*⁹², restringido y dirigido, una nueva norma se añade al sistema y se completa la laguna»⁹³. Es imposible colmar una laguna o resolver una inconsistencia sin modificar el sistema –y, por ende, crear uno nuevo, pero completo. Sin embargo, este ejercicio discrecional de recurrir a otras fuentes normativas para colmar o depurar el sistema no necesariamente implica arbitrariedad⁹⁴; de hecho, como sostendré, la costumbre jurídica asiste a delimitar el espacio intersticial de la discreción judicial.

Finalmente, respecto de los problemas metodológicos que conlleva dar cuenta de normas consuetudinarias en los sistemas jurídicos, es conveniente flexibilizar la caracterización de estos últimos en relación con los enunciados normativos. En rigor, los sistemas jurídicos no se componen de enunciados, sino de normas. Los enunciados son útiles en la medida en que asisten a dar cuenta de las normas que componen un sistema. En los albores del desarrollo de su explicación de los sistemas jurídicos, ALCHOURRÓN y BULYGIN parecen asumir una identidad entre los enunciados y las proposiciones normativas, en donde los enunciados jurídicos serían una forma indirecta de referir a la existencia de normas

⁹¹ HART, 1977: 972 – 973.

⁹² HART, 1994 [1961]: 273.

⁹³ NAVARRO, 2005b: 96.

⁹⁴ HART, 1961 [1994]: 273, RAZ, 1979: 181.

jurídicas⁹⁵. Sin embargo, esta postura reduccionista no se mantuvo incólume⁹⁶. La discusión acerca de cuál es la relación que existe entre enunciados y proposiciones normativas es intrincada, y no es este el lugar para atenderlo. Baste señalar que, a pesar de que incluso no sea posible formular enunciados incontrovertibles sobre la existencia de varias normas jurídicas consuetudinarias, los sistemas normativos se componen de normas y, en este tenor, al dar cuenta de los sistemas jurídicos, lo relevante es enfocar la atención sobre toda proposición normativa –expresa o implícita– que registre la existencia de una norma jurídica.

2. 1 El modelo judicial y la práctica de identificar el derecho aplicable.

GRAY consideraba que el ámbito del derecho en donde la costumbre tiene mayor influencia es en la esfera de la interpretación. El argumento basal que toma en consideración para realizar esta afirmación es que, los jueces, al determinar el derecho, lo hacen basándose en el significado de las palabras; y el significado de las palabras es establecido por una práctica general, esto es, por una costumbre⁹⁷. No es necesario llevar esta noción hasta sus últimas consecuencias y sostener que incluso las reglas del uso ordinario del lenguaje forman parte del sistema jurídico y, por ende, que son derecho. Como señala GRAY, basta decir que, en el ámbito de la interpretación, en la medida en que el juez establece una norma jurídica, lo hace basándose –de alguna forma– en una costumbre. Esto es especialmente cierto cuando se considera que, como acentuase POUND, bajo el rótulo de «interpretación» en realidad suelen confundirse distintos procesos complejos generales que pueden estar sujetos a prácticas comunes por parte de los jueces: 1) encontrar el derecho, lo que consiste en discernir entre las diversas fuentes, las posibles reglas aplicables para la materia en cuestión; 2) propiamente interpretar el material normativo discernido, esto es, asignar o acertar un significado para obtener una regla y; 3) aplicar al caso en cuestión la regla encontrada o interpretada⁹⁸.

Esto es, la perspectiva ampliada de análisis exige orientar la atención hacia el proceso inmediato que precede a la interpretación, a la identificación de las fuentes a partir de las cuales se obtiene la materia prima que será interpretada para obtener las normas que

⁹⁵ NAVARRO, 2012: 629 – 630.

⁹⁶ NAVARRO, 2000: 123, BULYGIN, 2003, NAVARRO: 2012: 632.

⁹⁷ GRAY, 1972 [1909]: 292 – 293.

⁹⁸ POUND, 1954 [1922]: 48.

componen los sistemas jurídicos. En este sentido, BULYGIN señala que es importante distinguir las cuestiones relativas a las fuentes del derecho que refieren a la obtención del material jurídico y los problemas de interpretación. El problema de las fuentes es fundamental para la determinación del sistema que será aplicado por los tribunales⁹⁹. Esto significa no concentrarse en los enunciados, que son el resultado finiquitado de las interpretaciones y, en cambio, centrarse en las proposiciones normativas que operan en el razonamiento sistemático; teniendo en cuenta que no todas las proposiciones llegan a ser manifestadas –al menos de manera explícita– en los enunciados normativos.

Seguidamente se presentan los problemas de diferenciación en la identificación e interpretación de los diversos tipos de normas que se obtienen. Los problemas de interpretación son los mismos para todas las normas, y refieren a la determinación de significados. Pero, como se ha señalado, cada tipo de norma presenta características distintas, de lo que se sigue que el proceso interpretativo de cada tipo de norma conlleva distintas dificultades –no todas evidentes– respecto de lo que es posible conocer, es decir, en qué medida es verdaderamente posible u objetivo el conocimiento de una norma, y en qué medida la norma es objeto de una actividad decisoria, de la elección de un significado¹⁰⁰. Como se ha visto, las normas promulgadas siempre son expresadas mediante un lenguaje. De hecho, respecto de la legislación, es difícil apartarse drásticamente de su formulación canónica por medio de la interpretación¹⁰¹. Esto asiste a que las normas promulgadas generales se integren al sistema en principio como una suerte de «interpretación estándar» compartida por la comunidad de jueces, funcionarios y, hasta cierto punto, por la población civil también¹⁰². Por su parte, una norma consuetudinaria no requiere del lenguaje para ser comunicada y regir en un grupo social. Y, aunque las normas consuetudinarias podrían llegar a ser expresadas mediante una formulación lingüística, no existe una enunciación canónica indiscutible. Parfraseando a GARDNER, el derecho consuetudinario no es expresamente creado; por

⁹⁹ BULYGIN, 1994: 14.

¹⁰⁰ GUASTINI, 2011: 409 – 413.

¹⁰¹ GARDNER, 2012: 79.

¹⁰² No necesariamente debe haber coincidencia entre la interpretación sostenida por los jueces y los funcionarios, y la población civil. En parte, es usual que los juristas, jueces y funcionarios, sostengan interpretaciones distintas acerca de los contenidos de las formulaciones normativas contenidas en los textos jurídicos. No obstante, también es cierto que se mantiene un núcleo común sobre la interpretación del lenguaje en el que se formulan las disposiciones jurídicas, de modo tal que la población pueda entender lo que debe hacer conforme a las leyes vigentes.

supuesto, es comunicado, sin embargo, no es creado por actos de comunicación, sino por actos de conformidad¹⁰³. Al respecto, BENTHAM apuntaba que, tratándose de normas consuetudinarias, todo discurso verbal se encuentra fuera de la cuestión pues, incluso si se llegara a presentar algún discurso verbal al que se haya recurrido en ocasión de su creación, no es el discurso verbal el que hace a la norma¹⁰⁴.

Lo anterior requiere algunas aclaraciones pues, aunque ciertamente las normas consuetudinarias no requieren del lenguaje, varias normas consuetudinarias aparentemente únicamente llegan a pertenecer al sistema en la medida en que se ejecutan actos lingüísticos que enuncian y reconocen su calidad de ser jurídicas. En contraste, hay otras normas que no suelen ser enunciadas, pero son jurídicas por su relación con la práctica de identificación y aplicación del derecho por parte de jueces y funcionarios. Como consecuencia, podemos afirmar que las normas jurídicas consuetudinarias son conceptos disposicionales¹⁰⁵ que encuentran en la práctica adjudicativa las condiciones para su verificación.

La teoría imperativa de AUSTIN ofrece un modelo explicativo sencillo que ha gozado de una considerable notoriedad para explicar la verificación de normas jurídicas consuetudinarias por medio de la actividad judicial. De manera sucinta, la teoría considera al derecho como el conjunto de mandatos emitidos por un soberano a sus súbditos, y estos actos se encuentran respaldados por la amenaza de una sanción en caso de incumplimiento. En esta comunidad, que se encuentra bajo un hábito de obediencia al soberano, los jueces son los encomendados de hacer cumplir los mandatos que éste emite. Así, en el modelo de AUSTIN, la costumbre como fuente normativa tiene dos vías de adopción. La primera es una forma directa en la que el soberano ordena respetar ciertas costumbres sociales; esto es, una norma promulgada incorpora a las costumbres sociales al repertorio de estatutos respaldados por la amenaza de sanción en caso de incumplimiento. La segunda consiste en una vía indirecta o

¹⁰³ GARDNER, 2012: 67.

¹⁰⁴ BENTHAM, 2010 [1789]: 161.

¹⁰⁵ Los conceptos ostensibles refieren a objetos directamente constatables en el mundo, a los que basta señalar para verificar su existencia, por ejemplo, un kiwi. Por su parte, los conceptos disposicionales refieren a propiedades que no se pueden constatar directamente con objetos del mundo pero que, si se presentan las condiciones adecuadas, tienen la inclinación a manifestarse. Un paradigma de un concepto disposicional es el de «solubilidad». No es posible verificar si un objeto es soluble si no se presentan las condiciones adecuadas. El azúcar es soluble; pero esto no se verifica directamente al simplemente observar un terrón de azúcar. Para constatar la solubilidad del agua requerimos poner el terrón de azúcar en agua. CARNAP, 1936: 439 – 441.

tácita¹⁰⁶. En esta última, los jueces llegan a recurrir a costumbres populares vigentes para resolver los casos que se presentan ante ellos, haciéndolas jurídicamente exigibles. En tal caso, la no interferencia del soberano, el hecho de no revertir las resoluciones, es muestra de su aquiescencia para que ese estado de cosas se mantenga, que los jueces continúen recurriendo a esas costumbres, y la población tenga conocimiento de que la observancia de éstas es concorde con la voluntad del soberano; esto es, que su inobservancia acarrea una sanción jurídica.

Esto no significa que toda norma consuetudinaria sea jurídica por el simple hecho de que el soberano no ha impedido su práctica. La norma consuetudinaria es jurídica en la medida en que los tribunales la reconocen como tal, al utilizarla para resolver controversias que se presentan ante ellos. Si lo anterior no sucede, se trata de simples reglas sociales cuya observancia es indiferente para el soberano y, por ende, para el derecho. Cuando los tribunales recurren a ellas por primera vez, las reglas reciben un reconocimiento jurídico. El soberano puede haber intervenido, pero no lo ha hecho, lo que significa que, de manera tácita, ordena a sus súbditos obedecer las resoluciones de los tribunales pues éstas concuerdan con su voluntad.

En principio, la vía directa no presenta mayores dificultades; sin embargo, la vía indirecta o tácita genera perplejidad. En general, esta explicación arrastra los defectos de la teoría imperativa, cuyas críticas más pertinentes han sido formuladas por HART, quien señala que la explicación de AUSTIN sólo se puede sostener si al término «mandato» se le otorga un significado tan amplio que resulta desvirtuado. También, del hecho de que el soberano no interfiera con las disposiciones de los jueces, no necesariamente se sigue que deseaba que las mismas fueran obedecidas. Pensando en un Estado contemporáneo, es muy extraña la ocasión en que es posible atribuir al soberano la determinación de no interferir sobre las decisiones de los jueces. Es más extraño aún que la legislatura, el electorado o la jefatura de gobierno, reparen en las normas consuetudinarias aplicadas por los tribunales¹⁰⁷.

La explicación de AUSTIN, a pesar de sus flaquezas, tiene una virtud que no ha de ser despreciada, la cual es acentuar la relevancia de la función judicial en la identificación,

¹⁰⁶ AUSTIN, 1995 [1832]: 36.

¹⁰⁷ HART, 1994 [1961]: 45.

creación y aplicación del derecho¹⁰⁸, y en esta línea, su importancia en la labor de identificar las normas jurídicas consuetudinarias vigentes. ROSS presenta una exposición similar y, asumiendo postulados realistas, considera que solamente son normas jurídicas aquellas sobre las que los tribunales efectivamente fundamentan sus decisiones, motivo por el cual, sólo se puede conocer lo que es derecho –incluyendo el derecho consuetudinario– estudiando el comportamiento manifiesto de los jueces¹⁰⁹. No obstante, este tipo de enfoques ha sido criticado por presentar al derecho consuetudinario como producto de la creación judicial y, por consiguiente, no lo explica, sino que, por el contrario, lo elimina¹¹⁰.

En rigor, ni la postura de AUSTIN ni la de ROSS niegan necesariamente la existencia del derecho consuetudinario para disfrazarlo totalmente como un producto de la creación judicial. Esta conclusión podría ser propia de una postura realista radical como la de GRAY, que considera que las normas jurídicas no preceden en modo alguno a la actividad interpretativa, sino que siempre son su resultado¹¹¹. Para GRAY las fuentes del derecho son – como su nombre sugiere– fuentes de las cuales los jueces pueden derivar normas para conformar el derecho¹¹². En este sentido, considera que la relevancia de las costumbres civiles ha sido exagerada por la doctrina pues, la costumbre popular es un factor entre otros a considerar cuando el juez debe determinar derechos y obligaciones. Como conclusión, GRAY enfatiza que la gran parte de lo que conocemos como normas jurídicas consuetudinarias en realidad se originó en los tribunales y «[...] the bulk of the community had nothing to do with them and knew nothing about them»¹¹³.

En su forma directa, AUSTIN considera que las normas consuetudinarias por sí mismas –sin necesidad de recurrir a la actividad interpretativa de los jueces– forman parte del derecho cuando el soberano así lo ha ordenado. En la forma indirecta, tampoco niega que los jueces puedan recurrir a las costumbres populares, sin modificarlas, para resolver los casos que se presentan ante ellos. Por su parte, aunque ROSS sostenía tesis realistas, y propugnaba por una versión moderada de esta doctrina, una que lograra ser conciliada con las intuiciones del

¹⁰⁸ RATNAPALA, 2009: 47.

¹⁰⁹ ROSS, 2001[1958]: 99 – 100.

¹¹⁰ CANALE, 2008: 128 – 131.

¹¹¹ GRAY, 1972 [1909]: 124 – 125.

¹¹² GRAY, 1972 [1909]: 123.

¹¹³ «[...] la mayor parte de la comunidad no tiene nada que ver con éstas y no sabe nada de ellas». GRAY, 1972 [1909]: 294.

idealismo propio de las posturas normativistas como la de KELSEN¹¹⁴. De tal modo, ROSS no niega que pueda darse el caso de que los jueces identifiquen y apliquen normas genuinamente consuetudinarias que sean el resultado de prácticas sociales vigentes. En todo caso, me parece que ambos pensadores estarían dispuestos a aceptar que el proceso judicial de identificación e interpretación de las normas jurídicas consuetudinarias puede involucrar –y usualmente involucra– un amplio espectro de incertidumbre y discreción que da pie a la creación judicial de derecho¹¹⁵. Por este motivo, coincidiendo con GRAY, muchas de las supuestas normas jurídicas consuetudinarias resultantes en verdad no son tales, no coinciden con las prácticas civiles, sino que son el resultado de actos de creación judicial. Con esto en mente, ROSS efectivamente arremete contra la doctrina jurídica que propugna la existencia de condiciones objetivas mediante las cuales se puede determinar que existe una norma jurídica consuetudinaria que vincula al juez. Ser inmemorial, inveterada, existir pacíficamente, la presencia de una *opinio necessitatis* que sea cierta y razonable, todas estas condiciones – denuncia– son parte de una ideología que procura enmascarar la libertad con la que cuentan los jueces en su actividad creadora de derecho¹¹⁶.

2. 2 Normas consuetudinarias en el trasfondo de la interpretación

ROSS considera que el enfoque del modelo judicial es útil no sólo para identificar normas jurídicas consuetudinarias, sino que es crucial para la identificación del derecho válido en general, esto es, el derecho vigente de una sociedad. En concordancia con su vena realista, el filósofo danés consideraba que el criterio más relevante para identificar el derecho positivo es la efectividad¹¹⁷. Así, entiende que un sistema jurídico es un conjunto de normas efectivamente operante en la mente de los jueces, puesto que las sienten como socialmente vinculantes y en consecuencia las observan. Al concebir a las normas como esquema de interpretación, ROSS considera que es posible comprender las decisiones de los tribunales como respuestas sensatas ante determinadas condiciones, lo que permite, dentro de ciertos límites, que sean previsibles¹¹⁸. En conclusión, para llegar a conocer el derecho válido es

¹¹⁴ ROSS, 2001[1958]: 71.

¹¹⁵ AUSTIN, 1995 [1832]: 35.

¹¹⁶ ROSS, 2001 [1958]: 92.

¹¹⁷ ROSS, 2001 [1958]: 67.

¹¹⁸ ROSS, 2001 [1958]: 34 – 35.

necesario conocer las consideraciones que efectivamente asisten a configurar el *sistema maestro* en la cabeza de los jueces; esto es, indagar en la práctica judicial por las razones operativas de los jueces que permiten considerar ciertas normas como jurídicamente válidas, pues existen en cierta medida, y bajo ciertas condiciones, hay una significativa probabilidad de que sean aplicadas por los tribunales¹¹⁹. En sentido similar, RAZ sostiene que la pertenencia de una norma jurídica a un sistema es un contrafáctico: si se presenta el caso apropiado los tribunales actuaran sobre la base de la norma¹²⁰.

En este punto se torna más nítida la pertinencia de las observaciones anteriormente señaladas por RAZ y GRAY acerca de la relevancia de las costumbres de los jueces en la configuración del derecho vigente de una sociedad. Sostener que entre los aplicadores del derecho existen prácticas convencionales de naturaleza normativa por las cuales consideran adecuado interpretar normativamente algunas fuentes en cierto sentido y no en otro¹²¹, es una verdad sintética¹²², difícil de negar. Estas prácticas han sido resaltadas en la filosofía jurídica contemporánea con diversas finalidades. Por ejemplo, COLEMAN apela a una explicación de prácticas convencionales seguidas por los jueces a partir de las cuales surgen deberes para decidir ciertos casos en una manera particular. Estos deberes, de acuerdo con COLEMAN, contingentemente pueden dar lugar a una aceptación crítica de la exigibilidad de aplicar estándares morales por parte de los jueces; dando lugar a su defensa de un positivismo incluyente¹²³. FERRER BELTRÁN ha recurrido a defender una visión sobre la relevancia de las prácticas convergentes entre los jueces; postura que denomina «realismo jurídico moderado», para dar cuenta de la posible existencia de genuinos errores judiciales y desacuerdos en el derecho; algo que no sería posible desde un realismo radical. En esta línea, considera que, si los contenidos significativos de las disposiciones jurídicas son el producto de la actividad

¹¹⁹ Es importante resaltar que, para ROSS, las consideraciones sobre lo que constituyen la validez del derecho no se limitan a hechos pasados, esto es, a normas que han sido aplicadas. Que el derecho se encuentre constituido por normas implica que en cierto modo su funcionamiento es previsible, pues las normas motivan los comportamientos pasados y futuros de los jueces. En consideración de los comportamientos futuros, ROSS considera que la validez de las normas es una cuestión de grado que depende de qué tan probable es que sean aplicadas por los jueces en el futuro remoto. ROSS, 2001 [1958]: 37 y 44.

¹²⁰ RAZ, 1971: 88 – 90.

¹²¹ De hecho, tomando a VON WRIGHT como referencia, es más adecuado decir que se cuenta con una norma consuetudinaria que exige interpretar ciertas fuentes normativas dentro de cierto *rango de significado* que, una norma consuetudinaria que exige interpretar cierta fuente normativa con cierto significado específico.

¹²² SEARLE, 1969: 4 – 5, GARCÍA-CARPINTERO, 1996: 91.

¹²³ COLEMAN, 1982: 159 – 160.

interpretativa primordialmente realizada por parte de los jueces, entonces «las convenciones interpretativas admisibles no dependen de cada juez individual sino de los usos interpretativos convergentes de esa comunidad jurídica»¹²⁴. Estas convenciones interpretativas tendrían un acento normativo pues; retomando a ROSS, en la medida en que los jueces las sientan como vinculantes, son una razón por la cual consideren justificado actuar conforme a ellas e, igualmente, encuentren justificada toda reacción contra sus colegas que las desatiendan. Entonces, si se acepta esta línea de razonamiento, es cierto que la costumbre tiene peculiar relevancia para el derecho cuando se trata de las prácticas judiciales, pero no se trata de meras convenciones habituales que los jueces consideren opcionales y de las cuales se puedan apartar sin consecuencias. Estas costumbres, estas prácticas, son normativas. Por tal motivo, estamos frente a una especie de norma jurídica consuetudinaria, practicada entre el grupo de los jueces de una población.

El tema de la costumbre como fuente del derecho es atendido con profundidad y consistencia por BENTHAM, quien realizó perspicaces indagaciones respecto del papel de ésta en el derecho, y no tuvo empacho en señalar que la costumbre generaba normas jurídicas consuetudinarias que concernían al ámbito operativo de la magistratura. Por este motivo, al hablar de las costumbres, consideró especialmente relevante diferenciar entre aquellas observadas por la población civil y las que atienden a los jueces. Denominó *in pays* a las normas consuetudinarias que son creadas por el comportamiento espontáneo de la población civil. Por su parte, las normas consuetudinarias producto espontáneo de la práctica judicial en la identificación y aplicación del derecho, son designadas *in foro*¹²⁵. Las primeras, para ser exigidas jurídicamente, requieren expresamente de una formulación lingüística. Solamente las segundas pueden llegar a pertenecer al sistema por la mera práctica conforme, y sin llegar a ser expresamente formuladas.

De manera similar a AUSTIN, respecto de las normas *in pays*, BENTHAM consideraba que éstas solamente podían llegar a ser jurídicamente vinculantes o exigibles mediante un

¹²⁴ FERRER BELTRÁN, 2010: 159 – 160. En este mismo sentido, ARENA destaca que un juez no interpreta textos de manera aislada o con métodos interpretativos que sólo él utiliza. Entonces, los métodos de interpretación son convenciones vigentes acerca de cómo asociar un significado a una disposición normativa. ARENA, 2019b: 69.

¹²⁵ BENTHAM, 1977: 234 – 235.

acto respaldado por una autoridad jurídica: un acto de legislación¹²⁶ o por adopción judicial. Solamente ante estos supuestos una norma consuetudinaria llega a ser exigible jurídicamente y que se puede sancionar a quien no la ha observado. Es importante destacar que cualquiera de los dos supuestos presupone en cierta medida a las normas *in foro*. En este aspecto BENTHAM comparte una visión similar a la de ROSS y considera que, con antelación a por lo menos una primera acción judicial, el comportamiento consuetudinario en cuestión no es jurídicamente obligatorio¹²⁷ pues, antes de dicho acto, no era posible anticipar su exigencia jurídica. Esto implica que el primer acto de exigibilidad de una norma consuetudinaria *in pays* establece la base para la formación espontánea de una norma consuetudinaria *in foro*.

En concordancia con los postulados de ALCHOURRÓN y BULYGIN, es importante recordar que los sistemas jurídicos se reconstruyen a partir de normas generales, no de normas individuales. De esto se sigue que un acto aislado en el que un juez haya sancionado el cumplimiento de una norma consuetudinaria *in pays* no es suficiente para afirmar que ésta ya pasa a formar parte de un sistema jurídico. Únicamente cuando es previsible que dicha norma *in pays* forme parte del cúmulo de normas que los jueces consideran estar obligados a aplicar es que la misma es jurídica y llega a formar parte del derecho. El deber de los jueces de incorporar esa norma *in pays* al cúmulo de normas con las que consideran están obligados a resolver no puede surgir sino de una norma consuetudinaria generada por la práctica judicial, esto es, de una norma *in foro*. Esto es fácilmente asumible cuando la aplicación de la norma *in pays* no se encontraba prevista por en la legislación, esto es, por una norma promulgada. No es tan evidente en el caso contrario, en el que la exigencia de la norma *in pays* era prevista por la legislación. Pero, incluso en este segundo supuesto, es ampliamente posible que se genere una norma consuetudinaria que establezca el marco interpretativo que defina cuál o cuáles de entre las posibles interpretaciones de la norma consuetudinaria *in pays* es la que los jueces habrán de reconocer. Por ejemplo, la legislación puede prever que la entrega de mercancía que es objeto de transporte naviero se realice conforme a los usos y costumbres de la *lex mercatoria*. La interpretación imperante entre los jueces es que esta norma consuetudinaria *in pays* se cumple con la presentación de la mercancía en el puerto

¹²⁶ Al respecto, RAZ señala que legislador puede hacer que una norma social sea derecho por promulgarla directamente como tal, o al estipular que las costumbres sociales de cierto tipo deben ser derecho vinculante. RAZ, 1972: 848.

¹²⁷ POSTEMA, 1986: 216 – 217.

ante la autoridad aduanera, rechazando otras interpretaciones posibles, como la que exigiría al transportista asegurar que la autoridad aduanera libere la mercancía en favor quien contrato su servicio.

Conforme a lo señalado, destaca MURPHY, el derecho consuetudinario tiene una dimensión estipulada pues, de alguna manera, los tribunales han de establecer algunos criterios generales que definan qué costumbres posiblemente sean exigidas jurídicamente¹²⁸. Dicha estipulación no puede resultar sino de una práctica convergente llevada a cabo por los jueces, es decir, de la formación de una norma consuetudinaria *in foro*. La idea que subyace en BENTHAM es que, incluso cuando la legislación prevea la exigibilidad de la costumbre *in pays*, no es sino hasta que media el primer acto de aplicación judicial que se comienza a concretizar que el comportamiento jurídicamente exigible consistirá en los parámetros contenidos en N₁ y no en los de N₂ o de N₃. En esta línea, enfatiza RAZ, «[e]ven legal custom is not law until it is recognized and declared to be law by the courts»¹²⁹.

En general los planteamientos de BENTHAM parecen acertados¹³⁰. En particular, es importante destacar que no existe norma consuetudinaria *in pays* que sea exigible jurídicamente si no media el acto de alguna autoridad competente que la haga vinculante. Planteado en términos de sistemas, apunta REDONDO, la existencia de las normas consuetudinarias *in pays* como cuestión de hecho es siempre extrasistemática, mientras que su existencia como cuestión de derecho (jurídica) es necesariamente intrasistemática y depende de un acto autoritativo¹³¹ respaldado por una norma previa. Asimismo, respecto del reconocimiento o adopción judicial de la costumbre, BENTHAM puntualmente recalca que únicamente cuando existe una práctica judicial generalizada de reconocimiento mediante la aplicación, la norma *in pays* puede comenzar a ser considerada jurídicamente vinculante por

¹²⁸ MURPHY, 2014: 122.

¹²⁹ RAZ, 1971: 87. «[i]ncluso una costumbre jurídica no es derecho hasta que no es reconocida y declarada como derecho por parte de los tribunales».

¹³⁰ Una posible objeción podría surgir al respaldar este modelo de reconocimiento de normas pues, como se sabe, BENTHAM fue promotor de la teoría imperativa. Sin embargo, esto no necesariamente es el caso. De hecho, HART consideraba que este modelo debilitaba sus pretensiones imperativistas, debido al reconocimiento de diversas fuentes para la creación del derecho. «The diversity of such sources and types of law is to be explained only by reference to the basic law-identifying rules accepted by the Courts of a legal system, which provide criteria for the recognition of the rules of the system. On this ground alone criticism of BENTHAM'S Imperative Theory which of course enters into his accounts of legal obligation seem well taken». HART, 1982: 144.

¹³¹ REDONDO, 2017: 18 – 19.

parte de la sociedad¹³², de lo contrario se trata de un caso aislado. Lo anterior puede alcanzar a explicar –en cierta medida– cómo es que el reconocimiento judicial de una norma *in pays* implica también una norma *in foro*.

Es importante no caer en el equívoco de considerar que el reconocimiento legislativo de las normas consuetudinarias *in pays* es superfluo pues inevitablemente involucra una norma *in foro*, lo que comporta una acción judicial para su concretización. La previsión de las normas consuetudinarias en la legislación es importante porque, desde la perspectiva del juez –y en el sistema del juez¹³³– se encontraría una norma que lo constriñe o faculta a fundamentar la decisión de los casos que ante él se presentan atendiendo a las normas consuetudinarias. Cuando se presenta el caso de una disposición jurídica que obliga al juez a aplicar una norma consuetudinaria, no cabe duda de que se encuentra jurídicamente constreñido a fundamentar su resolución con base en la costumbre popular. Por otro lado, cuando una disposición señala que el juez está facultado para resolver conforme a las normas consuetudinarias que rigen en un grupo social, no se podrá sostener que el juez actuó arbitrariamente por fundamentar su resolución con base en una regla social practicada por una comunidad.

Parece más relevante, en cambio, indagar si es posible que las normas consuetudinarias pasen a formar parte de los sistemas del orden y ser propiamente denominadas como jurídicas, incluso cuando su aplicabilidad no haya sido prevista por la legislación; esto es, cuando han sido producto de alguna forma de creación judicial. Al respecto, es imperioso recordar que el hecho de que una norma sea aplicable no implica que ésta se integre a la serie de sistemas que componen el orden jurídico. Como señala RAZ, los sistemas jurídicos son *sistemas normativos abiertos* en la medida en que contienen normas cuyo propósito es otorgar fuerza vinculante a otras formas de agrupación social como, por ejemplo, los contratos¹³⁴. Respaldando la misma tesis, BULYGIN destaca que existe una disciplina que estudia la aplicación de normas de derecho extranjero, el derecho internacional privado¹³⁵. Por tales motivos, es usual que se considere que las normas consuetudinarias *in*

¹³² POSTEMA, 1986: 216.

¹³³ ALCHOURRÓN & BULYGIN, 1975: 208.

¹³⁴ RAZ, 1979: 119.

¹³⁵ BULYGIN, 2005a: 112 – 113.

pays, en principio, no pertenecen al sistema jurídico que las reconoce como aplicables¹³⁶, motivo por el cual; en rigor, no se podría hablar de normas jurídicas consuetudinarias *in pays*. Pero ¿necesariamente esto es así, no existe posibilidad de que estas normas se integren a una serie de sistemas del orden jurídico? No lo creo.

¿Qué sucedería si una norma *in pays* es constantemente aplicada por los jueces del orden? BENTHAM consideraba que bastaba solamente un acto judicial que castigase la desobediencia a una costumbre *in pays* para establecer su fuerza vinculante para casos futuros¹³⁷, es decir, para que se integre al sistema como si se tratara de derecho promulgado: «[w]hatever then antecedently to the enactment of a new code was customary law, the same being stamped with the seal of authority becomes statute law with the rest»¹³⁸.

No es posible coincidir del todo con la aseveración de BENTHAM puesto que, como se ha sostenido, los casos de aplicación aislados no llegan a formar parte de la secuencia de sistemas que conforma el orden jurídico por no cumplir con el principio de persistencia¹³⁹. Sin embargo, presenta un indicio sugerente para explicar la forma en que una norma consuetudinaria *in pays* podría llegar a integrarse a los subsecuentes sistemas que integran el orden. BENTHAM desea hacer hincapié en la fuerza vinculante del *precedente* como medio de integración de normas al derecho. Esto es, cuando entre los sistemas del orden existe una norma que supedita a los jueces a atender los criterios de resolución de casos similares anteriormente aplicados por otros jueces (o por el mismo juez), esta norma puede llegar a integrar a otras normas originariamente ajenas a los sistemas si éstas son *persistentemente* aplicadas como criterio resolutivo para cierta clase de casos. En relación, RAZ recuerda: «[t]here is no reason to suppose that judges create norms by precedent only if they intend to

¹³⁶ MORESO, 2014: 135.

¹³⁷ BENTHAM, 1977: 218.

¹³⁸ «Todo [lo que hubiera] con precedencia a la promulgación de un nuevo código era derecho consuetudinario, lo que ha sido estampado con el sello de autoridad se torna derecho estatuido junto con el resto». BENTHAM, 1970: 235.

¹³⁹ En sentido contrario, anteriormente mencioné que BENTHAM consideraba que una norma consuetudinaria no pasada a formar parte del derecho sino hasta que existe una práctica judicial generalizada. Como POSTEMA señala, BENTHAM vacila en este punto, en ocasiones considera que basta un único acto judicial de reconocimiento, en otras que es necesaria una práctica generalizada por parte de los jueces. POSTEMA, 1986: 216.

do so. They can create norms even without realizing that they are doing so, even though they regard themselves merely as declaring the content of already existing norms»¹⁴⁰.

En este hilo de ideas, el principio de persistencia en consonancia con el principio de legalidad conduciría a afirmar que es posible que algunas normas consuetudinarias *in pays* lleguen a integrarse a los sistemas jurídicos del orden. Esta tesis encuentra sustento en las ideas de KELSEN, quien consideraba que la aplicación válida de las normas consuetudinarias *in pays* se encuentra acotada por la aplicación de normas jurídicas escritas; esto es, por medio de sentencias –normas dictadas por tribunales– que exigen la observancia de las normas consuetudinarias *in pays*¹⁴¹. En concordancia con la interpretación kelseniana, la validez en este contexto implicaría que la norma consuetudinaria ha adquirido la cualidad de ser derecho y, por ende, jurídicamente obligatoria. En este sentido, comprendiendo que la actividad judicial acarrea un espectro de creación de derecho, su labor es una instancia sujeta al *criterio de legalidad*, en tanto su función de aplicación de normas generales implica la creación de normas individuales mediante sentencias judiciales¹⁴². Precisamente, si la generalidad de los jueces asume como criterio para resolver cierta clase de casos a una determinada norma consuetudinaria *in pays*, llegando a ser *res judicata*¹⁴³, parece justificable decir que dicha norma se ha incorporado al sistema siendo, por ende, jurídica. KELSEN se encontraba tan convencido de que el principio de *res judicata* produce normas jurídicas generales que sostuvo esta tesis incluso cuando una parte sustantiva de su pensamiento había cambiado de manera radical. Así, en la *Teoría General de las Normas* señala¹⁴⁴:

¹⁴⁰«[n]o existe razón para suponer que los jueces crean normas por medio de precedente únicamente si tienen esa intención. Pueden crear normas incluso sin estar conscientes de que lo hacen, incluso si consideran que solamente están declarado el contenido de normar previamente existentes». RAZ, 1980 [1970]: 67.

¹⁴¹ KELSEN, 1982 [1960]: 238 – 239. REDONDO expone una idea similar. REDONDO, 2017: 18 – 19.

¹⁴² KELSEN, 2003 [1945]: 133.

¹⁴³ Una norma creada judicialmente adquiere el estatus de *res judicata* sobrevive el proceso de revisión judicial o si nunca ha sido sometida al mismo. KELSEN, 2003 [1945]: 159.

¹⁴⁴ «Debe hacerse notar que las normas jurídicas generales cuyo contenido concuerda con los principios de moralidad, política, o costumbres puede ser creada no sólo por la legislación, sino por medio de la costumbre que surge de la práctica judicial. La decisión judicial en un caso concreto que no es la aplicación de una norma general previamente válida y materialmente determinante puede estar influenciada por principios de moralidad, política, o costumbres que hasta el momento no habían influenciado la legislación. La norma individual que representa dicha decisión judicial puede ser válida en virtud del principio de derecho positivo de *res judicata*. La razón de la validez de esta decisión es el principio de derecho-positivo que concierne a la *res judicata*, y no el principio de moralidad, política, o costumbres que influye la decisión». KELSEN, 1991 [1979]: 115.

«It should be noted that general legal norms whose content agrees with principles of morality, politics, or manners can be created not only by legislation, but also by way of custom arising from the practice of the judiciary. The judicial decision in a concrete case which is not the application of an already valid, materially determinate general legal norm can be influenced by a principle of morality, politics, or manners which has never yet influenced legislation. The individual norm which represents such a judicial decision can become valid in virtue of the formal positive-law principle of *res judicata*. The reason for the validity of this decision is the formal positive-law principle concerning *res judicata*, and not the principle of morality, politics, or manners influencing the decision».

El principio de *res judicata* –como ha sido expuesto por KELSEN– parece ser una manifestación del principio de persistencia para las normas cuya creación no es la vía legislativa, pero que se integran al sistema mediante la práctica judicial, y que no han sido expulsadas del mismo. Entonces, es viable decir que BENTHAM se encuentra en lo correcto si se asume que, en cualquier caso, la integración de normas consuetudinarias *in pays* al sistema presupone siempre la existencia de normas *in foro*. Incluso, ante lo expuesto, es posible afirmar que la relevancia de las normas *in foro* para los sistemas jurídicos es más extensa. En general, las normas consuetudinarias *in foro* son indispensables para la integración de todo tipo de norma al sistema jurídico, incluyendo las que son producto de la actividad creadora de los jueces. La clave se encuentra en la actividad interpretativa (e identificadora de normas) que hace de las normas *in foro* un elemento indispensable en la empresa de expandir el enfoque explicativo de la dinámica de los sistemas jurídicos, pues éstas juegan un papel ineludible también en la integración de normas promulgadas que efectivamente componen los sistemas en su dimensión estático-deductiva.

La línea argumentativa es la siguiente. Las normas jurídicas que integran los sistemas son el resultado de la interpretación unívoca, generalmente asignada a las fuentes interpretativas¹⁴⁵ de la legislación y la costumbre. Esto involucra que entre la fuente F y la interpretación Nx imperante en el grupo G (compuesto por jueces), media una práctica

¹⁴⁵ RAZ, 1979: 48.

general Px gracias a la cual es posible explicar que la interpretación Nx es *la norma* que pertenece al sistema y no así las posibles interpretaciones Nz o Nw que también son plausibles de obtener a partir interpretaciones de la fuente F. Entonces, si la mayoría de los miembros de G asumen que su elección interpretativa Nx se encuentra justificada conforme a la práctica Px, y también consideran justificado reprochar a quien no elija interpretar Nx a partir de F, estamos ante una norma consuetudinaria *in foro*, una norma que podría ser enunciada como «obligatorio utilizar la interpretación Nx cuando se recurre a la fuente F». Por así decirlo, de manera inevitable, a la par de toda fuente normativa unívocamente interpretada existe una norma consuetudinaria *in foro*, implícita¹⁴⁶, que dicta que Nx es *externamente* aplicable¹⁴⁷ a los casos previstos por F.

Como es sabido, identificar el derecho vigente y las normas aplicables para un caso específico, incluso cuando no necesariamente se considere un caso difícil, involucra cuantiosa información. Además de las posibles dificultades relativas a la interpretación de los hechos y la valoración probatoria, la identificación de normas aplicables a los casos siempre involucra un conjunto de disposiciones legislativas por considerar, y eventualmente la consideración de precedentes. Las posibilidades interpretativas de todo ese material presentan numerosas combinaciones. De hecho, este es el problema central que enfrenta la ciencia jurídica para poder determinar la veracidad de los enunciados jurídicos que buscan dar cuenta de los derechos y obligaciones de los ciudadanos; puesto que siempre se encuentra alguna dificultad para otorgar respuestas concluyentes. No obstante, aunque en la identificación del material normativo y en la práctica del derecho es posible encontrar varios problemas de vaguedad e inconsistencia, no son inconvenientes tan acentuados o graves como para afirmar que el derecho no proporciona ningún tipo de certidumbre regulativa en las interacciones sociales ni resuelve previsiblemente una gran cantidad de conflictos públicos y privados. Esto es posible no sólo porque compartimos un lenguaje común que nos permite coordinarnos respecto de las acciones exigidas por las fuentes legislativas, sino porque, en condiciones de cierta estabilidad política, más o menos es posible predecir cómo

¹⁴⁶ FULLER, 1968: 67 – 68.

¹⁴⁷ MORESO y NAVARRO señalan la distinción entre dos conceptos de aplicabilidad de las normas. La *aplicabilidad interna*, referente al ámbito de validez de aplicación de la norma (Nc es aplicable sí, y sólo sí, Nc regula ese caso C). Por su parte, la *aplicabilidad externa* refiere a los deberes institucionales de las autoridades normativas. Un juez tiene la obligación de aplicar Nc solamente si existe otra norma en el sistema que lo constriña a aplicar Nc. MORESO & NAVARRO, 1996: 121, NAVARRO, 2000: 140.

resolverían las instancias judiciales la mayoría de los asuntos regulados por las leyes y mediante la costumbre social¹⁴⁸. Si esto es así, es porque los órganos encargados de identificar y aplicar el derecho comparten ciertas convenciones que guían su actuar y lo hacen previsible hasta cierto punto.

En consonancia, GUASTINI sostiene que, desde la ontología empirista propia de una postura realista; en su nivel de análisis más profundo, la palabra «derecho» denota el conjunto de normas vigentes. Esto es, las normas efectivamente aplicadas en el pasado –y previsiblemente aplicables en el futuro– por tribunales y funcionarios. Se trata de las interpretaciones y construcciones jurídicas sincrónicamente aceptadas y dominantes en una comunidad¹⁴⁹. Las normas consuetudinarias *in foro* constituyen el fundamento del derecho vigente pues rigen cuál es el contenido normativo admisible de las leyes y costumbres que funcionan como fuentes interpretativas, y como consecuencia, determinan *de facto* el contenido de los sistemas jurídicos por lo cual, se puede decir, las normas consuetudinarias *in foro* se encuentran en el trasfondo de todo ordenamiento jurídico.

Como es posible deducir, las normas *in foro* manifiestan el espectro creativo de la actividad judicial al encausar cuáles son interpretaciones efectivamente reconocidas y aplicadas por los tribunales cuando recurren a fuentes tanto legislativas como consuetudinarias. Con esto en mente, no es sensato negar que la dimensión creativa de los jueces también genere falsos amigos¹⁵⁰ jurídicos. En este sentido, en su análisis acerca del derecho consuetudinario, BENTHAM advierte sobre lo que denomina «costumbre producida por derecho» (*law-produced custom*). No se trataría de formas genuinas de costumbre, puesto que no surgen del comportamiento espontáneo de la población, sino que son el resultado de alguna compulsión jurídica –sea por decretos, legislación o por decisiones judiciales– que asiste a explicar la modificación en el comportamiento social¹⁵¹. Este es el aspecto que tanto AUSTIN como ROSS no deseaban ignorar cuando se trataba del problema de identificar

¹⁴⁸ En este tenor, HARRIS señala que un rompimiento abierto con la legalidad, en el que los funcionarios de gobierno pretenden que las reglas jurídicas tienen efectos que los demás saben que no tienen, sólo es posible que suceda con frecuencia en sociedades de terror cuyos gobernantes consideran que vale la pena fingir que hay legalidad. HARRIS, 1979: 3.

¹⁴⁹ GUASTINI, 2014b: 353 – 354.

¹⁵⁰ En lingüística, los falsos amigos son palabras de distintos idiomas que se escriben o suenan de manera similar, pero difieren en su significado.

¹⁵¹ POSTEMA, 1986: 216.

costumbres sociales, y el importante espectro de libertad que esto otorga para la creación judicial de derecho. A este respecto, es completamente posible que la dimensión creativa en la interpretación de los tribunales no identifique una norma consuetudinaria *in pays*, sino que la produzca o por lo menos añada algún elemento a la costumbre que la población espontáneamente ejecutaba y que, como consecuencia, la población adecue su comportamiento frente a la previsibilidad de que tal es el estándar de conducta jurídicamente exigible.

3. *Res judicata*: Colmar y depurar sistemas

La tesis de las fuentes sociales involucra la noción de que, en virtud de su carácter institucional, el derecho tiene límites. En los términos de RAZ, esto significa que los sistemas jurídicos contienen únicamente estándares que de alguna manera se encuentran conectados con la operatividad de las instituciones judiciales o decisorias¹⁵². Seguidamente, el derecho no abarca todas las reglas sociales ni los estándares justificativos que resuelvan todos los casos que se presenten. Los límites del legislador racional son manifiestos a la luz de la lógica deóntica, e incluso, el *sistema maestro* no puede encontrar todas las soluciones a los casos relevantes que se identifican a partir del *libro maestro*. Por este motivo, como enfatiza NAVARRO, respecto de un universo de propiedades, es imposible conseguir simultáneamente: a) relevancia normativa para todas las propiedades y, b) consistencia y completitud del sistema normativo con relación a todos los casos que se pueden generar a partir de ese universo de propiedades. Estos límites explican el ajuste continuo que los órganos decisores llevan a cabo¹⁵³, ejerciendo discrecionalmente sus poderes normativos y creando derecho en la medida en que introducen soluciones en los sistemas cuando localizan lagunas y antinomias que respectivamente buscan colmar y solucionar.

El ejercicio discrecional de los poderes normativos utilizados para enmendar lagunas y antinomias en los sistemas comporta recurrir a fuentes normativas ajenas al derecho para proporcionar esas soluciones, lo que no implica *ipso facto* la creación de derecho. Recordando, los sistemas son abiertos en la medida en que prevén la posibilidad de respaldar

¹⁵² RAZ, 1979: 44 – 45.

¹⁵³ NAVARRO, 2005b: 100.

con fuerza vinculante a normas forasteras, no creadas por autoridades competentes, para otorgar soluciones a los casos que se presentan¹⁵⁴. Como consecuencia, es importante reiterar que no siempre que se identifique y aplique una norma consuetudinaria *in pays*, la misma pasa a formar parte de un sistema jurídico. Aplicabilidad no implica membresía, y no todas las normas aplicables pertenecen a algún sistema del orden. También puede suceder lo inverso, que una norma pertenezca a algún sistema del orden, pero que no sea aplicable; este es el caso, por ejemplo, de una norma que se encuentra en *vacatio legis*. Pertenencia y aplicabilidad no se implican mutuamente, pero algunas relaciones guardan pues, como se sostuvo en el apartado anterior, una norma constantemente aplicada puede llegar a formar parte de los sistemas del orden debido a la dinámica del principio de *res judicata*.

Para explicar en qué consiste la dinámica del principio de *res judicata*, KELSEN enuncia que una decisión judicial crea una norma individualizada que ha de ser considerada derecho válido y, por ende, jurídicamente obligatoria, en tanto no haya sido anulada a causa de ser considerada «ilegal» en la forma prescrita por la ley. Para el derecho, una decisión judicial seguirá en vigor mientras no sea revocada por el fallo de otro tribunal a causa de su «ilegalidad». Si el procedimiento de revisión de legalidad concluye, o no se llega a hacer uso de él, entonces subsiste la *res judicata*, y esa decisión, la nueva norma, tiene fuerza de ley¹⁵⁵. Respecto de las normas consuetudinarias, cuando un juez recurre a una norma *in pays* crea una norma individual y específica que juzga que ésta es jurídicamente exigible.

Conforme a lo que se ha sostenido, empero, los casos de aplicación esporádicos de normas foráneas no alcanzan a generar derecho propiamente. Pero, cuando en virtud del principio de *res judicata* las normas foráneas son encontradas de manera persistente en los sistemas jurídicos como solución que se estima adecuada para enmendar ciertas antinomias o lagunas reconocidas en el orden, estas normas pasan a ser parte del sistema del juez, parte de las razones insertas en el esquema institucional de su operatividad; en suma, pasan a ser jurídicas. El principio de *res judicata* es manifestación de que el juicio que realizó algún juez de que cierta norma *in pays* es jurídicamente exigible, ha sido asumido normativamente por otros jueces, creando una norma *in foro* que hace externamente aplicable a la norma *in pays*.

¹⁵⁴ NAVARRO, 2018: 11.

¹⁵⁵ KELSEN, 2003 [1945]: 158 – 159.

En otros términos, para los efectos de lo que se busca explicar, el principio de *res judicata* implica: a) que las normas introducidas o creadas por un juez han sido utilizadas posteriormente por otros tribunales para decidir casos análogos, b) que esas normas no han sido expulsadas de los sistemas que componen el orden, y c) que esas normas dejan de ser foráneas, y pasan a ser atendidas como estándares normativos institucionales. Esto también significa que los tribunales consideran justificado utilizar dichas normas, y que existe alguna suerte de presión normativa entre los jueces para reconocerlas, así como cierta expectativa – un cierto grado de previsión– por parte de la población de que se trata de parámetros de acción jurídicamente exigibles.

Estas consideraciones se suman al marco normativo que restringe y dirige el poder discrecional del juez para solventar lagunas y resolver antinomias. En este sentido, en el apartado anterior se verificó la presencia de normas *in foro* que asisten a fijar, de entre las interpretaciones posibles, cuáles serán las normas que pasan a formar parte de los sistemas jurídicos. Es decir, las normas son parte de la actividad interpretativa y son silenciosas en gran parte, pues se encuentran en el trasfondo, determinando *de facto* cuáles son las normas jurídicas que forman los sistemas jurídicos vigentes en el orden¹⁵⁶. Desde esta perspectiva, las normas *in foro* también tienen un papel relevante en la función de corrección de las inconsistencias que se encuentran en los sistemas. En concreto, refiero a las prácticas judiciales a las que se recurre para colmar y depurar sistemas.

Como es sabido, la conformación de sistemas a partir de fuentes legislativas –aunque no de manera exclusiva– persistentemente presenta lagunas e inconsistencias. Para solventar el problema de las lagunas, los jueces acuden a distintos recursos para clausurar el espacio vacío ante una disposición jurídica que no explícita una solución¹⁵⁷. Cuando, por el contrario, el sistema presenta todos los casos y sus soluciones posibles, pero éstas parecen

¹⁵⁶ Es relevante señalar que esta tesis es compatible con los planteamientos de ALCHOURRÓN y BULYGIN, quienes no ignoran que el cambio en la interpretación de las disposiciones jurídicas genera distintos sistemas, pues cambian los enunciados de la base, aunque las reglas de inferencia son las mismas. ALCHOURRÓN & BULYGIN, 1975: 141 – 144.

¹⁵⁷ KELSEN distingue entre dos tipos de fuentes, las que son jurídicas y las que no lo son. Las primeras refieren a normas jurídicas superiores de las cuales se obtienen normas inferiores, y pueden provenir de la legislación o de la costumbre. Las segundas no son propiamente fuentes jurídicas, pues no son reconocidas por el derecho, pero en la realidad suelen ejercer influencia sobre los órganos de creación del derecho, como lo son las normas morales, opinión de expertos, doctrinas políticas o jurídicas, por mencionar algunas. KELSEN, 2003 [1945]: 155 – 156.

incompatibles o inadecuadas entre sí, los jueces depuran el material normativo para ofrecer una solución que estiman consistente o adecuada. A continuación, se abordará análisis de estas operaciones para identificar la presencia de normas jurídicas consuetudinarias, y cómo es que éstas pasan formar parte de sucesiones de sistemas que conforman el orden¹⁵⁸.

3. 1 Lagunas y la persistente clausura de sistemas

Conforme a lo expuesto, las normas *in foro* implican una forma –sutil si se quiere– de creación judicial de derecho. Como precisa BULYGIN, los jueces crean derecho en la medida en que las normas que utilizan para justificar sus decisiones no han sido creadas por el legislador¹⁵⁹ –y, cabría añadir, también cuando no existe precedente o jurisprudencia previa que sustente dicha decisión. También sostiene, la creación judicial del derecho se produce en casos de lagunas y conflictos entre normas¹⁶⁰.

Entre las relevantes aportaciones de ALCHOURRÓN y BULYGIN a la ciencia jurídica, se encuentra haber hecho notar que detrás del término «laguna» que usan los juristas se esconden diversos tipos de problemas. Resulta de particular importancia distinguir entre las lagunas axiológicas y las lagunas normativas.

Las lagunas normativas se presentan cuando no hay una solución para una serie de casos previstos por la legislación¹⁶¹. Por su parte, las lagunas axiológicas refieren a situaciones que sí tienen una solución normativa prevista, pero ésta es valorada como inadecuada¹⁶². En este segundo supuesto, el uso del término «laguna» refiere a que se considera que el legislador ha ignorado alguna propiedad importante que, de haberla

¹⁵⁸ El análisis tomará los insumos conceptuales desarrollados principalmente por ALCHOURRÓN y BULYGIN pero; es oportuno advertir que, para evitar que la exposición se torne ríspida debido al uso de un lenguaje muy técnico (utilizando locuciones como universo de casos, universo de soluciones, solución maximal, solución minimal, etc.), mantendré una exposición en términos generales con el fin arrojar luz sobre la dinámica que busco capturar.

¹⁵⁹ BULYGIN, 2005b: 34 – 35.

¹⁶⁰ BULYGIN, 2005b: 43. También, cabe no ignorar, los jueces crean derecho cuando estipulan definiciones para términos cuya extensión es incierta. BULYGIN, 1994: 16. [Aunque, me parece, al introducir una definición, el juez crea una norma que establece que el término en cuestión debe ser comprendido conforme a la extensión que ha estipulado].

¹⁶¹ BULYGIN, 2009c: 82.

¹⁶² Desde una perspectiva realista, una laguna axiológica es el resultado de una actividad intelectual creativa por parte del jurista. GUASTINI, 2014b: 345.

considerado, hubiera otorgado una solución distinta al caso en cuestión; una solución específica¹⁶³ considerada más conveniente.

La conformación de sistemas jurídicos parte de la interpretación del material normativo y, en este primer paso, no es infrecuente que los juristas identifiquen «lagunas axiológicas» ante lo que consideran como soluciones manifiestamente inadecuadas. La introducción de una propiedad que genera una solución más fina puede llegar a implantar nuevas normas en las series de sistemas que conforman el orden. Por ejemplo, en el caso hipotético de una disposición que –no siendo detallada en sus condiciones– simplemente impone una sanción de cierta cantidad monetaria a quien duerma en cualquier estación de tren¹⁶⁴. Eventualmente un ciudadano presenta ante un juez un recurso por la multa que le ha sido impuesta debido a que fue encontrado durmiendo en una estación de tren. El argumento que respalda su demanda es que la imposición de dicha multa a su persona se trata claramente de un caso injusto, de una aplicación errada de la norma pues, razonablemente, cuando el legislador promulgó dicha regulación lo hizo con la finalidad de evitar que los vagabundos abusen de las instalaciones de las estaciones de trenes. Quien presenta el recurso destaca que, efectivamente, él fue encontrado durmiendo por un breve periodo en la estación mientras esperaba por su siguiente tren a altas horas y después de una ardua jornada de trabajo. El juez considera que el argumento es convincente y resuelve en a favor del ciudadano absolviéndolo de la multa. El juez estima que hay una laguna en la legislación y que, ciertamente, la misma debería distinguir entre usuarios genuinos de los servicios de la estación y quienes recurren a ésta con fines de conseguir de una vivienda temporal.

En una ocasión posterior, ante un recurso de la misma índole y con la misma línea argumentativa, otro juez observa que, con precedencia, un colega suyo ha admitido la laguna axiológica y la ha resuelto en favor del ciudadano. La tendencia de solucionar casos del mismo tipo continua con cierta estabilidad, al grado de que es previsible para el común de los ciudadanos que no han de temer por descansar sus ojos brevemente en la estación de trenes y, es mal visto –e incluso hasta sancionado por mecanismos internos, formales o informales– cuando se presenta la extraña ocasión en que un juez deniega el recurso y

¹⁶³ ALCHOURRÓN & BULYGIN, 1975: 158 – 159.

¹⁶⁴ Véase FULLER, 1958: 664.

confirma la multa a cualquier persona que sostenga ser un ciudadano provechoso económicamente para la sociedad, y que simplemente descanso un poco mientras esperaba el tren. Incluso, es plausible que, ante tal negativa, si esta misma persona apela la resolución del juez ante una instancia superior, tendrá éxito en su reclamo. Esta dinámica de *res judicata* termina por generar normas en el sistema del juez, permitiendo e incluso constriñendo a absolver a quien demuestre ser un usuario de provecho económico para las estaciones de trenes. Por su parte, desde la perspectiva del sistema del ciudadano, se genera una excepción a la norma promulgada, siendo posible dormir en la estación si no se es un vagabundo.

En contraste, nos encontramos ante una laguna normativa cuando las disposiciones jurídicas señalan una serie de propiedades relevantes para un caso, pero no asignan una solución para todas las posibilidades. Muestra de una laguna normativa es el conocido ejemplo de ALCHOURRÓN y BULYGIN sobre el problema de la reivindicación de bienes inmuebles contra terceros poseedores¹⁶⁵. Este caso se presenta cuando una persona que posee un inmueble que no es de su propiedad lo transfiere, a título oneroso o gratuito, a un tercero. Las disposiciones jurídicas vigentes solamente indican que procede la reivindicación contra el actual poseedor de buena fe que por título oneroso o gratuito hubiera adquirido el bien inmueble de un enajenante de mala fe. Dicha disposición deja varios frentes abiertos sin resolver. A modo de muestra, no señala qué proceda en los casos en que el enajenante haya actuado de buena fe.

Las dinámicas mediante las cuales se clausuran los dos tipos de lagunas son similares, aunque es propicio mencionar algunas aclaraciones. En el caso de las lagunas axiológicas, el sistema cuenta con una solución normativa para el caso en cuestión¹⁶⁶, pero la laguna es introducida por el intérprete cuando considera que las propiedades previstas por la disposición jurídica para la conformación del caso son demasiado genéricas, apartándose de la solución prevista para éstas¹⁶⁷ e introduciendo una distinción más fina¹⁶⁸ y, en consecuencia, multiplica los casos posibles. Cuando la laguna axiológica y su solución son constantemente asumidas por los jueces; por medio de la dinámica de *res judicata*, el caso

¹⁶⁵ ALCHOURRÓN & BULYGIN, 1975: 32 ss.

¹⁶⁶ ALCHOURRÓN & BULYGIN, 1975: 171.

¹⁶⁷ BULYGIN, 2005c: 74.

¹⁶⁸ ALCHOURRÓN & BULYGIN, 1975: 146 – 147.

en que se presentaba una supuesta laguna evolucionará introduciendo una norma, en el sentido de agregar una nueva propiedad con su respectiva solución normativa.

En el caso de las lagunas normativas, el sistema que se conforma directamente de la interpretación de las disposiciones jurídicas seleccionadas no presenta solución o soluciones para por lo menos una de las propiedades relevantes. En este caso, el derecho no está determinado¹⁶⁹. En estas circunstancias, el juez incluso podría recurrir a una norma consuetudinaria *in pays* para solventar la laguna. Como consecuencia, al proporcionar una solución se modifica el sistema y se lo sustituye por uno diferente, pero uno que cuenta con una solución para la propiedad relevante que carecía de ella.

Como ha sido posible constatar a partir de los casos expuestos, en la solución de ambos tipos de lagunas se presenta un elemento con tintes normativos en la práctica de los jueces. En efecto, GUASTINI enfatiza que, al colmar lagunas (especialmente las axiológicas), los jueces incurren en una actividad «nomopoiética» de normas implícitas¹⁷⁰; es decir, de normas *in foro* como las concebidas por BENTHAM.

El juez, frente a la labor de decidir un caso, discrimina entre normas que, en principio, son de origen legislado; las ordena conforme a sus relaciones normativas y deductivas para conformar un sistema originario (SO)¹⁷¹. Respecto de una laguna axiológica, el SO es completo (en el sentido de que proporciona una solución para todas las propiedades relevantes) pero el juez se aparta de la solución prevista, introduciendo una nueva norma¹⁷², con una solución más fina respecto de la propiedad que identificó como relevante. En cuanto a la laguna normativa, el SO es incompleto, y el juez lo clausura introduciendo una solución para el caso que no la contenía, introduciendo al menos una nueva norma. En cualquiera de los supuestos, al final se obtiene un Sistema Clausurado (SC). El SC cuenta con una nueva norma (N'), cuya fuente no es la legislación del *libro maestro*, pero que proporciona una solución para el caso en cuestión, permitiendo al juez emitir una decisión al respecto. Si N' es persistentemente receptada para clausurar posteriores sistemas del orden, al grado de llegar

¹⁶⁹ RAZ, 1979: 61.

¹⁷⁰ GUASTINI, 2011: 161.

¹⁷¹ Es conveniente advertir que, respecto de la laguna axiológica, la interpretación del juez es la que genera una apertura en el sistema.

¹⁷² ALCHOURRÓN & BULYGIN, 1975: 171.

a ser considerada como vinculante por parte de los jueces, y prevista como un estándar de conducta jurídicamente exigible por parte de la población, N' es una norma jurídica en virtud de la práctica judicial, es decir, debido a una norma *in foro* que exige considerar N' cuando se presenten los casos a los que en principio es aplicable. En esta línea, es posible constatar que la norma cuenta con *vigencia*, en el sentido de que hay buenas razones para afirmar que sería aplicada en caso de que se dieran las condiciones para ello¹⁷³.

Es importante no dejar lugar para confusiones, tanto N' como cualquiera de las normas *in foro* que hacen externamente aplicables otras normas, no cuentan con un momento preciso en el que adquieren su calidad de «jurídicas», como sí lo hacen las normas producidas por el legislador. Estas normas adquieren la calidad de ser «jurídicas» paulatinamente hasta que el modo en que su presencia se manifiesta en la sucesión de sistemas permite inferir que es una de las razones previstas por los jueces en la resolución de casos; punto en el cual, debido a su condición de *res judicata*, N' ha pasado a formar parte del cúmulo de normas entre las que se selecciona para formar ulteriores Sistemas Originarios.

En el caso de que N' se tratara de una norma *in pays*, ¿mantiene su cualidad de consuetudinaria una vez que ha pasado a formar parte de los sistemas que integran el orden jurídico? Después de todo, ha mediado un acto de autoridad y, es laudable considerar que la población ya no sigue esa conducta espontáneamente como respuesta a la dinámica de la vida social, sino que lo hace porque sabe que se trata de una conducta jurídicamente vinculante. Como señalaba BENTHAM, todo a lo que se le pone el sello de autoridad se vuelve ley (derecho promulgado). Incluso, puede suceder que la práctica social que daba lugar a la norma consuetudinaria se modifique con motivo de su legalización y, en rigor, ya no se trate de la misma conducta. Pareciera que no hay una respuesta inequívoca, todo depende del cristal con que se mire, pero, en todo caso, se trata meramente de una cuestión terminológica. Si se atiende al hecho social que inspira la creación de la norma como tal, es decir, su fuente material, la norma es consuetudinaria, si se atiende al o a los hechos que hicieron que la norma pasara a formar parte de los sistemas jurídicos del orden, se trataría de una norma jurisprudencial, y en esencia responde a una condición *sine qua non* que hace que todas las normas de conducta sean jurídicamente vinculantes, y la condición es que medie por lo menos

¹⁷³ BULYGIN, 1966: 364

un acto de autoridad. Manifiestamente, al mediar el acto o los actos de autoridad que hacen de N' una norma jurídica, se ha desarropado de los factores epistémicos que propiamente la hacían *consuetudinaria* –es decir, la conducta social espontánea– y ahora la identificamos epistémicamente mediante otros factores, los actos judiciales que permiten corroborar su membresía a un sistema. No obstante, desde la perspectiva jurídica, atendiendo a la fuente que da lugar a su creación, parece ser adecuado denominar a la norma *consuetudinaria* para distinguirla de aquellas cuya fuente de creación es la legislación o algún otro tipo de fuente a la que el juez haya podido recurrir para colmar la laguna del primer SO.

3. 2 Inconsistencia normativa y depuración de sistemas

La tesis de las fuentes sociales implica que la identificación del derecho corresponde a hechos y no a valores¹⁷⁴; es decir, el derecho es lo que es con independencia de sus méritos que, en todo caso, son contingentes. Con esto, lo que primordialmente se busca mantener es una separación explicativa entre derecho y moral, causa de algunos de los más arduos debates en la historia de la filosofía jurídica. No obstante, el postulado de la naturaleza no valorativa del derecho tiene un alcance ulterior que, en general, procura divorciar al concepto de derecho de cualquier explicación que busque arraigar la existencia del derecho en algún supuesto natural o metafísicamente necesario. En este tenor, el positivismo también ha buscado desvincular al concepto de derecho de cualquier explicación que pretenda relacionar lo que es derecho con lo que se pueda comprender que es razonable o producto de una razón universal. Esto es, el derecho es lo que *es* independientemente no sólo de su calidad moral, sino incluso de que ignore cualquier otro parámetro evaluativo como podrían ser las reglas de la lógica¹⁷⁵ y, siguiendo este hilo, incluso si fracasa en observar algunas de las normas con las cuales procura regular su propia creación. En otros términos, en la identificación del derecho existe una tensión entre eficacia e idealismo normativista o formalismo. No siempre es posible encontrar congruencia entre la legislación o «normativa formal» y el desarrollo del fenómeno jurídico en la realidad. Frente a esta tensión, el derecho se identifica primordialmente con lo que efectivamente sucede en el mundo material. Pero esto no implica

¹⁷⁴ BOBBIO, 1996 [1979]: 129.

¹⁷⁵ En este sentido el positivismo también ha rescatado algunos de los influjos del realismo, como el que se ilustra en la famosa frase de HOLMES: «[I]a vida del derecho no ha sido lógica: ha sido experiencia» recuerda la insuficiencia de la lógica como herramienta para conocer el derecho. HOLMES, 2009 [1881]: 3.

decantarse por una postura propia de un realismo radical, tampoco que la «normativa formal» sea irrelevante para la comprensión y explicación del fenómeno jurídico. Antes bien, como se ha sostenido, la normatividad del derecho no descansa exclusivamente en las normas de origen promulgado, y una buena medida de la tensión conceptual que confronta a la normativa proveniente de la legislación con la realidad de la práctica jurídica, puede llegar a disolverse a partir de un enfoque más refinado que atienda a las normas consuetudinarias en el funcionamiento del fenómeno jurídico.

La mencionada tensión se ilustra notoriamente en la identificación de las denominadas normas irregulares y las normas inconsistentes que, en amplios términos, son las normas que contravienen o no se adecuan conceptualmente a alguna norma en el sistema jurídico de referencia. Las normas inconstitucionales representan el tipo más relevante de inconsistencia o irregularidad normativa que es posible encontrar en el derecho, y son uno de los problemas más fecundos para la dogmática, pues se trata de normas inválidas pero que producen efectos jurídicos. BULYGIN aporta una conocida propuesta como solución a este problema, en concreto señala:

«Puede suceder [...] que una norma sea aplicable a un determinado caso, a pesar de que esa norma no pertenezca a ningún sistema del orden jurídico en cuestión y tampoco a ningún sistema de ningún otro orden jurídico. Esto sucede, por ejemplo, con una ley inconstitucional, es decir, una ley promulgada por una autoridad incompetente»¹⁷⁶.

Respecto de esta propuesta, ha quedado patente que no toda norma que resulte aplicable implica su pertenencia a un sistema de algún orden. Resulta menos evidente sostener que las normas que se interpreten a partir de una ley inconstitucional o que son el resultado de una interpretación que no es consistente con el texto constitucional, no pertenezcan a ningún sistema de ningún orden y que, como consecuencia, no puedan ser consideradas jurídicas, a pesar de que, además, estas normas no sólo no han sido derogadas o expulsadas de los sistemas del orden, sino que efectivamente son utilizadas y aplicadas por los jueces y los funcionarios.

¹⁷⁶ BULYGIN, 1991: 267.

La afirmación de que las normas inconstitucionales, por ser inválidas, no son jurídicas, puesto que no pertenecen a ningún sistema del orden en cuestión; ni a ningún sistema de cualquier otro orden, no se encuentra exenta de controversia. Dicha aseveración parece concebir al concepto de validez como un equivalente al concepto de pertenencia de normas a algún sistema. Pero esta manera de presentar la relación entre validez y membresía presenta más de una complicación, entre las que se encuentra la de no permitir dar cuenta de ciertas normas jurídicas consuetudinarias, en particular, de las normas *in foro* y sus consecuencias. Este planteamiento se puede presentar como una objeción de la práctica contra el ideal del formalismo. Esta visión atiende a la comprensión del derecho de cualquier jurista; al que resultaría insólito considerar que una disposición jurídica que constantemente es invocada y/o aplicada por los tribunales y funcionarios no sea propiamente derecho, con independencia de cualquier cuestionamiento sobre su constitucionalidad o su validez. Esta misma réplica puede ser planteada desde la reconstrucción del concepto operativo de sistema con el que trabajan los juristas, y que privilegia la perspectiva del juez. Desde la perspectiva de un juez ordinario el caso no es disímil, una norma es jurídica en la medida en que el juez se encuentra consistentemente constreñido a considerarla en su razonamiento para la toma de decisiones¹⁷⁷.

La dinámica del principio de *res judicata*; al concentrarse en la creación y operatividad de las normas consuetudinarias *in foro*, puede asistir a ofrecer una explicación que medie entre el formalismo y la operatividad material del derecho. Desde esta perspectiva, toda norma que atienda los requisitos del principio de *res judicata* es derecho, a pesar de que contravenga a otras normas que se reputen superiores. Simultáneamente, la constante creación de normas *in foro* se puede comprender como el resultado de una dinámica constante de depuración normativa en aras de procurar consistencia sistemática. Para estos efectos, en los siguientes apartados se aborda el problema de la imprecisión semántica del concepto de validez y la inconveniencia de equiparlo con la noción de membresía. Posteriormente, se ilustra el modo en que la dinámica de *res judicata*, al desenvolverse en diversos horizontes de un ordenamiento, crea e introduce normas jurídicas. Estas nuevas normas provienen de distintas instancias, y *prima facie* no se duda sobre la regularidad de su existencia sino hasta que –debido a las dinámicas de depuración internas al ordenamiento– éstas se confrontan

¹⁷⁷ MORESO, 1993: 101.

resultando incompatibles; por lo cual, una debe ser irregular y otra prevalecer como válida. A continuación, se explicita la dinámica de depuración normativa, que es el resultado de una estructura formalmente creada a partir de la instauración de normas de origen promulgado en concurrencia con la ineludible práctica judicial que puede dar lugar a la creación de normas debido al principio de *res judicata*. En este sentido, se concluye que la dinámica mencionada no siempre alcanza sus objetivos, y es posible que arroje y consolide resultados no deseados o, no óptimos. Finalmente, se expondrá que la dinámica de los sistemas siempre está dispuesta al cambio y que, de algún modo, inherente a su diseño, mantiene siempre abierta la posibilidad de revisión de sus decisiones pasadas con miras a optimizar sus contenidos.

4. Las diversas caras de la validez

Los conflictos entre normas son el otro caso en el que es posible constatar la creación judicial de derecho. Cuando por lo menos dos normas son en principio aplicables a un mismo supuesto, pero exigen soluciones incompatibles, los jueces deben resolver cuál es válida en detrimento de la otra (u otras). No obstante, el hecho de que una norma haya sido derrotada en favor de otra no implica que deje de ser jurídica y tampoco que no será aplicable a otros casos futuros; esto es, mantiene algún rasgo de validez. Esto es, el problema de la validez se media siempre entre la dimensión fáctica y la dimensión normativa del derecho¹⁷⁸. Por estos motivos, la cuestión acerca de en qué consista la validez de las normas es uno de los temas más intrincados para la teoría jurídica.

El vocablo «validez» se utiliza de manera frecuente para referir a diversos aspectos concernientes con las normas jurídicas. Su uso indiscriminado suele acarrear no poca ambigüedad al utilizarlo para referir a cuestiones que son discernibles. HARRIS identifica al menos cinco sentidos con los que se emplea este término: 1) cuando una norma se conforma con una superior; 2) cuando la norma es parte consistente del campo normativo de significado («es jurídicamente vinculante»); 3) cuando la norma se adapta a una realidad social («es efectiva», o «está vigente»); 4) cuando la norma reclama cumplimiento inherente («es

¹⁷⁸ RÓDENAS, 2012: 54.

buena», «ha de ser observada»); y 5) cuando la norma es parte de una realidad normativa trascendental¹⁷⁹.

En KELSEN es posible constatar que el término validez llega a ser utilizado en más de uno de los sentidos señalados. Por un lado, una norma es válida porque es obligatoria y ha de ser observada, utilizada y aplicada por sus destinatarios, es decir, se trata de una noción normativa de la validez¹⁸⁰. Por otro lado, recurre además a una concepción descriptiva al señalar que también es válida por ser el resultado un acto de prescripción de alguien autorizado por otra norma previa. De tal manera, ambas concepciones concurren para que KELSEN señale, en general, que la validez refiere a la existencia específica de una norma¹⁸¹, lo cual no sólo implica que no existen normas jurídicas inválidas, sino que toda norma –por ser jurídica– es obligatoria y creada por una autoridad competente.

BULYGIN rechaza la noción normativa en KELSEN, pero procura rescatar su noción descriptiva¹⁸² en términos formales. Esta solución implica que solamente las normas válidas pueden ser «jurídicas». Para ser válida, una norma no puede desatender a los principios de legalidad y/o de deducibilidad. Pero esta postura orillaría a sostener que –con excepción de las normas independientes que configuran la primera constitución o el sistema originario– todas las normas jurídicas son válidas (una norma inválida, por definición, no sería jurídica), lo que inclinaría a la contraintuitiva conclusión de que las inconsistencias no son posibles al interior el orden, pues no son posibles las antinomias ni los conflictos de competencia. Este resultado se seguiría de operar con un concepto uniforme de validez que permea en todo el orden jurídico. Pero, puesto que los ordenamientos jurídicos contemporáneos son altamente complejos¹⁸³, resulta imposible concebir que todas sus normas sean reconducibles a un fundamento de naturaleza tal que excluya la posibilidad de antinomias genuinamente jurídicas.

Incluso si es empleado en términos meramente descriptivos, subsiste un dilema no menor cuando se utiliza el término validez para referir a la pertenencia de normas a sistemas

¹⁷⁹ HARRIS, 1979: 107.

¹⁸⁰ CHIASSONI, 2009: 365.

¹⁸¹ KELSEN, 1982 [1960]: 24.

¹⁸² BULYGIN, 1990: 512 – 513.

¹⁸³ GUASTINI, 2004: 266 – 267.

del orden, es decir, para referir a su existencia jurídica. El núcleo del problema parece encontrarse en que, aunque puede ser utilizada en términos descriptivos, la validez es una propiedad de adecuación que se predica debido a un acto interpretativo. Esto es, una norma es inválida como producto de una antinomia, puesto que se la considera inconsistente respecto de otra norma que es en algún sentido superior¹⁸⁴. Pero la antinomia presupone una actividad interpretativa mediante la cual se identifican dos normas que se encuentran en oposición¹⁸⁵.

En vista de los problemas de las concepciones formales o ideales, ROSS propone una postura alternativa para una concepción descriptiva de la validez, una con tintes realistas. Esta postura consiste en fijar el criterio de validez en el tercer sentido referido por HARRIS: la eficacia o vigencia de las normas en la realidad social. Desde la perspectiva empírica, considera ROSS, las afirmaciones acerca de la validez de las normas jurídicas son relativas al grado de probabilidad con el cual es previsible que una norma (o directiva¹⁸⁶) sea aplicada por tribunales y funcionarios. En este sentido, las proposiciones acerca de la validez de las normas jurídicas son predicciones que se verifican *a posteriori*¹⁸⁷ si, en el futuro, los jueces resultan sentirse vinculados, y adhieren a las normas referidas. De tal modo, esta noción descriptiva de validez equivale a la de existencia¹⁸⁸, en el sentido en que las normas jurídicas son esquemas de interpretación efectivos que establecen predicciones sensatas acerca del comportamiento de los jueces y funcionarios¹⁸⁹.

Esta explicación predictiva, critica HART, ignora el elemento deóntico de las normas y deja sin explicar que éstas funcionan como razones o justificaciones del comportamiento de jueces y funcionarios¹⁹⁰. En suma, para HART esta explicación se situaría desde la postura

¹⁸⁴ A mi modo de ver, los conflictos de competencia podrían también ser comprendidos como un tipo de antinomia, en donde la norma particular (resultante de un ejercicio de interpretación) que concede competencia a un órgano, funcionario o ciudadano, es incompatible, total o parcialmente, con otra u otras normas que refieren a la asignación de esas competencias. Entiendo que esto da lugar a mayor debate, pero no deseo extenderme y alejarme del tema que me interesa exponer. Por el momento, baste decir que entiendo que lo que sostengo aquí también es aplicable a los problemas de competencia en general.

¹⁸⁵ GUASTINI, 2004: 271.

¹⁸⁶ En rigor, ROSS concibe que las normas jurídicas contienen directivas, esto es, como enunciados con significado representativo, cuyo fin es ejercer influencia sobre el comportamiento de los jueces. ROSS, 2001 [1958]: 9, 17.

¹⁸⁷ ROSS, 2001 [1958]: 44 – 48.

¹⁸⁸ MUNZER, 1972: 7.

¹⁸⁹ ROSS, 2001 [1958]: 34.

¹⁹⁰ HART, 1994 [1961]: 10 – 11.

del observador externo y no lograría distinguir entre hábitos y reglas. En su defensa, la crítica puede ser rigurosa, pues ROSS no ignora que las normas se encuentren acompañadas de un elemento introspectivo, y especifica que es necesario que los jueces se sientan vinculados a la norma para asentar la veracidad de la proposición acerca de la validez. De hecho, ROSS considera que en realidad no existe desacuerdo entre su postura y la de HART respecto de la validez del derecho¹⁹¹.

No obstante, a diferencia de HART, la verificación del sentimiento de vinculatoriedad para saber que los jueces en efecto siguen las directivas contenidas en las normas solamente es corroborable a partir de indicios externos o empíricos, como en formulaciones verbales que se encuentren cuando los jueces expresen sus opiniones o manifiesten sus motivos para emitir una resolución. Como apunta MUNZER, esto comporta importantes dificultades prácticas puesto que, incluso si los jueces expresan sus opiniones o motivos, dicho criterio no es necesario ni suficiente para comprobar que una norma jurídica ha sido un factor relevante que determine la conclusión a la que el juez ha arribado. Es más, los jueces pueden no manifestar opinión o razón alguna, de lo que no se sigue que su comportamiento no se encuentre motivado por alguna norma¹⁹². Cabe también decir, que equiparar la validez con la existencia del modo desarrollado por ROSS impide dar cuenta de los conflictos entre la existencia y la validez (en sentido normativo). Considérese el caso de un tribunal que declara inválida o inconstitucional una disposición. No se duda de su existencia, pues ha surtido efectos. Tampoco la declaración de invalidez implica su derogación. Entonces, es difícil negar que en algún punto la disposición existe, aunque sea inválida¹⁹³. Incluso, en general, este enfoque de la validez imposibilitaría explicar parte del derecho promulgado, puesto que una disposición jurídica puede nunca haber sido aplicada, pero ser válida. La eficacia es un criterio que ha de atender al ordenamiento para existir, y esto implica que necesariamente algunas de sus normas deben ser eficaces¹⁹⁴, pero no es una exigencia que se extienda a todas sus normas para poder afirmar que existen jurídicamente. Por ejemplo, la persecución de ciertos delitos puede darse en rara ocasión o casi nunca lograr ser consumada, pero las

¹⁹¹ ROSS, 1961:27.

¹⁹² MUNZER, 1972: 9.

¹⁹³ MUNZER, 1972: 13 – 14.

¹⁹⁴ MORESO & NAVARRO, 1993: 80 – 81.

concernientes normas penales siguen vigentes. Como recuerda RAZ, hay derecho que es válido incluso si es altamente ineficaz¹⁹⁵.

Con estas consideraciones expuestas, conviene también distinguir el concepto de validez como algo distinto del criterio de legalidad o eficacia para referir a la pertenencia de normas a los sistemas. En efecto, ambos criterios son suficientes para constatar la existencia de una norma jurídica, pero de esto no se sigue que ésta sea válida *tout court*. Como el ejemplo de MUNZER ha dejado de manifiesto, nada impide que una norma efectivamente seguida y aplicada por los tribunales sea inválida respecto de una norma de orden superior. También, como destacan FERRER y RODRÍGUEZ, las exigencias que impone el criterio de legalidad se restringen a condiciones formales y nada dicen sobre el contenido de esas normas, que bien podrían encontrarse en contradicción con el de otras normas superiores¹⁹⁶. Entonces, la legalidad es un criterio que se encuentra restringido a indicar una forma en la que ciertas normas pueden llegar a pertenecer a un sistema, pero con el término «validez» se suele querer decir algo más, precisamente, que la norma en cuestión se adecua a una variedad de parámetros. Esos parámetros, a su vez, son establecidos por otras normas que, al mismo tiempo, son el resultado de una actividad interpretativa. En todo caso, comprobar la validez o invalidez de una norma no escapa los problemas interpretativos que ampliamente se pueden englobar en el postulado de la *textura abierta* del derecho.

La cuestión puede observarse con mayor nitidez desde el análisis de la tradicional distinción entre las denominadas validez formal y la validez material. La primera versa sobre las normas de producción jurídica, se predica esencialmente de actos normativos, y secundariamente con referencia a sus consecuencias, las normas derivadas. Es decir, la validez formal concierne a la regularidad en el modo de producción. La segunda concierne propiamente a la compatibilidad material; de contenido, de una norma inferior con una superior¹⁹⁷. La distinción es relevante porque permite advertir que una norma podría ser materialmente válida pero formalmente inválida, o materialmente inválida pero formalmente válida. Por este motivo, FERRER y RODRÍGUEZ resaltan que, bien visto, «validez formal» y

¹⁹⁵ RAZ, 1971: 88.

¹⁹⁶ FERRER BELTRÁN & RODRÍGUEZ, 2011: 170.

¹⁹⁷ GUASTINI, 2017: 129 – 130.

«validez material» en realidad refieren a dos nociones distintas¹⁹⁸. Cuando se habla de validez formal se refiere meramente a las normas que definen la noción de competencia y el procedimiento de creación normativa; es decir, versa sobre los actos, pero no juzga sobre la compatibilidad del contenido entre normas lo que, en cambio, es una exigencia que concierne a la validez material. En similar tono, HART considera que el germen de la idea de validez jurídica radica en la simple operación de identificar la autoridad de la norma¹⁹⁹.

Entonces, la competencia se definiría como la capacidad que ciertas normas de un sistema jurídico *S_j* otorgan a un órgano para producir actos jurídicos conforme a ese mismo sistema. Por tal motivo, la competencia apenas sería una condición necesaria pero no suficiente de un posible juicio de validez acerca de las normas emitidas y, en todo caso, una condición que se actualiza con relación a los distintos sistemas que componen el orden. Como destaca FERRER, la competencia es una propiedad disposicional institucional, esto es, se actualiza con relación a las condiciones que el sistema de referencia plantea para el sujeto competente²⁰⁰. Seguidamente, la existencia de las normas emitidas por una autoridad en ejercicio de su competencia es distinta de la evaluación acerca de su compatibilidad respecto del contenido de otras normas. En este sentido, con CARACCILO como referencia, se puede decir que el criterio formal de validez obra como una condición suficiente de la identificación de normas jurídicas, y aquello que se denomina validez material, referido a la adecuación del acto de autoridad, es un instrumento de crítica²⁰¹. La primera suele implicar la presunción de regularidad de creación normativa, la segunda insta al juicio retrospectivo sobre el resultado de los actos de creación normativa.

Si se observa al derecho como un conjunto de normas provenientes de distintas fuentes, pero que pueden confluir en la conformación de una diversidad de sistemas al interior de un mismo orden, la validez puede ser comprendida desde una dimensión distinta –aunque no indiferente– a la pertenencia de normas a los sistemas jurídicos. No obstante, en general, es patente que incluso en una postura preponderantemente descriptiva, no hay una concepción exclusiva de validez que de manera indisputable pueda funcionar como referente

¹⁹⁸ FERRER BELTRÁN & RODRÍGUEZ, 2011: 174.

¹⁹⁹ HART, 1994 [1961]: 95.

²⁰⁰ FERRER BELTRÁN, 2000: 123 – 124.

²⁰¹ CARACCILO, 1988: 87.

universal y exclusivo para señalar que las normas pertenecen al ordenamiento jurídico. Por el contrario, la validez en el derecho parece ser un concepto relativo, que atiende a los elementos que se tomen en consideración para la conformación de diversos sistemas en distintas instancias de la complejidad del orden jurídico; motivo por el cual se sugiere que no debería ser considerado como un criterio necesario de existencia de normas jurídicas –si bien es cierto a menudo refiere a alguna relación de existencia jurídica.

4. 1 Desprolijidad y sistemas jurídicos

La diversidad de actos interpretativos asiduamente llevados a cabo por distintas instancias competentes es uno de los factores que explica la desprolijidad que es posible encontrar no sólo entre normas, sino incluso entre distintas series de sistemas que conforman el orden jurídico.

En los sistemas de gobierno federados con frecuencia es posible observar la dinámica que lleva a la desprolijidad normativa. Imaginemos que la disposición jurídica que prohíbe dormir en las estaciones de trenes es de carácter federal²⁰², es decir, es aplicable en todo el territorio de Я. En la jurisdicción de la región A en Я –desde un periodo considerable de tiempo– es jurisprudencia consolidada –*res judicata*, en términos de Kelsen– eximir de tal penalidad a todos los que sean considerados usuarios de provecho económico de las instalaciones. Por su parte, en la región B del territorio Я no es tal el caso, y desde la promulgación de la disposición a nivel nacional, de manera indistinta, se castiga a cualquiera que sea encontrado durmiendo en las estaciones de trenes. En las dos regiones, con relación a la misma disposición de carácter federal, existen dos normas vigentes (la norma A y la norma B) que, contrastadas entre sí, son inconsistentes y, no obstante, sería insensato señalar que una de las dos no es una norma jurídica, que en una de estas regiones consistentemente se ha aplicado una norma que no es jurídica por no obedecer los criterios de validez de las normas supremas del orden jurídico. Esto implica desentenderse drásticamente de la práctica

²⁰² En el apartado anterior presenté un conocido ejemplo esgrimido por FULLER, acerca de la interpretación y aplicación de una disposición jurídica que llanamente prohíbe dormir en las instalaciones de las estaciones de trenes. Los jueces de la región A han encontrado una laguna axiológica, y asumen que es irrazonable sancionar a los ciudadanos de provecho económico, considerando que la disposición fue promulgada con el fin de evitar que los vagabundos y los malvivientes utilicen las instalaciones como vivienda temporal. De tal modo, se ha consolidado como jurisprudencia el criterio de no juzgar a los que sean considerados ciudadanos de provecho. Por su parte, los jueces de la región B no interpretan la existencia de dicha laguna.

y pregonar que la existencia del derecho se encuentra siempre condicionada a *un* parámetro evaluativo independiente de los hechos, lo que equivaldría nuevamente a equiparar «validez» con «existencia», y negar la calidad de «jurídica» a toda norma a la que se le encuentre algún vicio en relación con otra norma que se repunte superior y, consecuentemente, negar que todo acto de aplicación de tales normas sea jurídico. Proseguir este rumbo, y sostener que únicamente son jurídicas las normas consistentes con otras normas superiores para negar que sea derecho todo suceso que no obedezca a este raciocinio, a pesar de generar aparentes efectos jurídicos, implica adentrarse en una labor de gran especulación que se desentiende en importante medida de fenómenos que empíricamente denominamos «derecho»²⁰³.

Como señala GUASTINI, no queda sino aceptar que, a la par de las disposiciones jurídicas prolijamente creadas y sus normas derivadas, «[...] todos los ordenamientos jurídicos se presentan como atestados de normas inexpresadas, elaboradas por los juristas y por los órganos de aplicación, a pesar de que la doctrina y la jurisprudencia no sean fuentes “formales” del Derecho»²⁰⁴. Es decir, existen normas jurídicas que no sólo son no-válidas sino, incluso, que son inválidas conforme a esos parámetros formales reconocidos por el derecho, pero que son persistentemente exigidas y aplicadas, generando efectos jurídicos. Más aún, cuando estas normas no son un mero accidente ocasional, sino que se reproducen en una secuencia considerable de sistemas del orden, estas normas son jurídicas, son parte del derecho de la comunidad. Entre los postulados que en este trabajo se ha buscado exponer es que esto es posible gracias a normas las consuetudinarias *in foro* atendidas por los jueces que permiten que su actuar se encuentre justificado frente a sus pares.

Esto implica algo inteligible para todo jurista. En el derecho hay normas irregulares y contradictorias, ya sea porque son el resultado de interpretaciones inconsistentes y constantemente reproducidas, o porque fueron creadas con algún vicio formal y no han sido derogadas. Todas estas normas, en principio, son vinculantes y aplicables, lo que genera problemas prácticos de distinta índole. Para resolver estos inconvenientes, entre las normas que componen los sistemas del orden, es usual encontrar algunas normas que proporcionan mecanismos de solución frente a las inconsistencias normativas que se presenten. Cuando la

²⁰³ ROSS, 1961: 12, 24, GUASTINI, 2001a: 60, RATTI, 2014: 272.

²⁰⁴ GUASTINI, 2004: 268.

legislación no suministra tales mecanismos, o estos son insuficientes, la misma práctica judicial tiende a generar mecanismos que se consolidan en la doctrina para solventarlos. Paradigmas clásicos de estos mecanismos son los criterios de *lex superior*, *lex specialis* o *lex posterior*.

Los indicios de que estas inconsistencias normativas no son meros accidentes ocasionales y que, por el contrario, su persistencia genera desprolijidades inherentes a los sistemas dinámicos, se manifiesta en que los ordenamientos jurídicos modernos cuentan con criterios materiales de validez que hacen referencia al contenido de las normas²⁰⁵ y cuentan con instituciones creadas de manera deliberada con competencia para solucionar las antinomias. Esto no siempre logra reflejarse de manera nítida en las teorías jurídicas. De tal manera, BULYGIN niega que las normas inválidas puedan pertenecer a los sistemas, no obstante, señala que los sistemas jurídicos cuentan con procedimientos específicos para anular o derogar tales normas irregulares. Pero esto genera ulteriores perplejidades, ante lo que cabe cuestionar, ¿por qué habría de contar el derecho con mecanismos de expulsión de algo que se afirma que no se encuentra en sus estructuras y que, por ende, no es parte de éste?²⁰⁶ Por el contrario, por ejemplo, las normas inconstitucionales no son casos de aplicación esporádica de normas extrañas para el orden jurídico. Las normas inconstitucionales están presentes como parte de la realidad jurídica, y el derecho reconoce que este inconveniente es posible, recurriendo a diversos mecanismos para depurar a los sistemas de estas inconsistencias cuando se manifiestan.

En términos conceptuales, la inconsistencia tampoco implica una catástrofe para la teoría de los sistemas jurídicos. Un sistema, para ser tal, no requiere necesariamente arrojar resultados que se consideren óptimos. En todo caso, la evaluación sobre la consistencia de los resultados sirve para emitir un juicio acerca la calidad del desenvolvimiento del sistema, lo que es distinto de su existencia. Igualmente, entre las teorías de los sistemas, y especialmente de los sistemas complejos con naturaleza dinámica, se reconoce la posibilidad

²⁰⁵ GUASTINI, 2004: 268 – 269.

²⁰⁶ BOUZAT, CANTARO y NAVARRO desarrollan un raciocinio similar para responder al cuestionamiento referente al fundamento de derechos que el legislador no reconoce explícitamente, pero que se encuentran en normas implícitas derivadas de las normas que el legislador sí formuló. ¿Si se afirma que estas normas implícitas o derivadas no existen (es decir, no son derecho), porqué ejercer mecanismos para su eliminación? BOUZAT, CANTARO & NAVARRO 2007: 122 – 125.

de que a partir de la interacción entre sus componentes –receptados o generados por el propio sistema– se lleguen a encontrar contradicciones o inconsistencias. Lo relevante para que un sistema no colapse, que continúe funcionando y existiendo, es que no permanezca impávido y cuente con mecanismos que permitan superar el impase al proporcionar una solución. En el derecho, en gran medida, en última instancia este mecanismo consiste en otorgar a ciertos organismos la competencia final para determinar qué norma prevalece en casos de conflictos. No obstante, su parámetro de decisión no es del todo arbitrario, puesto que son varios los órganos con competencias de esta naturaleza, entre estos reconocen ciertos parámetros de decisión como adecuados y conciben límites que no han de traspasar. Una vez más, las normas jurídicas consuetudinarias *in foro* entran en juego.

4. 2 *Eppur è diritto*

Una vez desestimada la solución que propone concebir a las normas irregulares como no pertenecientes a los sistemas jurídicos pero aplicables, persiste la necesidad de proporcionar una explicación consistente de este fenómeno, y del mecanismo de generación de soluciones que desencadena la desprolijidad normativa. Tres consideraciones conexas parecen encontrar desconcierto con aceptar la existencia de normas jurídicas irregulares. Primero, la idea de que el derecho regula su propia creación es difícilmente inteligible si se acepta que hay normas jurídicas que contravienen a otras normas de jerarquía superior. Segundo, la supuesta existencia de una jerarquía normativa resulta comprometida. Tercero, la aceptación de la existencia de normas jurídicas irregulares también problematizaría la idea de que existe una norma última que otorga unidad al ordenamiento²⁰⁷. En redención de estas tres consideraciones, el hecho de que en los ordenamientos contengan mecanismos de depuración de las inconsistencias normativas parece respaldar la tesis de que las normas irregulares en realidad no son jurídicas, esto es, que no pertenecen al derecho, pues se las desconoce y se anulan una vez que se verifica su incompatibilidad con otras normas de jerarquía superior.

En suma, la existencia de mecanismos de depuración –como el control de constitucionalidad– parecen propugnar por una perspectiva teórica normativista rigurosa acerca de la sistematización del derecho. Si el derecho regula su propia creación, esto implica

²⁰⁷ CHIASSONI, 2009: 373.

que existe una lógica sistematizadora ínsita o interna que es concorde con los dictados de sus propias normas. En esta perspectiva, mediante enunciados jurídicos, la ciencia del derecho describe normas jurídicas válidas y, con esto, también hace manifiestas las relaciones sistemáticas de validez existentes²⁰⁸. Los sistemas jurídicos son entendidos como colecciones de normas comprendidos por la ciencia jurídica como un campo de significados sin contradicciones²⁰⁹. Como consecuencia, HARRIS explica que la lógica mediante la cual la ciencia jurídica procura dar cuenta de las relaciones sistemáticas de validez entre normas asume los principios de *exclusión*, *subsunción*, *derogación* y *no-contradicción*.

El principio de *exclusión* implica aceptar que sólo hay un número finito de fuentes que pueden funcionar en la composición del sistema. Por medio del principio de *subsunción*, la ciencia jurídica establece relaciones jerárquicas entre normas creadas por fuentes de distinto rango. La *derogación* es el principio que rechaza toda norma que entre en conflicto con una norma de rango superior. El principio de *no contradicción* niega la posibilidad de describir un sistema jurídico en el que sea posible afirmar la existencia de un deber y, a la vez, negar la existencia de ese deber en relación con el mismo tipo de acción en una cierta ocasión²¹⁰.

He introducido el principio de *res judicata* para explicar la dinámica mediante la cual se incorporan normas a las series de sistemas a partir de las prácticas normativas observadas por los jueces. No he encontrado inconveniente en catalogar al resultado de esas prácticas como normas jurídicas consuetudinarias, puesto que presentan todas las características de las normas que se interpretan a partir de las prácticas sociales en donde, en este caso, el grupo social de referencia son los jueces –esto es, son normas consuetudinarias *in foro*. También, propugnar la relevancia del principio de *res judicata* no representa otra cosa que decir que la práctica normativa que denominamos derecho, para su funcionamiento, necesariamente recurre a un mecanismo de seguimiento de (actos) precedentes –entendido en un sentido amplio. Esto es, no importa que un ordenamiento jurídico no cuente formalmente con legislación específica que adopte y regule el seguimiento de decisiones que con antelación hayan tomado los tribunales de su jurisdicción, el sistema de seguimiento de precedentes se

²⁰⁸ KELSEN, 1982 [1960]: 84.

²⁰⁹ HARRIS, 1979: 24.

²¹⁰ HARRIS, 1979: 10 – 11.

crea a partir una suerte de exigencia práctica por parte de los juzgadores en la observación y aplicación de reglas²¹¹.

Como observa SCHAUER, una característica de los ordenamientos jurídicos es que parecen preocuparse especialmente de que se hagan las mismas cosas que se han hecho en el pasado por el simple motivo de que así han sido realizadas en el pasado²¹². Entonces, el «seguimiento de precedentes» –en este contexto– no refiere sino a procurar adecuarse a los mismos criterios conforme a los cuales otros agentes del mismo grupo han tomado decisiones afines con antelación respecto del mismo tipo de casos²¹³. Esto es así, incluso cuando las decisiones precedentes versan sobre el sentido interpretativo a otorgar respecto de un conjunto de disposiciones jurídicas²¹⁴. La concurrencia de estas consideraciones me ha permitido constatar que los sistemas –por lo menos en principio– no son prolijos, y que no es sensato negar la existencia de normas jurídicas irregulares, sean de origen promulgado o consuetudinario.

Pero, como resultado patente, el principio de *res judicata* no conlleva una solución exenta de inconvenientes cuando se busca presentar al derecho desde una perspectiva sistemática. Expuesto por KELSEN, el principio de *res judicata* es el antecedente que porta a una de sus tesis más controversiales en la teoría jurídica positivista, la denominada «cláusula alternativa tácita» (en adelante CAT). Por medio de la CAT, Kelsen procura otorgar una solución para presentar al derecho como un sistema coherente de relaciones de validez y, como consecuencia, explicar que las irregularidades o contradicciones normativas no son solamente aparentes. De modo general, en concordancia con la CAT, para KELSEN no es concebible que existan normas «inconstitucionales» pues, para existir, tienen que ser válidas conforme a la constitución. La validez constituye la existencia específica de toda norma

²¹¹ NÚÑEZ VAQUERO, 2016: 140 – 142.

²¹² SCHAUER, 2012: 6.

²¹³ En la doctrina es frecuente referir a la observancia de precedentes como: la «regla del precedente» o «regla del *stare decisis*». Con esto se quiere dar a entender que de las decisiones tomadas con antelación por los órganos judiciales es posible extraer una regla que puede ser seguida y aplicada en para casos futuros. Entonces, seguir precedentes equivale a «seguir reglas» lo que, en un sentido preliminar, puede entenderse como el intento de hacer concordar acciones presentes en relación con el común denominador que comparten instancias de acciones pasadas.

²¹⁴ En este tenor, TROPER y GRZEGORCZYK han ilustrado con bastante sagacidad cómo, a pesar de contar una disposición jurídica específica que busca evitar que las consecuencias de las decisiones jurisdiccionales adquieran eficacia *erga omnes*, el ordenamiento jurídico francés cuenta *de facto* con una regla vinculante del precedente. Véase TROPER y GRZEGORCZYK, 1997: 126 – 127.

jurídica, por lo que una norma inválida o contraria a la constitución simplemente no puede existir. En consecuencia, los conflictos entre normas serían solamente aparentes puesto que la antinomia supondría que una de las dos no es válida, y las normas jurídicas inválidas simplemente no existen²¹⁵. Por estos motivos, toda norma jurídica contendría una CAT que autoriza la creación de normas con cualquier contenido posible: la autoridad tiene la competencia de emitir normas cuya creación explícitamente se encuentra desautorizada conforme a las disposiciones constitucionales²¹⁶. La autoridad podría formular normas que incluso contraríen el contenido de las disposiciones constitucionales, pero esto no consistiría en un error ni implicaría la creación de una norma inconstitucional o inválida, puesto que su creación se encontraría fundamentada en la CAT.

Como es constatable, los términos en los que KELSEN desarrolló la CAT conllevan diversas perplejidades. ORUNESU, RODRÍGUEZ y SUCAR resaltan que la CAT destroza la noción de estructura jerárquica del orden jurídico que KELSEN pregona, pues si una autoridad tiene competencia para crear normas incompatibles con sus normas superiores, la idea misma de superioridad carece de sentido. En este tenor, las autoridades, al crear y aplicar normas, contarían con discrecionalidad absoluta, pues la CAT haría imposible infringir normas generales superiores²¹⁷. Como consecuencia, señala RUIZ MANERO, el contenido de todas las normas jurídicas sería tautológico, de imposible violación por parte de las autoridades competentes. Esto; prosigue, orillaría a la teoría a adoptar la perspectiva de un judicialismo radical; esto es, un realismo jurídico extremo. En concreto, si se concibe que una de las propiedades lógicas que definen el concepto de «norma» es la posibilidad de su quebrantamiento, las únicas normas que en rigor compondrían el derecho serían las contenidas en las sentencias de los jueces que exigirían actos concretos de ejecución material²¹⁸. Estas observaciones cuentan con importantes objeciones que conviene no ignorar. Sin embargo, si un pensador tan agudo como KELSEN sostuvo esta tesis casi incólume a lo largo del desarrollo de toda su obra, algún aspecto de gran importancia buscaba

²¹⁵ KELSEN, 1982 [1960]: 275 – 277.

²¹⁶ BULYGIN, 1995: 17.

²¹⁷ ORUNESU, RODRÍGUEZ & SUCAR, 2001: 14 – 15.

²¹⁸ RUIZ MANERO, 1990: 94.

destacar y, vislumbro, acentuar el lente sobre las normas *in foro* puede asistarnos para comprenderlo.

KELSEN buscaba una explicación conciliadora entre el decisionismo resaltado por el realismo jurídico y con formalismo idealista implicado por la noción de «norma»²¹⁹. Por este motivo, relaciona los conceptos de validez y de eficacia como dos instancias de la existencia de normas jurídicas²²⁰. Este no es el lugar para desarrollar una exégesis minuciosa del pensamiento kelseniano, y emitir juicios sobre el éxito de su empresa. En cambio, resulta importante atender el problema que KELSEN parecía observar, y que en el presente trabajo ha cobrado una relevancia especial. Esto es, que a pesar de que el derecho cuenta con normas que regulan su propia creación, procurando una jerarquía escalonada, es posible –y no infrecuente– encontrar en su seno normas que se interpreta que desatienden tales criterios y que, no obstante, son jurídicas, pues pertenecen a los sistemas jurídicos y continuarán perteneciendo a estos en tanto ningún procedimiento las derogue. Incluso, estas normas pueden llegar a ser declaradas válidas por las autoridades jurídicas a pesar de su manifiesta irregularidad formal²²¹. La idea que parece encontrarse en el fondo es que estas normas inconsistentes e irregulares, de algún modo, también atienden a criterios de producción jurídica, aunque contraríen también a otros criterios de producción, principalmente a aquellos relativos a la creación legislativa del derecho; por lo mismo, no es infrecuente que lleguen a colisionar, aunque esto no siempre se observa a primera vista.

El inconveniente que arrastra la CAT parece encontrarse en la decidida ambigüedad con la que KELSEN ocupa el término validez para referir a la existencia de normas jurídicas²²². Por un lado, *validez* es utilizado para referir a la exigibilidad de una norma. Si una conducta es exigible jurídicamente, esto sólo puede ser debido a la existencia de una norma jurídica. Por otro lado, *validez* es utilizado para referir a condiciones de pertenencia de normas jurídicas al sistema. Una norma jurídica existe sólo si ha sido creada por una autoridad competente. Pero los problemas de estas acepciones del término *validez* para referir a la existencia de normas jurídicas son notorios a la luz de lo desarrollado hasta ahora. No toda

²¹⁹ KELSEN, 1982 [1960]: 220.

²²⁰ BULYGIN, 2005a: 100.

²²¹ RATTI, 2014: 256.

²²² BULYGIN, 1995: 18 – 19.

conducta jurídicamente exigible implica la pertenencia de una norma al sistema jurídico. Por otro lado, es innegable la existencia de normas jurídicas que incluso no son susceptibles de calificaciones de validez.

Si se desasocia conceptualmente el término validez de la noción de pertenencia y de la consecuente existencia de normas en los sistemas jurídicos, posiblemente sea viable una reconstrucción más consistente que permita explicar que en los sistemas del orden se encuentren normas contradictorias respecto de otras normas que se consideran superiores y que, además, continúan generando consecuencias jurídicas hasta que de algún modo no sean expulsadas o anuladas de los sistemas que componen el orden.

El problema reside, nuevamente, en lidiar con una tensión perenne que permea al fenómeno jurídico. El derecho, en tanto conjunto de normas, se compone primordialmente de dos fuentes, legislación y costumbre. Esto genera normas de distinta naturaleza, con una operatividad diversa pero que, inevitablemente, interactúan entre ellas. Uno es normatividad en abstracto, otra es normatividad en concreto, en la práctica. En un mundo ideal, entre las normas que provienen de ambas fuentes no debería haber conflictos. Para algunos, en un mundo aún más ideal, la única fuente del derecho debería ser la legislación. Pero, incluso en un mundo ideal en el que la única fuente del derecho fuera la legislación, esto no evitaría conflictos normativos; no al menos mientras las disposiciones legisladas se encuentren sujetas al ejercicio interpretativo por parte de los diversos órganos en el desempeño de sus funciones. La historia del pensamiento jurídico ha dejado ejemplos patentes de que existe consciencia de este problema. Han sido paradigmáticos los casos de JUSTINIANO y NAPOLEÓN buscando imponer a la exegesis como el único modo de lectura de sus respectivos códigos²²³ con el fin de evitar la proliferación de interpretaciones y, consecuentemente, de contradicciones entre normas jurídicas. Esto revela que el desarrollo del propio fenómeno jurídico acarrea consigo el inconveniente de las antinomias. Presentar al derecho como un modelo unificado y coherente para algunos es un ideal político que asiste a mantener un régimen, para otros se trata de un ideal científico. No obstante, la realidad es que, tratándose del producto de prácticas humanas, el derecho no exhibe estas características y, en el mejor de los casos, podría decirse que aspira a ellas.

²²³ Ross, 2001 [1958]: 81 – 82.

Esto también manifiesta que, *de facto*, en el desarrollo de derecho existe un principio de presunción de regularidad de los actos realizados por las autoridades²²⁴, lo que no es muy distinto de decir que existe una obligación de reconocerlos como normas jurídicas en tanto no se determine lo contrario. La confluencia de normas provenientes de distintas interpretaciones de numerosas instancias suma a los dilemas constantes que deben enfrentar los jueces en la conformación de sistemas para realizar sus resoluciones. Como resalta RATTI, puesto que el juicio de constitucionalidad sobre una norma es interpretativo, ningún jurista consideraría que un legislador es incompetente *sic et simpliciter* para dictar normas contrarias a la constitución²²⁵. De modo que los insumos con los que deben operar los jueces y los juristas provienen de distintas fuentes e instancias, y no será infrecuente que entre estos se encuentren inconsistencias. Los jueces no pueden abstenerse de resolver, y en tales circunstancias, deben decidir por una resolución que ponga fin al conflicto. Pero, para solventar estos conflictos suelen encontrarse mecanismos de decisión que buscan evitar la total arbitrariedad y procurar cierta consistencia entre las normas. Algunos de estos mecanismos llegan a encontrarse consolidados en disposiciones legislativas, pero este no es necesariamente el caso, varios de estos mecanismos han surgido –y continúan surgiendo– como soluciones compartidas en el ejercicio de la actividad judicial. Estos son los mecanismos doctrinales anteriormente mencionados. Por ejemplo, aunque es totalmente plausible sostener que el principio de *lex superior* se encuentra consolidado en los textos constitucionales o códigos civiles de la mayoría de los ordenamientos contemporáneos, continúa siendo un principio que respeta su tradición consuetudinaria en ordenamientos jurídicos como el del Reino Unido.

Es más circunstancial encontrar legislación específica que consolide los principios de *lex posterior* y *lex specialis*, sin embargo, habitualmente se les asume como principios operativos inherentes al derecho, de modo que, con toda probabilidad, en un ordenamiento donde no hubiera disposición legislativa que refiera al principio de *lex posterior*, si en un conflicto normativo el juez decidiera apartarse de alguno de estos principios injustificadamente, su actuar no pasaría desapercibido. En cada ordenamiento jurídico puede haber otro tipo de estándares distintos –entiéndase, normas *in foro*– a los cuales los jueces

²²⁴ FERRER BELTRÁN & RODRÍGUEZ, 2011: 173.

²²⁵ RATTI, 2014: 264.

consideran que deben atenerse en casos de conflictos normativos. Decantarse por la norma cuya aplicación resulte menos gravosa para la administración pública, rechazar cualquier solución que pueda producir anatocismo en materia financiera, extender la aplicabilidad de una disposición para procurar una protección igualitaria en materia de derechos constitucionales, son algunos tipos de estándares que de modo contingente pueden ser asumidos por la práctica judicial sin que medie disposición legislativa alguna o incluso sin que exista una declaratoria oficial que los consolide como jurisprudencia.

Respecto de lo anterior, también hay que considerar que las normas consuetudinarias *in foro* pueden tener un alcance restringido a un circuito jurisdiccional dentro de un mismo ordenamiento, lo cual suma a la exigencia de buscar mecanismos prácticos de depuración. Este es el ejemplo de los distintos criterios que las regiones A y B utilizan para resolver casos respecto de la misma disposición jurídica en Я. Imaginemos que un ciudadano de la región A viaja a la región B en donde es multado por ser encontrado durmiendo en la respectiva estación de trenes. El ciudadano recurre a instancias apelativas de la decisión hasta llegar a la jurisdicción federal, en donde un juez debe determinar si es válida la aplicación de la norma vigente en B para este caso. Conforme al principio de *lex superior*, el juez debe calificar si la norma que exceptúa a los ciudadanos de provecho económico es concorde con las leyes federales y la constitución, e interpreta que, efectivamente, la aplicación de la norma de B es contraria a las leyes federales y a la constitución por ser el resultado de una interpretación insensata de la disposición jurídica, y que la norma adecuada por aplicar en tal caso es la norma vigente en A. Esta decisión es asumida como parámetro para futuros casos y, ante ulteriores apelaciones en la jurisdicción federal de la aplicación de la norma de B, la tendencia es absolver a los ciudadanos de la multa. Este es un punto por demás interesante, la norma de B sigue siendo aplicada como es habitual en la región B y, para liberarse de la multa, todo ciudadano debe agotar el procedimiento de apelación en la región B y obtener una resolución negativa para llegar a la instancia federal que lo absuelva. Es constatable que en el ordenamiento jurídico del Estado Я tanto la norma de A como la norma de B siguen vigentes en distintos sistemas de éste. Las dos son normas jurídicas pues no han sido derogadas y, a pesar de que una instancia federal ha calificado como indebida la aplicación de la norma de

B, esto no implica su derogación ni necesariamente una prohibición dirigida²²⁶ a los jueces de la región B para desistir en la aplicación de esa norma en tanto no existe una disposición que los obligue a resolver en el mismo sentido que los jueces federales. Es decir, las normas contradictorias pueden continuar como derecho vigente indefinidamente hasta que no se ejecute una acción definitiva que expulse o anule a una de las dos.

El derecho parece «ser consciente» de la inconsistencia normativa que conlleva su práctica y escalonamiento, e incluso parece tolerarla hasta cierta medida. El principio de presunción de regularidad de los actos de autoridad se impone como una exigencia pragmática para el desarrollo fluido de los sistemas jurídicos, pero con el precio de exigir a los jueces recurrir a fuentes distintas a la legislación para solventar los conflictos normativos. Esta exigencia sobre los jueces no suele suponer un problema intolerable, pues es habitual en la práctica judicial generar estándares compartidos con los cuales procurar promover cierta consistencia sobre las decisiones judiciales relativas al ámbito de su jurisdicción. No es sino hasta que una inconsistencia normativa se revela demasiado perniciosa que se recurre a una instancia que procure resolverla y otorgar uniformidad. Si esta instancia es un tribunal constitucional se procurará una solución para todo el ordenamiento, pero los tribunales de instancias inferiores pueden tener esta competencia con un alcance más limitado en los efectos de sus resoluciones. Estos órganos tienen competencia para juzgar sobre la adecuación de las normas en cuestión, generando anulación o derogación de las normas o reenviando esa labor al órgano que cumpla con dicha función. Es decir, tienen competencia para juzgar sobre la validez material o adecuación del resultado de las acciones de otras autoridades.

Nos encontramos frente a un *círculo vicioso* que parece inherente al concepto mismo de derecho, pero que continúa aportando gran materia de debate filosófico. Los tribunales que deben decidir la validez de una norma respecto de otras normas superiores pueden errar en su resolución²²⁷. Como señala RAZ: «[t]o be a binding application of a norm means to be

²²⁶ Es habitual que los sistemas de seguimiento de precedentes o *jurisprudencia* cuenten con una norma que constriña a los tribunales inferiores a ceñirse a las decisiones de los tribunales superiores; pero la existencia de dicha norma es contingente.

²²⁷ MORESO, 2010: 61 – 62.

binding even if wrong, even if it is in fact a misapplication of the norm»²²⁸. El tema del error judicial tiene diversos talantes y no es este el espacio para profundizarlo. Para ilustrar el punto aquí sostenido, basta reconsiderar el ejemplo de las normas sobre dormir en estaciones de trenes. En este caso, el tribunal federal que debía juzgar respecto de la contradicción entre la norma de A y la norma de B, en donde se decantó por declarar válida a la norma de A e inválida a la norma de B, generando que a nivel federal se rechazara todo caso de aplicación de la norma de B. Imaginemos que la controversia arriba al Tribunal Constitucional de Я, el cual juzga que todo este tiempo tanto los jueces de la región A así como el juez federal habían interpretado incorrectamente la disposición a la luz de la constitución, y quienes lo hacían adecuadamente eran los jueces de la región B. El razonamiento del Tribunal Constitucional enfatiza que el texto constitucional proporciona un trato igual y sin distinción a los ciudadanos en la aplicación de la ley y, que la diferenciación conforme a la cual los jueces de la región A y el juez federal habían considerado adecuada la aplicación de la norma de A es inconstitucional por basarse en condiciones económicas, lo que constituye un supuesto de discriminación expresamente prohibida en la constitución²²⁹. Entonces, la norma A resultó ser materialmente inválida, y su aplicación y ratificación por parte del tribunal federal fue «errada».

El ejemplo anterior tampoco implica que los tribunales constitucionales o las instancias últimas no se equivoquen el ejercicio de sus competencias²³⁰. Por este motivo HART resaltaba la importancia de distinguir entre la definitividad de una decisión y su infalibilidad²³¹. El tribunal constitucional alternativamente pudo decidir que la norma A era constitucional cuando indisputablemente el texto constitucional disponía la prohibición de toda aplicación inequitativa de la ley basándose en condiciones económicas. No le falta razón a BULYGIN cuando recalca que una norma inconstitucional no deja de serlo porque un tribunal se niegue a declarar su inconstitucionalidad²³². Aunque con esta observación BULYGIN busca reiterar que, en tal caso, la norma en cuestión es aplicable pero no jurídica. Pero, por los motivos esbozados, no se puede aceptar esta solución. La mejor explicación parece ser

²²⁸ «Ser una aplicación vinculante de una norma significa ser vinculante incluso si es errada, incluso si de hecho se trata de una aplicación inadecuada de la norma». RAZ, 1979: 108.

²²⁹ Véase RODRÍGUEZ, 2005: 155 – 157.

²³⁰ HART, 1954: 29.

²³¹ HART, 1961 [1994]: 138 ss.

²³² BULYGIN, 1966: 365, BULYGIN & MENDONCA, 2005: 70.

aceptar que las dos son normas jurídicas pero que atienden a distintos criterios para su existencia (y validez). En el caso de la norma de A, resultó ser jurídica pues sobrevivió mediante el principio de *res judicata* hasta el nivel federal, y no fue sino hasta que fue juzgada por el Tribunal Constitucional que terminó el arropo jurídico que le proporcionaba ese principio.

Ahora, en el supuesto contrario, en el caso en el que Tribunal Constitucional hubiera declarado como constitucionalmente válida a la norma de A, podríamos decir que se trataría de una resolución «errada» pero, en todo caso, una decisión que suma al halo de *res judicata* que había arropado con juridicidad hasta entonces a la norma de A, con lo que se ha consolidaría como una norma constitucional y externamente aplicable. Y enfatizo que sería una norma *externamente aplicable* porque con esa decisión el Tribunal no habría erradicado a la norma ($\neg A$), que es de aplicación interna, y que *grosso modo* se deriva de la disposición constitucional que prohíbe la aplicación de la ley con base en distinciones de índole económico. Esto es, el Tribunal reconoció como jurídica una norma contradictoria respecto de las consecuencias deductivas de las propias disposiciones constitucionales, lo que hace que, para los casos relativos al uso de las instalaciones de las estaciones de trenes, esas consecuencias no sean aplicables por parte de los tribunales inferiores, a pesar de que conceptualmente debería ser aplicada.

La tesis kelseniana acerca la imposible existencia de normas jurídicas inválidas ha de ser rechazada. No obstante, la herramienta conceptual por medio de la cual busca –de modo insatisfactorio– enmascarar los defectos de su postura; la CAT, en realidad, como apunta CHIASSONI; tiene el mérito de dar cuenta del fenómeno de las normas contrarias a otras normas²³³ dentro de los confines del fenómeno jurídico. Esto es así, incluso si como señala MORESO, al ser vista desde la perspectiva del control de constitucionalidad, presenta la perturbadora consecuencia de que el órgano que ejerce esa función pueda declarar constitucionales normas creadas de forma irregular y pueda declarar inconstitucionales normas creadas de forma regular²³⁴.

²³³ CHIASSON, 2009: 373 – 374.

²³⁴ MORESO, 1993: 91. En sentido similar, GUASTINI 2014b: 109.

4. 3 El eterno sendero de la optimalidad

La conclusión anterior otorga un significativo grado de relevancia a la actividad judicial en la determinación y creación del derecho, pero esto tampoco implica decantarse por un realismo radical que haga superfluas a las normas de origen promulgado –incluyendo aquellas que se puedan interpretar a partir de una constitución escrita– y que los órdenes jerárquicos sean una ficción. A pesar de que es innegable la creación del derecho por parte de los jueces, de esto no se sigue que las disposiciones promulgadas no orienten en modo alguno el comportamiento de los jueces y, como consecuencia, que no sea posible sostener la existencia de una jerarquía normativa. Después de todo, una de las características del análisis dinámico del derecho es que es posible verificar el cambio en la normativa vigente (incluso por medio de la práctica judicial) con la finalidad de enmendar no sólo las irregularidades, sino las decisiones pretéritas que en algún momento llegan a ser consideradas como no satisfactorias. Esta dinámica, aunque tiene un grado de indeterminación y variables no previsibles, tampoco es totalmente arbitraria, es decir, atiende a ciertos patrones normativos internos a los sistemas jurídicos.

La desprolijidad normativa es un estado de cosas permanente, pero un estado de cosas insatisfactorio para el derecho, y también es uno de los motivos de su constante evolución. Desde el análisis *dinámico* del derecho es posible vislumbrar que el criterio de legalidad encamina la presencia no sólo de una jerarquía normativa, sino también; como propone MORESO, de una jerarquía (conceptual) de mundos jurídicos posibles. Entre estos mundos, conceptualmente existe uno, el mundo jurídico óptimo; un mundo posible en el cual todas las autoridades que crean normas jurídicas lo hacen en virtud de una norma previa que los autoriza para ello y, los resultados presentan coherencia recíproca en todos los niveles. El mundo jurídico óptimo; no cabe duda, es un mundo ideal del gobierno de las leyes. Pero los mundos jurídicos reales son distintos puesto que se encuentran sujetos al actuar humano. No obstante, como señala MORESO, las instituciones como el control de constitucionalidad pueden entenderse precisamente como intentos de convertir un mundo jurídico no óptimo, real y defectuoso, en un mundo jurídico óptimo²³⁵.

²³⁵ MORESO, 1993: 105 – 107.

Los jueces recurren a diversas prácticas interpretativas, esto inevitablemente genera inconsistencias y mundos jurídicos no óptimos. Por este motivo, existen mecanismos que procuran la depuración normativa buscando reestablecer la consistencia entre las normas provenientes de diversos sistemas del orden. El control de constitucionalidad es un mecanismo normativo formalmente diseñado para estos efectos, pero la propia existencia de normas promulgadas asiste a que la práctica judicial se encuentre constantemente orientada en depurar irregularidades y solventar lagunas y, con esto –de manera no necesariamente deliberada ni expresa– propicia la creación de normas consuetudinarias *in foro* mediante las cuales una comunidad judicial procura uniformidad en el ejercicio de su función de identificar y aplicar el derecho.

Los jueces no siempre tienen éxito en su empresa, e incluso –como se ilustró– pueden participar de la formación de inconsistencia normativa. Sin embargo, en tanto se mantiene el texto constitucional, y persisten los mecanismos depurativos, siempre existe la eventual posibilidad de una nueva corrección de las decisiones pasadas en aras de lograr el mundo jurídico óptimo. Por cierto; considero, esta es la única manera en que parece plausible –desde el marco del positivismo teórico– afirmar que el derecho tiene una «pretensión de corrección», puesto que eventualmente los jueces pueden rectificar lo que ellos mismos u otros jueces habían interpretado sobre un mismo supuesto²³⁶. Esta posibilidad, por cierto, no necesariamente está dictada por motivos morales, sino también pragmáticos, de simple operatividad del propio ordenamiento.

De este modo, el postulado positivista de las fuentes sociales se sostiene con firmeza, e incluso asiste explicar las paradojas propias del derecho. Lo que es derecho en una sociedad es independiente de su mérito, incluso cuando falla en atender algunos de sus propios parámetros. Desde esta perspectiva, es verdad que ciertas normas son conceptualmente jurídicas pues se siguen de los significados convencionalmente asumidos de los textos jurídicos. A su vez, es verdad que en el trasfondo de la práctica interpretativa existen, y continuamente se generan, normas de carácter consuetudinario que dirigen e inhiben la aplicación de otras normas, primordialmente de aquellas cuya fuente es la legislación. Todas estas normas son «jurídicas», implicando que, de un modo u otro, responden a criterios

²³⁶ MATTEI-GENTILI, 2017: 159.

internos, propios del derecho. Entonces, la CAT parece buscar dar cuenta de un importante rasgo inherente al diseño institucional de los ordenamientos jurídicos, dentro de los cuales es totalmente posible –e incluso tolerable– que convivan normas en principio inconsistentes entre ellas. Empero, perteneciendo al mismo orden, nada obsta denominarlas «jurídicas». De algún modo –aunque siempre atendiendo a mecanismos inherentes a los sistemas del orden– ambas han sido creadas conforme a derecho.

Entonces, la cuestión por esclarecer se encuentra en indagar cuál o cuáles son esos criterios normativos últimos que subyacen en el trasfondo, y que dan lugar a la creación de una amplia variedad de normas, incluso contradictorias entre sí, pero que al final son todas jurídicas. Considero que KELSEN proporciona una pista, pues discurre que la creación de normas ajenas al mecanismo legislativo solamente es posible debido a que es permitido por la constitución en sentido material, la cual instituye a la costumbre –a la par de la legislación– como procedimiento creador de derecho. En este sentido, dilucida que si el texto constitucional no estipula a la costumbre como fuente del derecho y, sin embargo, el ordenamiento jurídico contiene normas consuetudinarias a la par de las normas promulgadas, entonces, además de las normas de la constitución escrita existen normas constitucionales no escritas; esto es, normas creadas consuetudinariamente de acuerdo con las cuales la costumbre puede crear preceptos generales que son obligatorios para todos los órganos encargados de aplicar el derecho²³⁷. Entonces, la noción de que el derecho regula su propia creación es cierta también en relación con las normas jurídicas consuetudinarias.

De forma preliminar, la tesis de la autopoiesis jurídica parece adecuada, aunque es posible intuir que en algún punto ha de encontrar un límite. La elucidación kelseniana de la constitución material es oscura e ilustra poco acerca de su creación y funcionamiento cuando se trata de normas consuetudinarias. Si se indaga por la validez de las normas constitucionales consuetudinarias, la respuesta es que éstas deben su existencia a la *norma básica* que, no obstante, no se trata de una norma creada, sino que es presupuesta y a partir de la cual; de acuerdo con KELSEN, mediante una operación lógica, pueden derivarse normas de comportamiento humano²³⁸. Esta respuesta, sin embargo, no dice nada sobre la creación y

²³⁷ KELSEN, 2003 [1945]: 126.

²³⁸ KELSEN, 1982 [1960]: 205 – 206.

funcionamiento de estas normas constitucionales consuetudinarias y, en realidad, mantiene abierta la cuestión acerca de la regulación de su creación, pues la norma básica es un presupuesto sobre la que todavía caben cuestionamientos. ¿En verdad es concebible que una norma presupuesta puede regular normas materiales, o se trata solamente de una ficción? Y si la respuesta afirma el primer cuerno del dilema, entonces ¿qué norma regula la creación de la norma básica presupuesta?

Una respuesta más concreta –materialmente más aterrizada, y posiblemente más fecunda– puede ser reconducida a la reflexión sobre la regla de reconocimiento de HART. Es una regla que se manifiesta primordialmente en la práctica de los jueces y funcionarios, es decir, es consuetudinaria por definición, y no exige la existencia previa de otra norma para su elucidación jurídica. La propia regla de reconocimiento es la que define lo que cuenta como derecho, partiendo por su propia existencia. Esta cualidad otorga maleabilidad conceptual al pensar el derecho en términos de sistemas pues, como señala RAZ: «[t]here must be in every system some criteria of validity that, although legally binding, are not legally valid, hence they must be set in the rule of recognition»²³⁹. Entonces, en el siguiente capítulo se explorará en qué sentido la regla de reconocimiento constituye una o unas normas consuetudinarias que definen lo que cuenta como derecho, y cómo permea en los sistemas del orden para otorgar un criterio último de identificación.

²³⁹ «[e]n todo sistema debe haber algunos criterios de validez que, aunque jurídicamente vinculantes, no sean jurídicamente válidos, por lo cual deben encontrarse establecidos en la regla de reconocimiento». RAZ, 1971: 95.

Capítulo III. La costumbre de identificar y aplicar nuestro derecho

El capítulo anterior clausuró señalando la importancia de indagar acerca de los criterios últimos que sustentan la creación de todas las normas jurídicas de un ordenamiento, tanto de las normas consuetudinarias como de aquellas que tienen origen un promulgado. Como es sabido, en KELSEN este criterio último es la norma básica, mientras que en la teoría de HART ese papel lo desempeña la regla de reconocimiento, que es una especie de regla consuetudinaria.

Recordando, ampliamente¹, HART considera que la esencia del derecho se encuentra en su estructura, sin la cual no podríamos concebir su función sistemática, y la cual consiste en la unión de reglas primarias y secundarias². Las reglas primarias se ocupan de las acciones de los individuos y a menudo son caracterizadas como reglas de obligación³. Por su parte, las reglas secundarias se ocupan de las primarias. Las reglas secundarias solventan las deficiencias propias de un conjunto conformado solamente por reglas primarias. Las reglas secundarias especifican las maneras en las que las reglas primarias pueden ser verificadas de forma concluyente, introducidas, modificadas y eliminadas en los sistemas del orden, y también para determinar si han sido quebrantadas⁴. En este orden de ideas, las reglas secundarias son de diversos tipos: de cambio, de adjudicación y de reconocimiento.

La regla de reconocimiento cumple la función esencial de proporcionar los criterios mediante los cuales se puede determinar, en última instancia y de manera concluyente, que una norma es jurídica, por lo cual, como criterio último, su observancia generalizada es condición necesaria de la existencia de un orden jurídico, pues ella misma determina cuáles son las reglas de cambio y de adjudican. La regla de reconocimiento soluciona el problema de la incertidumbre de determinar qué reglas son parte del derecho de una sociedad; es decir,

¹ Es importante mencionar que en este capítulo no pretendo realizar una reconstrucción exhaustiva y detallada de la teoría hartiana, sino simplemente debatir algunos de sus principales postulados en torno a la idea de la regla de reconocimiento como una norma consuetudinaria y última.

² HART, 1961 [1994]: 94, 155.

³ RAZ, 1980 [1970]: 199.

⁴ HACKER puntualiza que nada obsta que existan –y de hecho es posible encontrar– reglas secundarias que traten de otras reglas secundarias, e incluso reglas primarias que refieran a la observancia de reglas secundarias. No obstante, lo fundamental es distinguir las funciones que cumplen. HACKER, 1977: 20.

funciona como criterio último de membresía. Así, HART señala que, al seguir una cadena de razonamientos sobre la fundamentación de las reglas, en última instancia se arriba a una que proporciona un criterio de validez para todas las demás reglas, pero que ella misma no se encuentra sujeta a ningún ulterior criterio de validez. Esto quiere decir que, respecto de la regla de reconocimiento, no tiene sentido cuestionarse por su validez o invalidez, su existencia está condicionada a que es practicada. Es decir, la evidencia de su existencia es una cuestión de hecho⁵.

Entonces, la regla de reconocimiento supondría la ventaja de proporcionar un criterio consistente con los postulados del positivismo para proporcionar una explicación sobre la base y la unidad del orden jurídico⁶. Sin embargo, como RAZ ha subrayado, su formulación por parte de HART es imprecisa y se requiere de mucha interpretación para comprender, entre

⁵ HART, 1961 [1994]: 107 – 110.

⁶ Al cierre del capítulo anterior manifesté mi preferencia por la regla de reconocimiento por encima de la norma básica de KELSEN, y seguramente esta elección requiere ulteriores justificaciones. Ahora, la comparaciones suelen generar desazón; especialmente tratándose de las ideas de los grandes pensadores, pero, como he insinuado con antelación, para los efectos de este trabajo, considero que el hecho de que la regla de reconocimiento sea una regla que de hecho es practicada supone una serie de ventajas explicativas respecto de la norma básica de KELSEN, razón por la cual considero oportuno sustentar esta postura en mayor detalle. Primero, la regla de reconocimiento es *positiva* (en el sentido de ser *puesta*) y no deja lugar a duda sobre su relación con la existencia de hechos sociales (MARMOR, 2009: 155) pues ella misma es una regla social o, lo que parecer de GUASTINI (2014d: 100), es algo no distinto de decir que se trata de una costumbre. Es decir, en la base de todo orden jurídico necesariamente se encuentra por lo menos una norma consuetudinaria. Por su parte, la norma básica es presupuesta (KELSEN, 1982 [1960]: 232) y, no obstante, se puede debatir que cuenta con sustento en el hecho social de encontrarse supuesta –aunque sea de manera presupuesta (KELSEN, 2003 [1945]: 116)– en los juicios que los juristas realizan acerca de la validez del resto de normas positivas del orden, la condición de ser hipotética no deja de arrojar perplejidad habiendo quien incluso –como CHIASSONI (2009: 367)– sugiere concebirla como una norma ficticia.

Además, puesto que la norma básica es un postulado de necesidad lógica para determinar la validez del resto de normas jurídicas, ésta no permite diferenciar entre las normas de distintos ordenamientos, por ejemplo, las del derecho británico de las del derecho soviético cuando en el primer ordenamiento existe una norma que remite a la exigibilidad aplicación de las normas del segundo (ROSS, 2001 [1958]: 30 – 31 y 39). En este sentido, HART señala que un importante defecto de la *Teoría Pura del Derecho* es ser «demasiado pura», en donde la norma básica solamente insta una exigencia de validación entre normas y se desentiende de los hechos que conciernen a la creación y reconocimiento de las demás normas jurídicas (HART, 1994 [1961]: 292 – 293; HART, 1968: 335). Esto conllevaría, en otros términos, a sostener que cuando una norma de un ordenamiento exige la aplicación de una norma extranjera, esta última, habiendo atendido al juicio de validez en su aplicabilidad, sea considerada como parte del ordenamiento local. Por su parte, HART considera que su teoría evitaría esta confusión, puesto que el juicio de validez acerca de la aplicabilidad de una norma de otro ordenamiento no permitiría semejante equívoco debido a que, para determinar que se trata de una norma del propio ordenamiento, se requiere que la norma sea creada o adoptada atendiendo a los criterios establecidos por su propia regla de reconocimiento (HART, 1968: 338). En resumen, para HART no bastaría que los jueces verifiquen la validez de la aplicabilidad de la norma para asumir que se trata de una norma perteneciente al ordenamiento, también es necesario que identifiquen que ésta ha obedecido a criterios de creación o adopción establecidos por la regla de reconocimiento exclusiva de su ordenamiento.

otros aspectos, sus efectos sobre la cuestión de la identidad del orden⁷. En particular, apunta RAZ, no es del todo claro la práctica *de quién* constituye la regla, y tampoco existe indicio para suponer que se trate de una *única* regla de reconocimiento. En lo que sigue procuraré atender a estas imprecisiones para desarrollar una respuesta sobre estos aspectos en consideración de la naturaleza consuetudinaria de esta regla o reglas.

Para encontrar una respuesta a esta cuestión se procura una suerte de indagación sociológica de carácter teórico (en línea hartiana). Con esto se busca explorar el modo en que entre las diversas reglas sociales que definen la estructura política de una comunidad pudieran surgir reglas fundamentales para identificar y aplicar aquellas que adquieren el carácter de ser jurídicas y, dando lugar a la conformación de un orden jurídico complejo con reglas primarias y secundarias. En este sentido, en el primer apartado de este capítulo se encuentra que la formación de la regla de reconocimiento no es exclusiva de los jueces, aunque en la evolución de los ordenamientos contemporáneos, su función se ha tornado central para determinar y desarrollar dicha regla, que es una regla en constante perfeccionamiento.

En el segundo apartado se aborda la complejidad de la regla de reconocimiento. Propongo que ésta se explica asumiendo que en realidad se trata de varias reglas e, incluso, que su creación está motivada y condicionada por la existencia de reglas sociales precedentes a ella. En este sentido, con miras a abordar la intrincada cuestión de la naturaleza de las reglas de reconocimiento y la forma en que constituyen la unidad e identidad de los ordenamientos jurídicos, se explora el debate acerca de si dichas reglas son meramente conceptuales o también conllevan deberes. Finalmente, el último apartado aborda una explicación acerca de cómo es que la cualidad epistémica de ser consuetudinarias, es el elemento que consiente explicar que las reglas de reconocimiento otorgan unidad e identidad a un ordenamiento, permitiendo discernir cuáles son las reglas que se reconocen como propias.

1. Más que *la regla de unos cuantos*

RAZ sugiere que al referir a las condiciones de existencia de la regla de reconocimiento HART llega a apuntar al comportamiento de los tribunales, de los funcionarios, de las legislaturas e

⁷ RAZ, 1971: 90–91.

incluso de los ciudadanos⁸, impidiendo tener un panorama claro respecto de quiénes configuran la creación de la regla.

Ciertamente, HART señala: «[n]o doubt the practice of judges, officials, and others, in which the actual existence of a rule of recognition consists, is a complex matter»⁹. Existen ulteriores indicios que pueden generar vacilación. Por ejemplo, cuando HART escribe: «[f]or the most part the rule of recognition is not stated, but its existence is shown in the way in which particular rules are identified, either by courts or other officials or private persons or their advisers»¹⁰. Con mayor explicitación reitera posteriormente que los particulares pueden hacer *uso* de la regla de reconocimiento para identificar leyes válidas y, consecuentemente *aceptarla* como el criterio adecuado para identificar el derecho¹¹. En síntesis, la fuente primordial de confusión respecto de si incluso los ciudadanos ordinarios participan de la creación de la regla de reconocimiento se encuentra en el hecho de que la usan y la aceptan, participando de su eficacia pues, como se ha insinuado con precedencia, lo que configura conceptualmente a las normas consuetudinarias es cierta dimensión de eficacia, que consiste en que los miembros de un grupo social converjan en *usar* un patrón de comportamiento y que el mismo sea *aceptado* como criterio de justificación del propio actuar y de crítica respecto de quien lo desatiende.

No obstante, como el propio RAZ se encarga en señalar, HART coloca especial énfasis sobre la práctica de los tribunales al referir a la regla de reconocimiento¹². Después de todo, los tribunales son los encargados de definir si algo cuenta como derecho, y esto lo hacen, en última instancia, haciendo uso de la regla de reconocimiento. Se trata de un uso privilegiado de la regla de reconocimiento, un uso para definir qué cuenta como derecho, y es una utilización revestida además de autoridad¹³.

⁸ RAZ, 1971: 92.

⁹ «[s]in duda la práctica de los jueces, funcionarios, y otros, en que consiste la verdadera regla de reconocimiento, es una cuestión compleja». HART, 1994 [1961]: 109 – 110.

¹⁰ «[e]n gran medida la regla de reconocimiento no es enunciada, sino que su existencia se muestra en la forma particular en que las reglas son identificadas, sea por los tribunales o por los particulares o sus asesores». HART, 1994 [1961]: 101.

¹¹ HART, 1994 [1961]: 108.

¹² RAZ, 1971: 92.

¹³ HART, 1994 [1961]: 101 – 102.

Parece que no es accidental que HART haya apuntado que no solamente los tribunales y funcionarios tienen incidencia en la conformación de la regla de reconocimiento y que de la misma participan, en alguna medida, también los ciudadanos ordinarios. De este modo, desde una perspectiva amplia, la regla de reconocimiento puede ser concebida como una norma «puente» entre el conjunto de todas las reglas sociales de un grupo; de forma más específica, las políticas¹⁴, y el conjunto formado por todas sus reglas jurídicas, lo que implica que –aunque sea indirectamente– existe la posibilidad de que todo actor social participe de la creación de ésta. Esto concuerda con los señalamientos de RAZ, quien considera que es importante no perder de vista que los ordenamientos jurídicos no son organizaciones «autárquicas», sino que son un aspecto o dimensión de algún sistema político. Esto es, la existencia e identidad del ordenamiento jurídico depende del sistema político¹⁵. En este respecto, la regla de reconocimiento tiene una función de suma relevancia, su instauración marca el momento decisivo en el que una comunidad cuenta con criterios para distinguir las normas jurídicas del resto de normas con las que pueden contar¹⁶.

Estas observaciones no escapaban a HART quien, aunque procuraba una teoría provista de criterios jurídicos autónomos, concibe a su propio análisis como una suerte de labor de sociología descriptiva¹⁷, debido a que busca desarrollar una explicación del derecho como la elucidación de lo que hace que un subconjunto de reglas sociales conforme un orden jurídico¹⁸. No en balde RAZ insiste que el recurso a la sociología teórica no es accidental, y funciona para explicar a los órdenes jurídicos como un subconjunto de los sistemas políticos¹⁹. Como consecuencia, existe una dimensión explicativa requerida para comprender en dónde se encuentra la regla de reconocimiento dentro del grupo de reglas político-sociales que la sociedad en general reconoce, utiliza y atiende para identificar el derecho en su nación. Esta dimensión podría permitir arrojar luz sobre situaciones con apariencia paradójica, como el hecho de que los jueces participen de la conformación de la regla de reconocimiento y, a

¹⁴ RAZ, 2009: 103.

¹⁵ RAZ, 1980 [1970]: 210 – 211.

¹⁶ RAZ, 2009: 107 – 108.

¹⁷ HART, 1994 [1961]: V.

¹⁸ ROSS sostiene una visión similar, y considera a la investigación sociológica como imprescindible para filosofía jurídica, entendida ésta como el análisis de los conceptos jurídicos. En esta línea, todas las proposiciones jurídicas, jurídicas refieren, en último análisis, a una realidad social. Por lo mismo, destaca ROSS, la filosofía del derecho (*jurisprudence*) debe ser sociológica. ROSS, 2001 [1958]: 28.

¹⁹ RAZ, 1980 [1970]: 210.

su vez, sea la misma regla la que les confiere jurisdicción²⁰, es decir, que confiere poderes, pero también les impone deberes²¹. Dicha dimensión explicativa se centra en comprender la operatividad de las reglas consuetudinarias, como reglas en acción, capaces de adaptarse a la mutación de las diversas instancias en que son puestas en práctica. En este sentido, entender la especial importancia de la regla de reconocimiento en tanto norma consuetudinaria, también permite explicar el fenómeno del cambio diacrónico en el derecho, conservando su identidad a pesar de que lo demás cambie.

1. 1 Más que un simple hábito de obediencia

La exposición de las reglas sociales de HART se limita a presentar reglas que imponen deberes. El otro tipo de reglas que identifica son aquellas que confieren poderes. Pero, como RAZ apunta, HART no concibe qué tipo de prácticas sociales constituyen la existencia de una norma consuetudinaria que confiera poderes²². No es claro si la regla o reglas de reconocimiento imponen deberes o si también es que confieren poderes a los tribunales. Parece que, en amplios términos, estas interrogantes son complicadas de dilucidar debido a que HART no es explícito sobre su surgimiento o acerca de la especificidad de su funcionamiento.

La teoría de HART parte de exhibir las insuficiencias de la teoría imperativa de AUSTIN para proporcionar una explicación consistente de los ordenamientos jurídicos. En síntesis, la teoría de AUSTIN considera al derecho como un conjunto de normas que son concebidas como los mandatos emitidos por un soberano a una población que lo obedece de manera habitual por miedo a la sanción o pena como consecuencia de la desobediencia y, a su vez, el soberano no obedece a nadie.

En este sentido, la crítica de HART se desarrolla en dos momentos, mediante dos metáforas con distintas finalidades explicativas. La primera busca mostrar que la caracterización que AUSTIN realiza de las normas jurídicas entendidas como mandatos respaldados por amenazas no logra dar cuenta del modo en que el derecho funciona en el razonamiento de sus destinatarios, explicitando la diferencia entre «verse obligado» y «contar

²⁰ HART, 1994 [1961]: 97.

²¹ RAZ, 1980 [1970]: 198 – 199.

²² RAZ, 1971: 92.

con un deber». Para este fin, HART recurre a la comparación para exponer que los mandatos del soberano de AUSTIN son indistinguibles de las exigencias de un asaltante y, además, demuestra que existen normas jurídicas que no llevan aparejadas sanciones. La segunda alegoría procura mostrar que asumir que la existencia del derecho de una sociedad depende del hecho de que la población se encuentre en un hábito de obediencia respecto de un soberano que no obedece a nadie, no logra dar cuenta de algunos importantes fenómenos jurídicos. En peculiar, HART desea hacer notar que el modelo de AUSTIN no es adecuado siquiera para dar cuenta del importante fenómeno de la continuidad del ordenamiento ante la sucesión de soberanos; esto incluso en un tipo de ordenamiento relativamente simple, como lo sería una monarquía absoluta. Para estos fines, recurre al ejemplo del reino de Rex y las consecuencias que se siguen de cara a su sucesión por parte de Rex II.

Las dos metáforas utilizadas por HART funcionan bien para sustentar sus críticas a la teoría imperativa del derecho. No obstante, no muestran en qué medida los diversos actores de un grupo social participan de la creación de las reglas, y en particular de la o las reglas de reconocimiento que dan lugar al resto de las normas jurídicas que componen el ordenamiento. En este sentido, no forma parte de su modelo una explicitación acerca del modo en que se generan distintas reglas relevantes para todo ordenamiento jurídico, en peculiar las normas que otorgan competencias gubernamentales, incluyendo las competencias legislativas, y las reglas de adjudicación; y especialmente la regla o las reglas de reconocimiento. La última ha generado perplejidad acerca del deber de los jueces de observar y aplicar las normas del ordenamiento.

Sugiero que el modelo de HART puede ser mejor elucidado a partir de una explicación complementaria que haga explícitas las condiciones sociales no sólo de la generación de reglas primarias, sino también de la de división de labores que da lugar a distintas obligaciones y competencias jurídicas y, por consiguiente, den lugar a la creación de una regla de reconocimiento. En particular, considero que es relevante mostrar de qué manera los órganos como los gobernantes, los legisladores y, de suma importancia, los jueces, adquieren sus potestades y deberes en sintonía con la conformación de una regla de reconocimiento que permite dilucidar un orden jurídico complejo y diverso de un orden primitivo.

En general se busca desarrollar la explicación de un escenario –partir de una situación hipotética pero realista– que ilustre la dinámica social en la que incluso un bandido logre ser gobernante de una comunidad con cierta legitimidad política, atendiendo a reglas sociales cuya existencia no depende de su voluntad. Un modelo que, en términos de la alegoría hartiana, exponga las reglas que posibilitan que Rex sea monarca, sus funcionarios cumplan labores específicas, y sus tribunales apliquen las normas vigentes por el hecho de que las consideran jurídicas, y no solamente porque las consideran mandatos de un soberano. Esta explicación busca desembocar en la relevancia de la función adjudicativa y cómo ésta se encuentra circunscrita por reglas heterónomas que de algún modo los constriñe en su actuar, a pesar de la preeminencia que conlleva su cargo en lo que respecta al desarrollo e identificación de la regla o reglas de reconocimiento. También se atiende a las indicaciones del propio HART, cuando señala que el surgimiento de los ordenamientos jurídicos primitivos puede tener en su origen solamente reglas consuetudinarias cuya conformidad depende de formas de presión social difusa y evolucionar en su relevancia dando lugar a que los distintos miembros de la sociedad consideren la existencia de genuinas obligaciones independientes a los deseos de las personas²³.

La idea que subyace es sencilla: quienquiera que ejerza alguna forma de función adjudicativa es parte del grupo social, y como parte de éste reconoce y atiende a las reglas de su sociedad, de las cuales la regla o reglas de reconocimiento forman parte. Tener reglas sociales es un fenómeno que –aunque sea en distintas medidas o intensidades– involucra a todo el grupo. Las reglas o normas, al ser formas de significados deónticos, exigen un trasfondo convencional semántico del que participa todo el grupo social. En este sentido, el derecho es un fenómeno comunicacional, por lo que conocer el derecho en una sociedad es –en amplia medida– una labor semántica que consiste en identificar el significado que convencionalmente asocia el grupo a diversos términos jurídicos. En esta línea, incluso la inteligibilidad de la literalidad de las expresiones exige un trasfondo convencional de prácticas sociales. Como recuerda SEARLE, el significado de las palabras va más allá de la intención del hablante, es una cuestión de convención, es una función de cómo son usadas por la comunidad de hablantes de un lenguaje. Esto es, el lenguaje se encuentra gobernado

²³ HART, 1994 [1961]: 85 – 87.

por reglas construidas en un contexto social en el que el conjunto de los hablantes asocia significados a diversos términos²⁴.

Lo que se ha venido sosteniendo implica que las reglas sociales se adaptan constantemente a la evolución del grupo social, en ocasiones pasando inadvertida la sutileza del ajuste. La regla o reglas de reconocimiento, siendo unas de estas normas, también se adaptan a la par de la sociedad respecto de cuyos hechos supervienen²⁵. Por lo mismo, la compleja estructura política que caracteriza a las organizaciones sociales actuales, y como consecuencia, a sus ordenamientos jurídicos, llega a presentarnos una imagen sumamente internalizada del estado de cosas sociales que puede resultar engañosa, y hacer parecer como universales aspectos que realmente son particulares y contingentes. El objetivo de una teoría general del derecho en amplios términos, como expone MILLARD, es estipular un concepto de derecho que no sea demasiado dependiente de una sociedad y tiempos particulares para permitir describir prácticas comparables²⁶; en suma, apunta a un concepto universal señalando verdades necesarias. De conformidad, expresa RAZ, no obstante, la teoría general usualmente no puede evitar ser un tanto parroquial y confundir lo local con lo universal²⁷. Así, continua para señalar que, en cierta medida, el éxito de las teorías jurídicas obedece a que, al manifestar los aspectos parroquiales relevantes, reflejan el punto de vista interno de la comprensión del derecho.

Los ordenamientos jurídicos contemporáneos suelen contar con las funciones de legislador, gobernante y jueces más o menos bien definidas. Esto permite que sea particularmente en la práctica de los jueces en donde es posible concebir con mayor desenvoltura la puesta en práctica de la regla de reconocimiento. Esto no significa otra cosa que la regla de reconocimiento es constatable mayormente cuando se identifica y aplica el derecho, función que actualmente corresponde primordialmente a los jueces. De esto no se

²⁴ SEARLE, 2011 [1969]: 45; IGLESIAS VILA, 1998: 131.

²⁵ RAZ es quien sugiere la idea de que la regla de reconocimiento; al ser una norma consuetudinaria, se encuentra abierta al constante «cambio» para poder afrontar los problemas que persistentemente afronta para determinar lo que cuenta como derecho. Para evitar la posible y estricta objeción lógica de que si la regla «cambia» entonces no se trata de la misma regla, he preferido decir que ésta se «ajusta» o adecua a las nuevas circunstancias. RAZ, 1971: 94. En el capítulo IV será abordado con mayor detalle el problema del seguimiento de reglas y la manera en que es posible sostener que se sigue observando la misma regla a pesar de que las circunstancias cambien.

²⁶ MILLARD, 2006: 48.

²⁷ RAZ, 2009: 92.

sigue que los jueces sean los únicos órganos que encuentran ocasión de identificar y aplicar el derecho conforme a la regla de reconocimiento. De hecho, en los ordenamientos jurídicos contemporáneos no son los jueces los únicos que cuentan formalmente con competencia para usar la regla de reconocimiento y determinar qué cuenta como derecho. Por ejemplo, frente a las lagunas que los jueces identifiquen, y con el fin de mantener el espíritu democrático del sistema político, los tribunales últimos pueden remitir las resoluciones sobre las controversias constitucionales para que sean subsanadas por la legislatura²⁸.

No está de más recordar que los arreglos institucionales mencionados no son universales, y que se encuentran de manera prominente en los ordenamientos democráticos contemporáneos con una división de poderes que cuenta con mecanismos de pesos y contrapesos conforme a los postulados de la doctrina constitucional preponderante. La labor del teórico debe procurar que su explicación no excluya al derecho que se crea en los sistemas políticos dictatoriales u oligárquicos, acaso más comunes en la historia y todavía frecuentes en el panorama global. En estos, a menudo *de facto*, las funciones de gobierno, legislación y adjudicación se suelen confundir en una persona o un cúmulo de ellas, que a menudo asumen, en la mayoría de las instancias, la función de actuar judicialmente como órganos supremos para decidir qué cuenta como derecho.

Esto no implica encomiar una explicación del derecho como órdenes de un soberano respaldas por amenazas. Retomando, los defectos de este modelo han sido exitosamente expuestos por HART²⁹. En particular, resulta afortunada la analogía crítica entre las órdenes del soberano como similares a las de un bandido. Esta explicación centra su enfoque en la limitación del modelo imperativo para dar cuenta del hecho de que el derecho cuenta con una variedad de normas que no acarrear sanciones y que los ciudadanos pueden encontrar otros motivos para acatar el derecho como, por ejemplo, que les habilite para llevar a cabo satisfactoriamente sus propios planes, como en el caso típico de los contratos. Asimismo, el modelo imperativo no logra dar cuenta de la continuidad del derecho. Cuando un soberano fallece habitualmente no solo continúan vigentes el grueso de las normas existentes, sino que, incluso, el sucesor accede al poder en observancia de por lo menos una regla que existía con

²⁸ FISH, 2016: 360

²⁹ HART, 1994 [1961]: Capítulo IV.

antelación a que asumiera el poder. En este aspecto, la exposición de HART respecto del sistema monárquico de Rex es bastante esclarecedora y no es oportuno desviar más la atención del tema. Baste decir que lo que HART concluye es que el modelo imperativo no funciona para explicar siquiera el orden jurídico en una monarquía absoluta, aunque también va un paso más allá para comenzar a esclarecer su postura. Para HART, incluso un modelo dictatorial como el que se podría encontrar en una monarquía absoluta es explicable, en efecto por obediencia habitual, pero obediencia habitual no a Rex I o a su sucesor, Rex II, sino a una regla o unas reglas de reconocimiento que establecen las condiciones para que algún sujeto sea autoridad en esa comunidad³⁰, reglas que determinan quién tiene competencia para legislar o juzgar, no excluyendo que una única persona pueda abarcar ambas funciones, en suma, unas reglas de reconocimiento que garanticen la continuidad del derecho pues ellas mismas fijan lo que cuenta como derecho.

Las amenazas o el miedo a las sanciones no son suficientes para explicar la complejidad de la composición normativa de los ordenamientos jurídicos ni el cumplimiento de las reglas, pero HART no esclarece qué es lo que podría explicar que una sociedad observe un orden jurídico, con su respectiva regla de reconocimiento, y que sustenta a un déspota. Por otra parte, queda abierta la pregunta ¿por qué el déspota observa la regla o las reglas de reconocimiento? Si el soberano es un déspota absoluto ¿por qué, aunque sea de manera escueta, habría de limitar el ejercicio de su arbitraria voluntad a la observancia de una regla de reconocimiento?

Existe una fuerte sugerencia en la filosofía social sobre la importancia de atender primordialmente las condiciones de existencia de las normas más que a cómo son creadas. La idea es que para responder a la cuestión «¿por qué existe una norma x ?» uno antes debería cuestionarse «¿en qué condiciones diríamos que una norma x existe?»³¹. Tanto RAZ como HACKER sugieren que HART procura una aproximación de este tipo. En rigor; señalan, el análisis de HART no dice qué es una regla y, en cambio, procura una explicación pormenorizada de lo que significa que exista una regla como cuestión de hecho, esto es, como resultado de una práctica³². Este planteamiento metodológico sobre las condiciones de

³⁰ HART, 1994 [1961]: 58.

³¹ ULLMANN-MARGALIT, 1977: 7 – 8.

³² RAZ, 1971: 92; HACKER, 1977: 11.

existencia de las reglas sociales ha tenido un fuerte desarrollo impulsado por los modelos explicativos de las teorías de juegos en circunstancias de interacción estratégica, parte de lo cual será abordado con mayor detalle en los capítulos IV y V.

Por el momento no es necesario complejizar sobre las teorías de juegos, basta recurrir a un planteamiento propio de éstas para desarrollar una explicación relativamente sencilla, y no demasiado abstracta, acerca de las condiciones hipotéticas en las que se puede crear y desarrollar un sistema de reglas sociales entre las que se establezca y desarrolle por lo menos una regla de reconocimiento a partir de la cual se identifique la existencia de un ordenamiento jurídico.

1. 2 Comunidad, intereses y división de trabajo

El contractualismo es la herramienta conceptual por medio de la cual tradicionalmente tanto la teoría política como el derecho han tendido a explicar la conformación de realidades sociales complejas como las organizaciones políticas y los ordenamientos jurídicos. La figurada conformación de un contrato social por medio del cual un conjunto de individuos cede su libertad natural y otorga un poder a un órgano soberano de gobierno a cambio de la seguridad y la garantía de ciertos derechos, supone un modelo que explique el estado de cosas que conforma una organización política y sus reglas, incluyendo el derecho. Los planteamientos metodológicos que conforman este compromiso hipotético son idóneos para realizar experimentos mentales acerca de las condiciones en las que consideraríamos pactar el pasar a formar parte de una sociedad en algún sentido «justa», e idear parámetros de evaluación y corrección de nuestras instituciones. Sin embargo, el contractualismo resulta ser un modelo explicativo indudablemente insatisfactorio cuando se lo contrasta con la realidad de los procesos históricos de conformación de las organizaciones políticas estatales y sus respectivos ordenamientos jurídicos.

El filósofo y economista escocés SMITH fue uno de los más grandes críticos de las explicaciones alegóricas del contractualismo acerca del gobierno, elucidaciones propias de HOBBS o LOCKE. En cambio, para explicar nuestras instituciones gubernamentales proponía una disquisición realista, de carácter antropológico, que partiera del desarrollo de la humanidad en sociedad. De tal modo, SMITH señala que el gobierno inicia en lo que él

denomina «age of shepherds» o la *era del pastoreo*, que es cuando las comunidades dejan de vivir de la caza para ser nómadas. En su visión, es en este momento que la propiedad de bienes –y ya no más su mera posesión– hace necesario el surgimiento de alguna autoridad reconocida por la comunidad para preservar las propiedades de los individuos. Como es sabido, este mecanismo conlleva a la acumulación, y ciertos individuos se vuelven acaudalados y aprovechan esta cualidad para mejorar su estatus al interior de la comunidad, incluso llegando a asumir posiciones de *gobierno*³³. En este tenor, como TAMANAHA destaca, SMITH utiliza una terminología habitualmente asociada al marxismo para señalar que el derecho y el gobierno bien pueden ser considerados como una combinación de instrumentos de las élites económicas para oprimir al resto, y así preservar la inequidad en la distribución de los bienes³⁴. En tal guisa, sin embargo, SMITH recalca que el resto de la comunidad tolera en cierta medida al gobierno pues obtiene el beneficio marginal de la seguridad que proporciona el derecho en proteger cualquier propiedad, forzar el cumplimiento de los contratos y la resolución de las disputas, así como el castigo de las ofensas y heridas personales³⁵.

Esta línea de explicaciones ha retomado fuerza en tiempos contemporáneos por adecuarse más lo que históricamente conocemos. Para tales efectos, SERRANO GÓMEZ³⁶ propone una explicación que tome como referencia un principio de *interés inclusivo* desarrollado por OLSON al exponer los posibles beneficios mutuos entre un gobernante autocrático y sus súbditos³⁷. Esta explicación parte de un bandido un tanto distinto al que presenta HART; un bandido (o grupo de bandidos) que por algún motivo decide asentarse entre sus víctimas, se trata de un bandido estacionario.

El bandido expuesto por HART es consciente de que la relación que tiene con sus víctimas es episódica, motivo por el cual su comportamiento tenderá a ser más despiadado. Ningún bandido que actúe así puede esperar mandar continuamente sobre nadie. Esto último es sencillo de explicar, puesto que el bandido nómada asume que no volverá a ver a sus víctimas o, al menos, que no lo hará por un periodo considerable de tiempo. Por tanto, su

³³ SMITH, 1978: 207 – 208.

³⁴ TAMANAHA, 2017: 6

³⁵ SMITH, 1978: 338.

³⁶ SERRANO GÓMEZ, 2011: 60 – 65.

³⁷ OLSON, 1993: 567 – 568; OLSON, 2000.

razonamiento es llano: cada que asalta a una población buscará obtener el botín más grande posible sin importar la desgracia que genere entre los habitantes. Por su parte, el bandido estacionario puede ser abusivo, pero si decide asentarse entre sus víctimas y, consecuentemente, subsistir de los recursos que constantemente obtiene de las mismas, se autoimpondrá un límite respecto de su abuso. El bandido estacionario racionaliza que, si despoja a sus víctimas de toda capacidad de producción ulterior de recursos, no habrá forma mediante la cual pueda obtener más bienes por parte de ellos y, entonces, tendrá que marchar en búsqueda de nuevos medios de sustento. Para permanecer en el lugar, el bandido estacionario debe restringir su saqueo. No puede desprover a los pobladores de un mínimo de condiciones para que puedan seguir produciendo bienes. Los pobladores deben contar con alimento para tener energía para trabajar, contar con herramientas y semillas para sembrar y cosechar. Es posible suponer que les habrá de procurar un mínimo grado de descanso y bienestar físico para tales efectos. No menos importante, el bandido tendrá que procurar un mínimo de seguridad en la población, evitar que otros bandidos ataquen y mermen sus condiciones y capacidades de producción.

Debido a las condiciones de convivencia que se presentan entre el bandido y la población, se generan motivos comunes de acción estratégica, un *interés inclusivo*. La población prefiere mantener al bandido estacionario ante la real y constante amenaza que implican otros bandidos nómadas cuyos saqueos puedan resultar más nocivos. Por su parte, el bandido estacionario prefiere la comodidad de vivir de lo que la población constantemente le proporciona, limitando el tributo que exige y procurando un cierto mínimo de bienestar en la misma para mantener constante su la producción de bienes, y en cambio, no gastar energía en buscar asiduamente poblaciones a las cuales saquear, así como desentenderse de las adversidades que conlleva la vida de un bandido nómada.

El modelo de bandido-soberano presentado por AUSTIN falla por ser reduccionista, pero algún aspecto de verdad encierra. Al respecto, subraya SERRANO GÓMEZ, si se alteran las condiciones iniciales entre bandidos y pobladores, considerando especialmente los procesos de conquista y de diferenciación estratificada, el modelo del bandido y el *interés inclusivo* puede adecuarse para explicar el origen de casi todos los sistemas políticos

conocidos³⁸. En el panorama ilustrado no es difícil imaginar una gran variedad de reglas: sobre la periodicidad y tipo de bienes que involucra la tributación, sobre medidas de seguridad en el grupo para evitar que ataquen otros vecinos, y también para mantener la funcionalidad de la comunidad evitando o solventando conflictos internos que puedan surgir. El propio bandido asumirá la función de determinar qué cuenta como tributación, qué cuenta como una adecuada medida de seguridad, qué cuenta como la violación a una regla que permite mantener estabilidad al interior de la comunidad³⁹. Posiblemente también decida ahorrarse trabajo, y reconocer validez a un cúmulo de reglas con las cuales la sociedad ya operaba antes de su aparición. Igualmente se puede asumir que procurará consistencia y respeto respecto de la aplicación de las reglas para mantener las exceptivas mínimas de la población y evitar una inconformidad de tal magnitud que los pobladores busquen sabotear su posición de autoridad; por ejemplo, pactando con otros bandidos que les propongan mejores condiciones o evitar que algún poblador adquiera demasiado poder al interior de la comunidad. Ciertamente, el cumplimiento de dichas funciones solamente es posible si el bandido también obedece algunas reglas de la sociedad, en especial, aquellas que circunscriben el adecuado ejercicio de sus funciones.

Es posible vislumbrar una regla social que coordine estas expectativas mutuas, y que la misma habilite al bandido como autoridad última para determinar qué acciones son conformes o no con esa regla; evitando ser arbitrario y procurando consistencia, es decir, controlando su actuar y procurando respetar esa regla. Llegados a este punto, la autoridad del bandido no se sustenta en el miedo impuesto por simples amenazas y sanciones, su presencia en la sociedad ha adquirido otra dimensión. Incluso si es de manera precaria, la autoridad del bandido estacionario se justifica porque asiste a resolver exigencias sociales de coordinación y cooperación. Para decirlo con RAZ, su justificación se encuentra en ser una autoridad práctica⁴⁰.

³⁸ SERRANO GÓMEZ, 2011: 62.

³⁹ Cumple con una de las funciones de las reglas secundarias, particularmente de la regla de reconocimiento, de remediar la incertidumbre propia de un régimen pre-jurídico de reglas sociales primarias. HART, 1994 [1961]: 94 – 95, 251. También sustituye las deficiencias de un sistema de reglas sociales, que dependen de la presión social para su cumplimiento y recurre a sistemas informales de sanción. HACKER, 1977: 18.

⁴⁰ RAZ, 1999 [1975]: 63 – 64.

Como es de suponer, este estadio evolucionará del modo en que evolucionan las organizaciones políticas. El bandido (o grupo de bandidos) diversificará sus labores. En todo caso, es viable que algunas nuevas labores sean asumidas por distintos personajes (en caso de tratarse de un grupo de bandidos), y otras actividades sean subordinadas a un grupo de súbditos de confianza. Incluso, si se han adoptado normas que operaban con antelación, es posible que ciertas funciones fueran realizadas previamente por ciertos pobladores, y que el bandido o el grupo de bandidos decidiera que ese estado de cosas continuara, pero ahora en favor de su propio régimen. En todo caso, si se diversifican las funciones, y lo que inicialmente se vislumbraba como una precaria regla de reconocimiento comienza a asumir mayor complejidad. Esto es, la regla de reconocimiento comienza a tener una relación de superveniencia respecto de una mayor cantidad y calidad de hechos. El bandido, que ahora puede presumir cierta legitimidad y ser denominado «gobernante», ha delegado labores proveyendo que los funcionarios encargados de ellas sabrán cómo conducirse puesto que comparten un lenguaje común y comprenden sus instrucciones. Esto significa que hay más individuos facultados para introducir nuevas normas acerca de los distintos aspectos de la vida social, y habrá quien tenga competencia para resolver disputas conforme a esas normas, incluyendo disputas sobre su alcance, lo que a su vez implica más y diversas prácticas normativas que obedecen a cuestiones de distinta índole.

Frente a estas consideraciones, es claro que los ejemplos reales de déspotas benévolos son pocos en la historia, y las clases políticas en no pocas ocasiones incurren en excesos que arruinan económicamente a una sociedad o abusan de su poder generando insurrección por parte de los gobernados. En tanto no se arribe a una revolución que derroque al régimen, estos episodios de lucha política y social se traducen en sucesos sociales –varios violentos, aunque no necesariamente todos– que demandan ajustes por parte de la clase gobernante (y de las autoridades en general) por procurar un cierto grado de legitimidad⁴¹ y sostenerse en el poder. Estos ajustes también implican una adecuación de los hechos y las propiedades de las que superviene la regla de reconocimiento.

⁴¹ SERRANO GÓMEZ, 2011: 63 – 64.

La constante evolución de la regla de reconocimiento no es sorprendente. Una característica de las reglas consuetudinarias es su adaptabilidad ante el cambio constante⁴² como consecuencia de los estímulos provenientes de los distintos actores sociales. En este tenor, es posible dilucidar que la gran parte de los actores sociales participan, en mayor o menor medida, de la conformación y constante desarrollo de la regla de reconocimiento. Posiblemente HART tenía en mente una idea similar; al menos en los albores del desarrollo de su teoría. Después de todo, los ciudadanos *qua* actores políticos, son fuertes estimuladores del actuar de las autoridades. El hecho de que entre gobernantes y gobernados exista mediación normativa abre un espectro de posibilidades para la acción política⁴³ dentro del marco del derecho. Esto es, siempre existe un espacio de mediación estratégica que posibilita la modificación de la normativa vigente y la adaptación de las reglas de reconocimiento como consecuencia. Como ROSS llegó a destacar, la mayor parte de los juristas busca influenciar a los jueces al apelar al conocimiento jurídico y a consideraciones prácticas; lo que buscan es fijar interpretaciones con la esperanza de que éstas sean utilizadas en futuras decisiones judiciales⁴⁴. Pero este espacio de modificación no debe concebirse como constreñido a los grupos de interés que realicen cabildeo esperando que sus perspectivas permeen en las decisiones de las autoridades, buscando que se legisle en cierto sentido o procurando modificar los criterios de precedentes que utilizan los tribunales⁴⁵. El espacio de mediación cotidiano parte de supuestos incluso más elementales.

El ciudadano ordinario participa de la formación y la evolución de las reglas de reconocimiento por el simple motivo de formar parte del grupo social más amplio del que también forman parte las autoridades, las cuales no son totalmente insensibles a los estímulos de su entorno, incluso a pesar de la profunda desigualdad social que exista. De tal modo, por ejemplo, los cambios en la interpretación de la legislación por parte de los funcionarios y los jueces no obedecen solamente a la presión que puedan ejercer los grupos de interés, sino

⁴² RAZ, 1971: 94.

⁴³ SERRANO GÓMEZ, 2011: 67 – 68.

⁴⁴ ROSS, 2001 [1958]: 45.

⁴⁵ Los grupos de interés refieren a conjuntos de ciertas personas que cuentan con cierto poder y buscan manipular el contenido de las normas de su contexto social para procurar sus propios fines. ELLICKSON, 1991: 152. A la luz de estas consideraciones, posiblemente el grupo de interés más relevante son los juristas, que a menudo, apelando al supuesto conocimiento del derecho y a consideraciones prácticas, buscan fijar ciertas interpretaciones del derecho abrigando la esperanza de que influir en las futuras decisiones judiciales. ROSS, 2001 [1958]: 45.

también al más simple hecho de que las reglas sociales evolucionan también en la medida en que evoluciona su rango de significación, su utilidad para coordinar y solucionar cuestiones sociales. En este tenor, si el significado de las palabras evoluciona en la medida en que son útiles para que los usuarios del lenguaje se entiendan mutuamente, también las reglas sociales progresan conforme permiten a los sujetos coordinarse y solucionar los problemas que se les presentan. En respaldo de esta postura, RAZ no encuentra empacho en consentir que es posible encontrar ciertas prácticas que no fueron adoptadas por una legislatura pero que tienen características de derecho, que guían el comportamiento de los ciudadanos y a menudo afectan las decisiones de los tribunales, incluso cuando los jueces no son conscientes de ello⁴⁶.

WITTGENSTEIN sostenía: «[...] the meaning of a word is its use in the language»⁴⁷ en donde, como bien apunta ENDICOTT sostenido esta tesis, *uso* ha de ser comprendido como *utilidad*⁴⁸. Como consecuencia, si el significado de las palabras evoluciona en la medida en que son útiles para que los usuarios del lenguaje se comuniquen, las reglas sociales progresan conforme permiten a los sujetos coordinarse y solucionar los problemas que se les presentan. Con razón recalca BAYÓN, lo que hace una comprensión común suficiente en una sociedad, no son simplemente los usos lingüísticos vigentes, sino también las prácticas sociales más complejas⁴⁹. Las reglas sociales son, ante todo, significados utilizados de maneras específicas en la dinámica de la vida social.

1. 3 La relevancia de la costumbre de los jueces y los funcionarios

¿Por qué tanto énfasis en los jueces? Los argumentos que sustentan esta respuesta se han asomado con antelación en este trabajo al exponer los motivos por las cuales se privilegia la perspectiva del juez al emprender la reconstrucción sistemática del derecho. Esta visión ha sido reforzada por el propio HART quien, a decir de MARMOR, en el *Postscript* asumió una postura convencionalista acerca de la regla de reconocimiento, una norma consuetudinaria que existe en virtud de las operaciones de los tribunales⁵⁰. En efecto, HART indica: «[...] the

⁴⁶ RAZ, 1971: 86.

⁴⁷ «[...] el significado de una palabra es su uso en el lenguaje». WITTGENSTEIN, 1958: 20 [§43].

⁴⁸ ENDICOTT, 2020: 229.

⁴⁹ BAYÓN, 1996a: 59.

⁵⁰ MARMOR, 2009: 161.

rule of recognition, which is in effect a form of judicial customary rule existing only if it is accepted and practiced in the law-identifying and law-applying operations of the courts»⁵¹. No obstante, debido a lo expuesto en el apartado anterior, e incluso conforme a las propias indicaciones proporcionadas por HART, la regla de reconocimiento no es dominio exclusivo de los jueces. Por tanto, resulta ineludible procurar una explicación que permita conciliar la idea de que la existencia de la regla o las reglas de reconocimiento depende de la práctica judicial con la aserción de que otros actores también participan de la conformación de ésta; y en todo caso, especificar en qué consiste esa dependencia de la práctica judicial.

En repetidas ocasiones, a la par de los jueces, HART menciona como relevantes a los funcionarios (*officials*) en la identificación y aplicación del derecho, incluso participando de la conformación de la regla de reconocimiento. De hecho, con mayor precisión, considera a los jueces como una subclase de funcionarios⁵². El aspecto relevante se encuentra en la capacidad de identificar y aplicar el derecho conforme a las normas que componen el ordenamiento jurídico de una población. La regla de reconocimiento, siendo consuetudinaria, se despliega en la medida en que es utilizada; es decir, en cada ocasión en que se la emplea para identificar y aplicar normas jurídicas. La capacidad de identificar y aplicar normas jurídicas, incluso con la calidad de actos oficiales, no es monopolio de los jueces. En un grado más amplio, los legisladores también identifican y aplican el derecho en el ejercicio su función legislativa⁵³. Otros tantos funcionarios de la administración pública también tienen relevantes labores de identificación y aplicación en el desenvolvimiento cotidiano del derecho.

Como se ha manifestado, en el momento decisivo en que se cuenta con por lo menos una regla de reconocimiento, sin importar cuan precaria sea, la sociedad cuenta con un criterio para distinguir las normas jurídicas de las que no lo son. Esto significa también la instauración de reglas que habilitan a ciertos miembros de la sociedad para resolver disputas ante posibles desacuerdos o penumbra sobre cuáles son esas normas. Como puntualiza RAZ, una de las funciones del derecho en cada sociedad es marcar un punto en el cual la visión

⁵¹ «[...] la regla de reconocimiento, que en efecto es una forma de regla consuetudinaria judicial existente solo si es aceptada y practicada en las operaciones de los tribunales de identificar y aplicar el derecho». HART, 1994 [1961]: 256.

⁵² HART, 1994 [1961]: 26.

⁵³ KELSEN, 1982 [1960]: 350.

privada de algunos miembros influyentes de la sociedad acerca de los cursos de acción necesarios para la coordinación social cesa de ser privada y se convierte en vinculante para los demás⁵⁴. La existencia de *órganos primarios*, como los denomina RAZ⁵⁵, indica la existencia en la sociedad de una institución u organización que ostenta autoridad sobre los miembros de la sociedad, proporcionando guías de comportamiento público sin la necesidad de adentrarse en ulteriores argumentos de justificación.

La respuesta acerca de la autoría de la regla de reconocimiento no es sencilla, pero al indagar al respecto se ha podido vislumbrar que ésta consiste en la identificación de ciertos deberes que han de ser observados; y la proliferación y especificidad de deberes también sugiere una suerte de división de trabajo promovida por la regla, lo que sugiere la exigencia de que existan ciertos órganos primarios que cuenten con capacidad de creación normativa⁵⁶, y también con capacidades de identificar y hacer cumplir las normas que satisfacen los criterios de membresía establecidos por la misma regla de reconocimiento⁵⁷. Los órganos primarios por excelencia son los judiciales, que cuentan con capacidades privilegiadas de identificación y aplicación, pero también de creación normativa, por lo cual resultan indispensables para comprensión del sistema jurídico⁵⁸ y, en consecuencia, de la regla de reconocimiento. Expresa RAZ, el que las decisiones de un órgano se basen, aunque sea de modo remoto o indirecto, en un cierto grupo de normas, justifica considerarlas como componentes de un sistema normativo⁵⁹; y este es el sentido de «sistema normativo» que es determinado por el criterio de membresía que representa la regla de reconocimiento.

Es necesario precisar que, puesto que la división de trabajo y la delegación de autoridad se presentan en distintos rangos, no todos los jueces influyen con la misma

⁵⁴ RAZ, 1979: 50 – 51.

⁵⁵ RAZ, 1980 [1970]: 194.

⁵⁶ Como observación tangencial, los órganos primarios son los supremos y más directos operadores de la constitución. Por este motivo, la renombrada costumbre constitucional consiste en normas *in foro* creadas a partir de las prácticas de estos órganos en torno a la interpretación de las disposiciones constitucionales. Por tal motivo, la doctrina suele considerar que la costumbre juega un papel legítimo en la integración de la constitución para solventar lagunas, produciendo normas que son consideradas con rango constitucional. GUASTINI, 2001b: 242.

⁵⁷ En línea similar, en la primera versión de su teoría, KELSEN llega a señalar que un ordenamiento llega a recibir propiamente el nombre de «Estado» sólo una vez que ha creado órganos cuyas actuaciones de creación y ejecución de las normas que lo conforman se realice de acuerdo con criterios de funcionamiento inspirados en la división de trabajo. KELSEN, 2011 [1934]: 120.

⁵⁸ RAZ, 1979: 108.

⁵⁹ RAZ, 1980 [1970]: 194.

intensidad en la convención de identificar y aplicar la regla de reconocimiento. Es decir, la manifestación y desenvolvimiento de la regla se presenta con mayor intensidad en la actividad de los altos tribunales que pueden derrocar determinaciones de tribunales de rango inferior e incluso establecer estándares decisorios. Por tal motivo, solamente los altos tribunales son –con propiedad– órganos primarios⁶⁰, y llevan la batuta en la identificación y aplicación de la regla o reglas de reconocimiento.

1. 4 Entre deberes y competencias en la identificación del derecho

Retornando a las bases, HART especifica que los sistemas primitivos se caracterizan por componerse solamente de normas de conducta. El paso hacia un sistema jurídico, la génesis de un ordenamiento jurídico complejo, se da cuando aparecen las reglas secundarias; en particular, una regla de reconocimiento. Las reglas de adjudicación y las reglas de cambio presuponen la existencia de autoridades identifiquen y apliquen las reglas existentes, así como el hecho de que haya autoridades que modifiquen el cúmulo de reglas del sistema. Estas reglas, entonces, presuponen la creación de normas de competencia para ejecutar distintas labores relacionadas con la introducción, modificación, identificación y aplicación de normas jurídicas. Sin embargo, no queda claro qué función en lo específico cumple una regla de reconocimiento si, en apariencia, las reglas de cambio y adjudicación ya agotan las funciones relevantes de lo que se puede hacer respecto de las normas, esto es, aplicarlas y modificarlas.

RAZ considera que una regla de reconocimiento no puede ser considerada una norma de competencia, pues esto sería confundirla con las reglas de adjudicación y de cambio. Por consiguiente, señala, la regla debe ser interpretada como una norma que impone deberes. Una regla de reconocimiento impone una obligación a los oficiales de aplicar sólo las normas que satisfacen cierto criterio de validez especificado por la regla, cuyos criterios incluyen indicaciones acerca de cómo se han de resolver los conflictos entre las normas del ordenamiento⁶¹. En principio esto sería correcto, pues intuitivamente la función de juez parece implicar la obligación juzgar conforme a normas jurídicas, la del legislador es crear leyes y disposiciones de acuerdo con los formalismos previstos por las normas específicas

⁶⁰ RAZ, 1980 [1970]: 196 – 198.

⁶¹ RAZ, 1971: 93.

del orden. En los dos supuestos, la obligación, en principio, proviene de una regla de reconocimiento. Pero la validez última de las normas que deben aplicar o atender al legislar es identificable también conforme a una regla de reconocimiento. Entonces, parece que ya hay más de una regla de reconocimiento: una que puede ser enunciada como «obligatorio actuar conforme a las normas válidas» y «obligatorio considerar las normas N como válidas». Pero esto no es del todo satisfactorio, no sólo porque podrían enunciarse una gran cantidad de normas fundamentales que nunca lograrían capturar con consistencia las obligaciones de los funcionarios al aplicar y crear normas conforme a otras normas válidas, sino porque, si se concibe a las reglas de reconocimiento meramente como normas que imponen deberes, *vgr.*, normas de conducta, entonces, por definición, no son reglas secundarias, sino normas primarias.

La calidad de ser *reglas secundarias* parece cercanamente asociada a la noción de competencias para ejecutar funciones específicas. En una sociedad primitiva, las funciones de gobierno no se encuentran nítidamente delimitadas, así como tampoco está bien definido quién tiene competencia para ejercerlas. En donde se encuentra algo como una regla de reconocimiento, podemos afirmar que es posible identificar competencias relacionadas a funciones específicas, y las competencias se definen por facultades de acción, pero también por deberes que circunscriben su ejercicio. Pero, para saber cuáles son las normas que dan lugar a las facultades y deberes de una determinada función de gobierno, es necesario identificar las normas que establecen esas permisiones y obligaciones. Entonces, una regla de reconocimiento parece tener, en principio, por lo menos dos cualidades: impone una obligación de actuar conforme a normas validadas conforme a ésta, pero también define las funciones de gobierno específicas, entre las cuales una es otorgar capacidad privilegiada a ciertos funcionarios para identificar las normas válidas conforme a la propia regla. Entonces, de manera preliminar, es posible afirmar que la regla de reconocimiento no sería puramente una regla que impone deberes, también otorga un poder privilegiado en la identificación de la normativa válida⁶² y, al hacer esto, define funciones específicas. Este análisis será retomado y pormenorizado en los siguientes apartados.

⁶² En este sentido, BURAZIN y RATTI proponen concebir a la regla de reconocimiento como una norma para identificar las fuentes del derecho, a partir de las cuales, jueces y funcionarios identificarían normas concretas por aplicar. Mediante el uso de la distinción filosófica entre tipo y casos; o *type* y *token* respectivamente,

2. La complejidad de la(s) regla(s) de reconocimiento.

En la teoría imperativa de AUSTIN, la obediencia habitual a los mandatos de un soberano es condición suficiente para la existencia de un orden jurídico y el fundamento de su unidad. Para HART, estas funciones son desplazadas por la regla de reconocimiento. Esto es, la regla de reconocimiento, al permitir identificar a las reglas primarias, es el fundamento de existencia de un orden jurídico no primitivo y, como consecuencia, proporciona una respuesta a acerca de la identidad y unidad del orden⁶³.

Pese a su relevancia, es innegable que la dilucidación de la regla de reconocimiento es altamente imprecisa. Este no sería un problema exclusivo de la regla de reconocimiento sino, en general, de las normas, especialmente de las reglas sociales, como señala HACKER, «[s]ince rules are not ‘real entities’, the notion of using a rule is opaque»⁶⁴. Sumado a esto, la multiplicidad de circunstancias y órganos respecto de los cuales es posible referir la identificación y aplicación de la regla de reconocimiento como criterio último de membresía del resto de las normas del ordenamiento, genera dudas sobre la posibilidad de que se trate solamente de *una* regla de reconocimiento. Esta interrogante es consistente con lo que se ha venido exponiendo y es respaldado por HACKER quien, además, agrega que debido a la diversidad de cuestiones jurídicas que pueden concernir a la multiplicidad de órganos judiciales y cuasi judiciales, no existe motivo para pensar que no deba haber más de una regla

proponen concebir a las fuentes como casos o *type*, hechos sociales, a partir de los cuales jueces y funcionarios pueden, conforme a la regla de reconocimiento, identificar normas específicas para ser aplicadas. Los autores, sin embargo, consideran que las fuentes no pueden ser consideradas como normas, sólo los *tokens* pueden constituir normas. No obstante, no se encuentra un argumento contundente para asumir esta imposibilidad. Los autores simplemente consideran que es importante mantener la distinción porque, si una regla de reconocimiento fuera tan específica como para incluir cánones específicos de validez, ésta no podría dar cuenta de los desacuerdos acerca del fundamento último de validez del derecho. BURAZIN & RATTI, 2018. Aunque su preocupación es sensata, con ROSS como respaldo, considero que la distinción entre fuentes y normas no es ontológicamente nítida, ambas refieren a conceptos o ideas que guían la conducta. En este sentido, las fuentes pueden ser entendidas como normas más abstractas e indeterminadas (ROSS las considera productos menos refinados o semi-trabajados), a partir de las cuales jueces y funcionarios interpretan e identifican normas más concretas (*token*). ROSS, A., 2001 [1958]: 73 – 74. Una noción similar se encuentra en la caracterización de KELSEN de las normas como «marco de explicitación conceptual» y la sentencia como una norma individualizada al caso concreto. KELSEN, 1982 [1960]: 17, 238 – 239. Esta distinción permite mantener consistencia con las explicaciones referentes a las normas consuetudinarias que, en general, son normas más abstractas e indeterminadas en comparación con las que son resultado de actos de promulgación. Así, es posible concebir a la regla de reconocimiento como una norma consuetudinaria, muy abstracta, que exige a jueces y funcionarios concretar la aplicación de normas o fuentes que ella misma identifica.

⁶³ HART, 1994 [1962]: 111.

⁶⁴ «[p]uesto que las reglas no son ‘entidades reales’, la noción de usar una regla es opaca». HACKER, 1977: 16.

de reconocimiento dirigida a los distintos órganos, con diferentes contenidos, aunque similares en forma⁶⁵. RAZ también sostiene la tesis que postula la posibilidad de que un ordenamiento jurídico cuente con más de una regla de reconocimiento, y expone que en todo orden jurídico en el que la costumbre o el precedente sean fuentes del derecho, sin ser previstas por ninguna norma promulgada, el criterio de validez o fundamentación de las normas provenientes de la costumbre o el precedente está determinado por reglas de reconocimiento que imponen obligaciones a los jueces de aplicar tales normas. Como sugiere, nada impide concebir que exista una regla de reconocimiento relacionada con cada fuente del derecho, a la par de otras reglas de regla de reconocimiento que proporcionen métodos para resolver conflictos entre normas de diferentes fuentes⁶⁶. Finalmente, no está demás señalar que posiblemente el propio HART respaldaba esta tesis pues, en diversos puntos de *The Concept of Law*, refiere en plural a «reglas de reconocimiento»⁶⁷.

La existencia de una única regla de reconocimiento no parece factible debido a la multiplicidad y a la complejidad de circunstancias y condiciones frente a las que crean estándares para identificar normas en los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Esto significa que, en cambio, existe un conjunto de reglas de reconocimiento. De forma preliminar e intuitiva, esto no implica la imposibilidad de sustentar que existan elementos para sostener la unidad e identidad del ordenamiento. Después de todo, en última instancia, debe haber algún criterio que permita diferenciar entre las normas jurídicas que forman parte de los sistemas del ordenamiento jurídico mexicano y las normas de los sistemas del ordenamiento jurídico guatemalteco, a pesar de que ambas naciones sean vecinas, compartan muchos aspectos culturales e históricos en común, y el contenido de varias de las disposiciones de sus ordenamientos sea muy similar en contenido.

Pero, si estamos dispuestos a sostener que las reglas de reconocimiento proporcionan unidad e identidad al ordenamiento jurídico, es importante esclarecer con antelación en qué calidad lo hacen, si son meramente criterios conceptuales para identificar normas de conducta, o se trata de normas que imponen deberes. En lo que sigue, se expondrá que este embrollo posiblemente puede encontrar una solución si se consideran: a) la compleja

⁶⁵ HACKER, 1977: 24.

⁶⁶ RAZ, 1971: 95 – 96.

⁶⁷ HART, 1994 [1961]: 95 – 98, 102 – 104, 155, 170, 227, 249.

naturaleza consuetudinaria de las reglas de reconocimiento y, b) que las reglas de reconocimiento son las normas fundamentales para la conformación de los ordenamientos jurídicos no primitivos, pero cronológicamente, no son las primeras normas, lo cual tiene consecuencias sobre elucidación de la obligación de los jueces de decidir conforme a las normas del ordenamiento jurídico. Una vez dilucidadas estas interrogantes, en el último apartado será posible exponer en qué sentido las reglas de reconocimiento proporcionan unidad e identidad a los ordenamientos jurídicos.

2. 1 Prácticas normativamente definidas

Conforme a lo que se ha expuesto, y como es supuesto, todo orden jurídico parte de un sistema normativo originario en su base; esto es, un conjunto de normas independientes a partir de las cuales es posible derivar diversas normas para la conformación de ulteriores sistemas jurídicos pertenecientes a éste⁶⁸.

No es posible explicar la composición del sistema originario mediante criterios de legalidad, y considerando la cantidad indeterminada de normas independientes de las que se puede componer, es preferible identificar a las normas independientes por un criterio no sistemático que les proporcione unidad. En un plano teórico, en principio, englobar a estas normas en la categoría sintética de *regla de reconocimiento* es lo que les proporciona ese criterio o propiedad no sistemática. En esta línea, parece adecuado comprender a la regla de reconocimiento como una *definición* o *regla conceptual*⁶⁹; es decir, como un instrumento teórico útil para los efectos de la identificación del derecho, que cumple una *función* diversa a la de las normas que forman parte de los ulteriores sistemas jurídicos que, en principio, serían –conforme a la terminología de BULYGIN– normas de conducta⁷⁰, y cuya labor es regir el comportamiento. Dicha distinción se antoja similar a la trazada por SEARLE entre las reglas regulativas y las reglas constitutivas, en donde las primeras regulan las formas de comportamiento de los sujetos (es decir, son normas de conducta), mientras que las segundas no meramente regulan, sino que crean o definen nuevas formas de comportamiento; por

⁶⁸ CARACCILO, 1988: 68, MORESO & NAVARRO, 2003: 80.

⁶⁹ La noción de regla conceptual me parece desafortunada por referir a un pleonismo, puesto que las reglas son tipos de conceptos. Por tal motivo, considero que sería más apropiado entenderlas como reglas definicionales. No obstante, mantendré la etiqueta propuesta por BULYGIN para evitar confusiones.

⁷⁰ BULYGIN, 1976: 387.

ejemplo, las reglas del fútbol o del ajedrez no meramente regulan jugar fútbol o ajedrez, sino que crean la posibilidad misma de jugarlos, los definen⁷¹. En este caso, la regla de reconocimiento es lo que permite identificar aquello en lo que consiste *un* derecho, un ordenamiento en lo particular, como «el derecho mexicano». En este subapartado se buscará mostrar que, en tanto normas consuetudinarias, las reglas de reconocimiento pueden cumplir dos funciones, esto es, ser tanto constitutivas como regulativas, ayudar a identificar el derecho vigente y, a su vez, imponer deberes.

En gran medida, identificar la práctica del derecho –de modo ostensivo– no es otra cosa que identificar al derecho mismo; esto es, sus reglas y su operatividad. De igual modo, identificar la práctica del fútbol o del ajedrez no es otra cosa que identificar lo que es el hecho de jugar fútbol y el hecho de jugar una partida de ajedrez. Ciertamente es posible que una persona nunca haya visto a alguien jugar fútbol o una partida de ajedrez, pero que de igual manera tenga una noción bastante atinada de lo que es el fútbol o el ajedrez. Esta persona puede hacerse de una idea de lo que es el fútbol o el ajedrez conociendo qué prácticas constituyen jugar fútbol o ajedrez, lo cual puede saber mediante relatos escritos u orales. El relato de estas prácticas, de sus comportamientos, insinuará la presencia de indicios de normatividad, de acciones pautadas: «el fútbol se juega conduciendo un balón con los pies, no con las manos», «el ajedrez se juega sobre un tablero compuesto de 64 escaques de colores binarios intercalados», esto es, para practicar fútbol *debes* conducir un balón exclusivamente con los pies, para jugar ajedrez *debes* hacerlo sobre un tablero de 64 escaques de colores binarios intercalados.

Paralelamente, tanto en el fútbol como en el ajedrez –así como en el derecho– hay reglas definicionales y constitutivas que establecen parámetros normativos para la realización de dichas prácticas. En el fútbol hay una regla que define lo que es un portero o guardameta como el único jugador de cada uno de los equipos que puede intervenir el balón con la mano, siempre y cuando lo haga dentro de un perímetro delimitado, como consecuencia, existe la regla que permite al guardameta agarrar el balón con la mano en ese perímetro y también la regla que le prohíbe intervenir el balón fuera de éste. Igualmente, la regla definicional del

⁷¹ SEARLE, 2011 [1969]: 33.

fuera de juego tiene importantes implicaciones en el desarrollo de una partida solemne⁷². En términos de SEARLE, dicha regla impone una *función de estatus*⁷³ a ciertos sucesos; como muestra, la regla que señala que habrá de ser invalidada toda jugada realizada por un jugador que se encuentre en posición de *fuera de juego*. Entonces, el conjunto de todas las reglas de comportamiento y definiciones más básicas que componen el fútbol son el núcleo del fútbol mismo, y forman parte de sus reglas de reconocimiento en la medida en que la sociedad y los partícipes del juego colectivamente las aceptan o reconocen como tales⁷⁴, reprochando o ignorando que sea fútbol aquello que no se adecue a esos parámetros. Es decir, ese conjunto de reglas, en la medida en que son efectivamente reconocidas como tal, cumplen la función práctica de identificar y discernir lo que es fútbol de otra práctica deportiva o lúdica.

Si en buena medida el derecho consiste en la práctica de identificar que la ejecución de ciertas reglas –tanto definicionales como comportamentales– cuenta como derecho, esto también implica asumir la existencia de criterios de exclusividad; esto es, que se trata de normas distintas a las de otras instituciones normativas como lo serían las universidades, las religiones o los clubes privados. Una regla de reconocimiento adquiere su significado específico, y se constituye como *término teórico*⁷⁵, especialmente por la práctica de los órganos primarios de reconocer a ciertas reglas comportamentales y definicionales como esenciales a la práctica misma del derecho de *su ordenamiento*⁷⁶; esto es, porque la *utilizan*. Como se observa, una regla de reconocimiento atiende al *criterio de eficacia*, con lo cual no sólo sabemos que se trata de un ordenamiento jurídico realmente existente, sino también delimitado por la población que observa y pone en práctica esas reglas de reconocimiento.

⁷² Utilizo la frase solemne para realizar una partida de fútbol que se pretende atiende a ciertas formalidades que posiblemente una partida esporádica desatiende sin mayor problema, entre ellas, por ejemplo, poner en vigor la regla del fuera de juego, la cual en muy rara ocasión se implementa en partidas informales.

⁷³ SEARLE, 1995: 41.

⁷⁴ Esto se refiere a la noción de SEARLE de *intencionalidad colectiva*. Se trata de un término técnico que indica imponer funciones a fenómenos donde éstas no podrían ser realizadas meramente en virtud de aspectos físicos o químicos, sino que requiere de formas específicas de cooperación humana continuada que se reflejan en el reconocimiento, aceptación o admisión de que a un objeto o estado de cosas se le ha asignado una función. SEARLE, 1995: 6 – 7, 41. Esto es posible en la medida de que los agentes cuentan con la capacidad de representar para sí mismos que ese objeto o estado de cosas cuenta con esa función. SEARLE, 1999: 154.

⁷⁵ NINO, 1983: 93.

⁷⁶ En esta línea, RAZ señala que ninguna teoría jurídica exitosa se encuentra exenta de ser en cierto grado parroquial, puesto que aunque todo teórico del derecho busca resaltar aspectos esenciales y universales del derecho, dar cuenta del punto de vista interno, atendiendo las prácticas interpretativas de los funcionarios para identificar el derecho de su comunidad, inevitablemente exhorta al teórico a resaltar con mayor énfasis ciertos aspectos de entre las muchas características esenciales que componen al derecho. RAZ, 2009: 92 – 98.

Pero conviene tener cautela y que el uso ordinario del lenguaje no nos engañe. No refiere a una única práctica como algo ajeno a las reglas. La práctica de reconocimiento de esas reglas comportamentales y definicionales se verifica en la propia utilización de éstas. Es decir, en tanto regla consuetudinaria, la composición y modificación de una regla se encarna en la práctica que la misma constituye. Es el uso de las reglas de reconocimiento, ponerlas en marcha, ejecutarlas, realizarlas y hacerlas cumplir, lo que determinará el desarrollo de los sistemas que componen el ordenamiento, por ende, proporcionando *identidad* al mismo.

Un aspecto significativo por atender de lo anteriormente afirmado se encuentra en discernir entre reglas definicionales y comportamentales o, si se prefiere, regulativas y constitutivas. Lo expuesto implica que ciertas reglas pueden ser interpretadas como siendo regulativas y constitutivas al mismo tiempo. Para BULYGIN esto no es posible, y considera que los dos tipos de reglas se excluyen mutuamente. Por su parte, SEARLE no considera que sea pertinente establecer una distinción tajante puesto que algunas reglas no sólo regulan una actividad, sino que también crean la posibilidad misma de realizar otras actividades. Por ejemplo, las reglas son constitutivas del ajedrez en el sentido de que jugar ajedrez se constituyen en parte de actuar en concordancia con esas reglas⁷⁷. No siendo excluyentes, es preferible comprender la distinción como una referente a las *funciones* que cumplen las reglas, donde algunas desempeñan puramente una función regulativa o constitutiva, pero otras pueden ser interpretadas como cumpliendo ambas funciones. Entre asumir una u otra postura existen diversas consecuencias para una teoría jurídica.

BULYGIN no niega la relevancia de una regla de reconocimiento, en particular cuando se la concibe como una regla de identificación que funciona como criterio de unidad de un orden jurídico⁷⁸ pero que, no obstante, considera que es meta-sistemática, pues no pertenece a ninguno de los sistemas del ordenamiento⁷⁹. La regla de identificación tendría la virtud de especificar alguna o algunas características para determinar de manera concluyente que una norma específica es parte del conjunto. Pero la regla de identificación no tendría carácter normativo. Esto es, se trata de una regla definicional utilizada preferentemente por los operadores primarios para identificar el derecho, pero la misma no figura obligación alguna

⁷⁷ SEARLE, 1995: 27 – 28. Véase también, KLATT, 2017: 164 – 170-

⁷⁸ BULYGIN, 1991: 268.

⁷⁹ CARACCILO, 1991: 298.

pues carece de contenido normativo⁸⁰. En esta línea de ideas; sostiene BULYGIN, la regla de reconocimiento o regla de identificación no prescribe ningún deber a los jueces u órganos primarios, esto es, no puede ser regulativa. La existencia de dicha obligación es contingente, pero, cuando existe, no surge de la regla de reconocimiento sino de una norma específica del sistema que es identificada mediante la primera⁸¹.

La tesis de BULYGIN sugiere comprender a la regla de reconocimiento exclusivamente como una norma constitutiva, es decir, como una regla que define los sucesos que cuentan como derecho en un cierto contexto social. En este tenor, propone también una vía expedita para desentenderse de la interrogante acerca la naturaleza de la obligación jurídica de los jueces y los funcionarios de identificar y aplicar el derecho. No obstante, esta propuesta no se encuentra exenta de perplejidades. Por un lado, adopta sin mayor problema una de las características de lo que es una norma consuetudinaria, convergencia constante en la ejecución de un tipo de comportamiento por parte de un subgrupo social: los jueces u órganos primarios que coinciden en utilizar la regla de reconocimiento para identificar el derecho. Por otro lado, en un principio erradica el elemento normativo de las normas consuetudinarias. Si no hay presión social, reproche o consecuencia para quien transgreda la conducta, entonces tampoco existe la exigibilidad de un actuar justificado. Entonces, la regla de identificación, en rigor, no sería una regla social o consuetudinaria, es un concepto o criterio que habitualmente es utilizado por los órganos primarios para identificar el derecho de una sociedad, en suma, meramente una razón generalmente aceptada⁸², pero no más. Únicamente en el caso de que una norma del sistema exigiera tal conducta haría posible decir que ya no se trata de un mero hábito sino del cumplimiento de una norma. Pero esto sigue sin ser una explicación satisfactoria. ¿Por qué los órganos primarios constriñen su actuar a una norma del sistema si nada los obliga?

La réplica más notoria a la tesis de BULYGIN ha sido desarrollada por RUIZ MANERO, y su principal eje argumentativo ha consistido en arrojar luz sobre la imposibilidad de dicha postura para otorgar una respuesta satisfactoria al cuestionamiento que se ha planteado. RUIZ MANERO considera que despojar de cualquier tinte normativo o de obligatoriedad a la regla

⁸⁰ BULYGIN & MENDONCA, 2005: 51 – 52.

⁸¹ BULYGIN, 1976: 384.

⁸² RAZ, 1999 [1975]: 56; MARMOR: 2009: 27.

de reconocimiento, de presentarla como una mera regla definicional y negar que tenga carácter comportamental, impide dar cuenta del deber jurídico de los jueces de aplicar las normas del ordenamiento. Ante el cuestionamiento que realiza un juez sobre porqué debe aplicar una norma; señala, sólo existen dos posibilidades: el deber surge de una norma moral o bien de una norma jurídica. Una vez que se descarta el primer cuerno del dilema, el razonamiento continúa, si el deber proviene de una norma jurídica, ésta es derivada o bien es última⁸³. En este orden ideas, por ende, el deber de aplicar la regla de reconocimiento no puede provenir de otra norma en el ordenamiento, pues entonces no se trataría de una norma independiente sino derivada. Por ende, la regla de reconocimiento ha de ser comprendida como una regla última que impone el deber a los jueces de aplicar las normas del ordenamiento jurídico. En cuyo caso, si posteriormente en una legislación secundaria se establece la obligación de los jueces de aplicar las normas del ordenamiento, esto bien puede ser comprendido como una iteración normativa (algo nada inusual en el desarrollo de los ordenamientos jurídicos) cuya finalidad es la de hacer explícito lo que hasta entonces era solamente un entendimiento común, puesto que las reglas de reconocimiento que imponen esos deberes a los jueces son consuetudinarias.

En su respuesta, BULYGIN aduce que presentar a la regla de reconocimiento como una norma jurídica última que impone obligaciones no resulta una solución satisfactoria, puesto que siempre es posible indagar por el fundamento de las normas. En términos coloquiales, ante una norma última «¿por qué no seguir preguntando?»⁸⁴. Además, agrega, aceptar la idea de una regla de reconocimiento como una norma de conducta última priva de la posibilidad de determinar quiénes son los jueces, puesto que cualquier persona normal identifica a los jueces mediante normas jurídicas⁸⁵. Por otra parte, tal postura orilla a la circularidad pues, para determinar quiénes son los jueces es necesario identificar la regla de reconocimiento, pero para saber cuál es la regla de reconocimiento es imperioso saber quiénes son los jueces⁸⁶.

Con respaldo en algunas tesis de MACCORMICK, RUIZ MANERO busca revindicar la exposición original de HART que presenta de la regla de reconocimiento como una regla

⁸³ RUIZ MANERO, 1990: 141.

⁸⁴ BULYGIN, 1991: 273.

⁸⁵ BULYGIN, 1991: 275.

⁸⁶ BULYGIN, 1991: 277.

social⁸⁷, y con esto otorgar respuesta a las objeciones de BULYGIN. Como consecuencia, para romper con la circularidad, RUIZ MANERO plantea que las reglas de reconocimiento involucran reglas sociales aceptadas que confieren poder jurisdiccional e imponen deberes respecto del ejercicio de dicho poder⁸⁸. Esto remite a una idea anteriormente plasmada, y es que la propia regla de reconocimiento instituye una división de trabajo⁸⁹ que se vislumbra en la medida en que las reglas se desenvuelven y expanden. Esta tesis parece ser respaldada por MACCORMICK y RUIZ MANERO quienes plantean el ejemplo de una aldea en la que los ancianos desempeñan la función judicial en virtud de reglas sociales que confieren poderes⁹⁰ de dictar determinaciones de carácter obligatorio, así como deberes en torno al ejercicio de ese poder⁹¹. La respuesta no descarta que varios de los criterios mediante los cuales puedan identificarse los jueces lleguen a ser afianzados por normas escritas de carácter promulgado, pero esto es contingente. El aspecto relevante, como RUIZ MANERO destaca, es que se trata de una regla de reconocimiento última que es aceptada por los miembros de la judicatura y que proporciona el criterio de las normas válidas que derivan de ella, funcionando como criterio teórico general de los sistemas jurídicos a partir del cual es posible identificar a los jueces sin la necesidad recurrir a ulteriores normas que presupongan la previa identificación de dichos integrantes⁹².

Las reglas de reconocimiento cumplirían entonces una función mixta, siendo constitutivas y regulativas, o definicionales y comportamentales, dependiendo de cómo se la observe. Las reglas de reconocimiento cumplen con la función de permitir identificar el derecho vigente en una sociedad, a la vez que hacen vinculante la observancia de sus reglas⁹³.

⁸⁷ RUIZ MANERO, 1990: 132 – 133.

⁸⁸ RUIZ MANERO, 1991: 291.

⁸⁹ KELSEN, 2011 [1934]: 120. En forma similar, SÁNCHEZ BRIGIDO considera que el problema de la circularidad acerca del supuesto deber que impone la regla de reconocimiento (*¿en dónde descansa dicho deber?*), puede ser superado tomando en consideración una teoría institucional sobre las intenciones superpuestas de los diversos agentes de realizar su funciones, en este caso, la de ser jueces. Así, en amplios términos, la regla se produce porque todos tienen la intención de realizar su función de jueces, verifican que los demás tienen las mismas intenciones de cumplir dicha función y, además, consideran relevante su función para la comunidad. SÁNCHEZ BRÍGIDO, 2010: Capítulo XIX.

⁹⁰ El aspecto en el que difiere la postura de RUIZ MANERO de la tesis de MACCORMICK es que este último no enfatiza que la regla confiera poderes, sino exclusivamente deberes. MACCORMICK, 2008 [1981]: 143.

⁹¹ RUIZ MANERO, 1990: 133.

⁹² RUIZ MANERO, 1991: 291.

⁹³ Como resalta CANALE, una regla de reconocimiento funciona para explicar la práctica social que consiste en identificar el derecho por parte de los juristas y funcionarios; pero también, tal norma cumple una función normativa para quien participa de la práctica. CANALE, 2019: 63.

En este orden de ideas; para atender a la crítica de BULYGIN, esto no significaría que las normas constitutivas y regulativas sean mutuamente excluyentes, sino que la norma es *una*, y puede cumplir una función o ambas. En todo caso, BULYGIN no ofrece argumentos para señalar que una norma no pueda ser utilizada tanto como patrón de identificación, así como una guía de conducta. Para decirlo con REDONDO:

«[...] nada hay en la naturaleza de las normas que establecen condiciones o límites al ejercicio de la competencia (inclusive de la competencia suprema) que indique que tales límites deban ser entendidos solo como condiciones constitutivas de la existencia/validez de los resultados previstos por las mismas normas y no, también, como el contenido de un deber, independientemente de dichos resultados»⁹⁴.

Esta solución, además, otorga respuesta a un frente no atendido por el propio BULYGIN, quien señala que la regla de reconocimiento o regla de identificación es una regla definicional, pero nada dice acerca de su surgimiento. No parece existir otra vía de respuesta más que, si esta regla existe es porque es utilizada y en la medida en que es utilizada; lo que implica que guía el comportamiento de sus usuarios; y si logra guiar el comportamiento, no podemos decir que lo hace accidentalmente, *algo* ha de acompañar a la regla que justifique su uso. En este sentido, REDONDO señala: «[u]na regla constitutiva equivale a la existencia de una realidad social efectiva si, y sólo si, es una regla social o consuetudinaria»⁹⁵.

BULYGIN reconoce que el no uso o mal empleo de una regla definicional pueda dar lugar a reacciones críticas, aunque de una naturaleza distinta que las que provoca el incumplimiento de una norma de conducta. En particular, señala, lo que se reprocha al mal uso o no uso de una regla conceptual es ignorancia, no desobediencia⁹⁶. Sin embargo, la naturaleza del reproche, sanción o estigma que acarrea el desvío de las normas es conceptualmente independiente de éstas, y no es relevante para hablar de sistemas normativos, pues las normas bien podrían acarrear distintos tipos de consecuencias ante la conducta no conforme. Igualmente, aparejar el concepto de norma con el de la sanción como una característica definitoria equivaldría a reiterar dilemas similares que HART exhibió

⁹⁴ REDONDO, 2017: 25.

⁹⁵ REDONDO, 2017: 31.

⁹⁶ BULYGIN, 1991: 269.

respecto de las teorías imperativas, puesto que todas las normas serían de naturaleza imperativa. En este sentido, es importante también puntualizar que los sistemas normativos como los jurídicos suelen involucrar distintas reglas conceptuales y definicionales, cumpliendo funciones puras o mixtas, en donde no todas las reglas implican sanciones propiamente dichas. Es decir, desobedecer reglas no necesariamente implica actos coactivos por parte de la autoridad. Por ejemplo, en el fútbol, un jugador que desee que su tanto cuente en el marcador deberá evitar hacerlo en fuera de juego, y solamente podrá hacerlo si sabe en qué consiste el fuera de juego; si desatiende la regla no será sancionado, pero no podrá cumplir con el objeto de hacer que su tanto suba al marcador.

En el caso del derecho, la sanción punitiva ha sido presentada como el arquetipo de consecuencia de no acatamiento de normas, pero no todas las normas jurídicas necesariamente conllevan este tipo de resultado, más aún, varias normas son de tipo definicional y la consecuencia de no atenderlas es la nulidad del acto jurídico –similar al fuera de juego. Entonces, lo que caracteriza a las reglas es el contenido de un *deber* (o una *permisión*), un carácter deóntico que justifica su uso ante determinadas circunstancias. Sin lugar a duda, es posible coincidir en que la naturaleza de los deberes que acarrear diversas normas es distinta. Por ejemplo, las normas del orden público imponen deberes de observancia generalizada; la norma que prohíbe robar impone la obligación a todo ciudadano de abstenerse de apropiarse de lo ajeno todo el tiempo. Por su parte, la norma que exige presentar dos testigos ante un juez de lo civil impone una obligación que se actualiza para quienes deseen contraer matrimonio, y que de no cumplir con esa exigencia no lograrán su cometido o, de lograrlo en principio, será susceptible de nulidad⁹⁷. Lo que no es sensato negar

⁹⁷ En este sentido, las normas sobre la realización del matrimonio pueden ser concebidas como normas técnicas o, como SCHAUER propone, normas *indicativas* o *instrucciones*. En la caracterización de VON WRIGHT, las normas técnicas determinan los medios para lograr un cierto fin, pero no habría que confundirlas con las normas prescriptivas [VON WRIGHT, 1979 [1963]: 9 – 10]. Por su parte, en la caracterización de SCHAUER, las normas indicativas también determinarían los medios para lograr un fin, pero también serían un subtipo de normas prescriptivas, pues imponen un deber de observar ciertos medios para quien desee alcanzar un cierto fin. Entre ambas caracterizaciones, como apunta PEROT, la distinción no descansa sino en la diversa manera en que cada autor define «prescriptivo». Para VON WRIGHT, el hecho de que realización de las conductas previstas por las normas técnicas (o las indicativas) estén supeditadas a la voluntad del agente, las excluye de su definición de lo que es «prescriptivo». [PEROT, 2003: 214 – 215]. Como es posible constatar, por su parte, SCHAUER considera que no resulta conveniente operar con una definición tan estricta de «prescripción», puesto que incluso la distinción entre conducta optativa y no optativa no es tan nítida, lo cual es constatable de acuerdo con la formulación normativa que efectuemos; por ejemplo, «prohibido estacionarse» o «si no desea obtener una multa, no se estacione en este sitio» [SCHAUER, 1991: 3 – 4].

es que tanto la norma que prohíbe el robo como la norma que exige presentar testigos para depositarse son normas jurídicas, puesto que las dos atienden a criterios de pertenencia comunes a un mismo ordenamiento jurídico.

2. 2 Hechos complejos, normas complejas

Recordando, VON WRIGHT recalca que las costumbres, cuando son normativas, en el sentido de influenciar con presión sobre la conducta de los sujetos, tienen la peculiaridad de funcionar como las normas de conducta, cuales prescripciones en sentido estricto, pero también como definiciones o reglas conceptuales, pues *determinan* o definen, formas de vida características dentro de una cierta comunidad, de modo que quienes no las atienden son vistos como «extraños» al grupo⁹⁸. Esto es, una norma consuetudinaria al mismo tiempo que define un canon o estándar conlleva el deber (o facultad) de atenderlo. Por ende, las normas consuetudinarias engloban la calidad de ser normas definicionales y normas de conducta.

Cuando señalo que las normas consuetudinarias engloban las dos calidades, esto implica que son normas complejas. Una regla de reconocimiento superviene a una pluralidad de hechos con existencia previa y, a la vez, instituye otros nuevos. HART considera que la creación de una regla de reconocimiento supone el paso de un orden primitivo a un orden jurídico contemporáneo o estructurado. El orden primitivo es totalmente consuetudinario y únicamente contiene normas de conducta, sin tener definidas las funciones relativas a su aplicación, modificación e identificación. La ausencia de instancias que cumplan con estas funciones acarrea los defectos fatales de los ordenamientos primitivos: incertidumbre, anquilosamiento e ineficiencia⁹⁹. En el instante en que se poseen criterios e instancias definidas para identificar de manera concluyente las normas de conducta y las instancias que las definen, se cuenta con reglas de reconocimiento, y se ha pasado de un orden primitivo a uno estructurado o moderno.

En perspectiva diacrónica, el orden primitivo o pre-jurídico supone que hay normas cuya existencia antecede a toda regla de reconocimiento, pero que pasarán a formar parte de

⁹⁸ VON WRIGHT, 1979 [1963]: 28 – 29.

⁹⁹ HART, 1994 [1961]: 92 – 93.

los sistemas jurídicos gracias a la creación de ésta¹⁰⁰. Para comprender qué elementos en el orden primitivo dan lugar a las reglas de reconocimiento a partir de las cuales se crean ordenes jurídicos estructurados, MARMOR sugiere la existencia de lo que denomina «convenciones profundas».

Las convenciones profundas son las respuestas normativas más elementales que se presentan a las necesidades sociales y psicológicas de los miembros de una comunidad. Esto es, sirven para funciones relativamente básicas; por este motivo suelen ser más duraderas y resistentes al cambio. Las convenciones profundas dan lugar a un conjunto de convenciones superficiales por medio de las cuales éstas pueden ser atendidas, comenzado por las reglas de reconocimiento¹⁰¹. En este sentido; expresa MARMOR, las reglas de reconocimiento son instanciaciones de las convenciones profundas; esto es, las segundas son razones a partir de las cuales es posible explicar la creación de las primeras. El raciocinio que subyace es el siguiente: el derecho cumple una diversidad de funciones en la sociedad; esas funciones constituyen las razones básicas para tener un orden jurídico. Esas razones, con independencia de cuan universales se las considere, pueden ser instanciadas o satisfechas mediante diferentes arreglos de convenciones profundas¹⁰².

En un mundo pre-jurídico hipotético, es posible vislumbrar que exista cierta preocupación generalizada entre sus integrantes de velar por su integridad física. Frente a la necesidad de una protección y prevención del daño, se crean normas consuetudinarias, reglas sociales que, de modo difuso, tienen como objetivo disuadir la agresión física entre los miembros de la comunidad. Pero habrá ocasiones en que se considere que la agresión física se encuentra justificada como, por ejemplo, para defenderse de un intento de daño inminente o para proteger el producto del propio trabajo. Estas necesidades darán lugar a otras normas consuetudinarias difusas acerca de en qué circunstancias y en qué grado está permitida la agresión a otros individuos. En principio, es posible vislumbrar la creación de algunas convenciones profundas, normas específicas de esa comunidad referentes a la seguridad

¹⁰⁰ Para HART, contar con una regla de reconocimiento representa el momento en el que se cuenta con criterios propios de validez que permiten distinguir que una norma es propiamente jurídica, más allá de otros factores o motivos que puedan haber sido causa de su creación, como una incidencia histórica o social. HART, 1994 [1961]: 294.

¹⁰¹ MARMOR, 2009: 58 – 59.

¹⁰² MARMOR, 2009: 172.

personal. Pero también es posible comenzar a imaginar conflictos acerca de la observancia de las reglas y la interpretación de los hechos sobre los que rigen. La sociedad resolverá caso por caso, y es posible que algunas soluciones comiencen a presentarse de manera estable y a ser prominentes, de modo que ciertas reglas sociales tengan un perfil más definido y la propia dinámica social las adopte con mayor firmeza.

Pero los dilemas de incertidumbre siguen siendo una constante, así como cierta eficacia desperdigada de las sanciones por motivo de incumplimiento e insuficiencia de respuestas ante nuevas situaciones que puedan presentarse. En la medida en que estos dilemas son una constante, la dinámica del desarrollo social suele crear soluciones. Ciertas personas pueden asumir la labor de documentar las soluciones prominentes que se han otorgado a las controversias más importantes, y la población puede conceder especial autoridad a estos registros. Alguna suerte de líder espiritual puede decir que una deidad le ha dictado normas fundamentales para los conflictos sociales más elementales, y estos mandatos divinos cuentan con la máxima autoridad normativa. Muy importante, ciertas personas, en lo individual o de manera colegiada, comenzarán a tener cada vez más definida la tarea de resolver conflictos normativos en distintos ámbitos de la vida social. Un consejo de ancianos puede ser asumido como autoridad última para juzgar acerca de los asuntos de convivencia civil más elementales. Los sacerdotes pueden tener autoridad última en dirimir conflictos en materia familiar y de algunos aspectos de orden público. Algún colegio de comerciantes experimentados puede ser autoridad última para resolver conflictos mercantiles. En síntesis, la existencia de reglas de reconocimiento presupone: a) que hay normas respecto de conductas previas por identificar, b) la necesidad de identificar cuáles son estas normas para que sean aplicadas, c) la necesidad de contar con una norma que confiera la competencia específica para realizar esta labor, y d) normas que delimitan el modo de ejercer esas competencias. Para cuando estos procesos sociales hayan sucedido, considero que es viable decir que ya hay reglas de reconocimiento que permiten identificar de manera concluyente las normas jurídicas por observar en distintos ámbitos¹⁰³.

¹⁰³ En esta línea, las reglas de reconocimiento pueden remitir a lo que HART denominó fuentes jurídicas «permisivas». Esto es, recurrir a criterios que la regla no necesariamente obliga a utilizar, pero que acepta como algo perfectamente adecuado que lo haga. Véase HART, 1994 [1961]: 294.

El modo concluyente o la definitividad que otorga el establecimiento de una regla de reconocimiento funciona en dos frentes. Por un lado, cuando se presentan medios dotados de autoridad para identificar el derecho, sean las decisiones precedentes tomadas por un juez, sean los dictados divinos, inmediatamente existe un medio irrefutable, y que otorga cierta certidumbre, a partir del cual se pueden distinguir las normas que son jurídicas de las que no lo son. Sin lugar a duda, las controversias sobre la base de normas jurídicas continuarán presentándose –hasta el fin de los tiempos. Entonces, por otro lado, cuando se consolida un órgano; individual o colegiado, con autoridad suficiente para decir la última palabra acerca de las controversias que puedan surgir a partir de las normas jurídicas identificadas; no importa si se considera que su apreciación es adecuada o no, su resolución concluye el conflicto y otorga una solución jurídica que vincula a las partes.

Respecto de la definitividad en el segundo frente, como hace notar RAZ, las reglas de reconocimiento son necesariamente las normas fundamentales de un orden jurídico pues, al otorgar criterios últimos de identificación de las normas jurídicas, guían y constriñen a jueces y funcionarios en la aplicación y modificación del derecho; pero con la instauración de reglas de reconocimiento también se crean otras reglas de validez última, a estas reglas RAZ las denomina «reglas de discreción», que también se las puede relacionar con ciertas normas *in foro*, pues se crean a partir de la práctica continua de los tribunales. Las reglas de discreción surgen a partir de una necesidad práctica frente al número limitado de normas que se pueden identificar y las potenciales acciones infinitas que los individuos pueden entablar, por lo que los casos no regulados son inevitables (siempre y cuando no haya una regla de clausura), y no tiene sentido afirmar que para cada situación particular que se presente existe una norma incontrovertiblemente interpretable¹⁰⁴. Entonces, tanto las reglas de reconocimiento como las reglas de discreción imponen deberes sobre jueces y funcionarios, pero mientras las reglas de reconocimiento no dejan abierta alguna opción sobre las normas jurídicas a observar y aplicar (de lo contrario el acto no sería jurídico por definición), las reglas de discreción proporcionan un marco que guía la elección de jueces y funcionarios; de algún modo limitan su actuar, pero no los priva totalmente de su discrecionalidad¹⁰⁵. No obstante, puesto que junto con RAZ hemos optado por aceptar que puede existir una pluralidad de reglas de

¹⁰⁴ NAVARRO, 2018: 13.

¹⁰⁵ RAZ, 1971: 96 – 97.

reconocimiento, y puesto que también se trata de reglas últimas, no encuentro obstáculo significativo para considerar a las reglas de discreción dentro de nuestro cúmulo de reglas de reconocimiento, un tipo de regla de reconocimiento permisiva posiblemente.

El meollo del debate entre BULYGIN y RUIZ MANERO se centra en la posibilidad o imposibilidad de explicar la manera en que las reglas de reconocimiento puede que envuelvan deberes o simplemente sean criterios para identificar a las normas jurídicas. Conforme a lo expuesto, considero que indagar en las condiciones de las reglas de reconocimiento *qua* normas consuetudinarias –que se conforman de un complejo de entramado de hechos sociales– puede asistirnos a observar la cuestión desde otra perspectiva en la que el predicamento no sea tal, o al menos no sea tan conspicuo. Por decirlo de un modo menos técnico, el análisis en términos hartianos nos invita a estudiar el fenómeno jurídico en términos fácticos, esto es, de las prácticas que dan lugar que una sociedad cuente con derecho, pero también demanda examinar el elemento conceptual que representa el componente normativo; esto es, las consecuencias que se siguen de afirmar que esas prácticas no son meras regularidades de conducta, sino normas que conllevan deberes y facultades. De tal modo, un estudio que se centró en demasía en los términos deónticos en que solemos formular a las normas (así como en sus consecuencias lógico-conceptuales) dejará de lado el dato no menor de que con el objeto de guiar la conducta, en la práctica, las normas son recursos que también funcionan para definir (o constituir) lo que se debe o se puede hacer, y la función constitutiva no necesariamente puede encerrarse en un operador deóntico pues, ciertamente, en muchas ocasiones las normas implican definiciones¹⁰⁶.

En esta línea, considero que es importante terminar de pronunciarse sobre un punto del debate, y es la supuesta dicotomía entre las normas conceptuales y las normas conceptuales. En principio, toda regla o norma es por definición un criterio conceptual que en principio permite identificar algo. Tratándose de normas de conducta, nos permiten identificar la acción que debemos ejecutar. Cuando son reglas constitutivas, nos permiten

¹⁰⁶ En este sentido, si se quiere, no siempre es necesaria una reconstrucción normativo-sistemática o, por lo menos, no todo lo que es relevante comprender en el estudio del fenómeno jurídico pasa por este recurso de análisis conceptual. En línea similar, al revisar la obra de HART, ROSS considera que respecto las reglas de reconocimiento (pues sostiene la tesis de su pluralidad) en la realidad no es posible verificar que exista una relación sistemática de jerarquización, sino que entre éstas meramente se presentan un conjunto de factores cooperativos. ROSS, 1962: 1186.

identificar un criterio o conjunto de criterios que funcionan como referencia de nuestra acción en relación con otras normas de conducta. El futbolista que desee que sus anotaciones suban al marcador debe reconocer la regla que define qué es un fuera de juego y cumplir con la norma de no caer en fuera de juego. Nuestras normas consuetudinarias pueden y suelen referir y englobar un sinnúmero de hechos sociales previos, entre los cuales se encuentra la existencia de otras normas sociales. Las reglas de reconocimiento son complejas porque engarzan una gran cantidad de sucesos sociales. Por ejemplo, en el mundo pre-jurídico hay reglas sociales, tal vez toscas, sobre diversos aspectos de la vida social; también se comienzan a generar roles sociales en torno a estas normas, los sacerdotes, los comerciantes, quiénes velan por la seguridad. Todas estas reglas sociales acarrearán diversas obligaciones y facultades para los actores sociales, y también les permiten identificar circunstancias y personas frente a las cuales ciertos cursos de acción son debidos y otros de los que es mejor abstenerse.

Cuando se consolidan las autoridades que otorgan definitividad en la identificación de las normas jurídicas en los dos sentidos referidos, la regla de reconocimiento se determina por muchos factores previos a los que busca coordinar con el fin de proporcionar elementos para la identificación definitiva del derecho en cierto ámbito de la vida social. Esto es, las reglas de reconocimiento, al estar determinadas por varias normas sociales que dan lugar a su creación, asumen los motivos de éstas, a la vez que instauran nuevas razones y dan lugar a la creación de ulteriores normas jurídicas. De tal manera, una regla de reconocimiento implica la obligación de atender a ciertos estándares como vinculantes, a la par que conlleva ciertas prerrogativas para conciliar los dilemas que se presentan conforme a las normas que la misma regla identifica y hace vinculante. ¿En qué consiste la normatividad de una regla de reconocimiento? ¿Cómo establece deberes para jueces y funcionarios? La normatividad proviene de la misma fuente que proveía vinculatoriedad a las normas que dieron lugar a su creación, y es el modo en que toda norma consuetudinaria acarrea normatividad, como lo es una regla de reconocimiento, esto es, presión o exigibilidad a partir de expectativas sociales recíprocas. La peculiaridad de la dinámica social que da lugar a las expectativas sociales en las que se sustenta la normatividad de las normas consuetudinarias será explorada con mayor detalle en los capítulos IV y V.

Finalmente, es pertinente mencionar que, puesto que las reglas de reconocimiento marcan el instante en que se cuenta con un orden jurídico son, por antonomasia, las primordiales reglas constitutivas del derecho. SEARLE señala que las reglas constitutivas instauran lo que ha denominado como «hechos institucionales», esto es, conductas o sucesos que sólo es posible concebir con las reglas que los definen¹⁰⁷. En este sentido, una regla de reconocimiento constituye que un conjunto de hechos sociales cuenta como derecho¹⁰⁸. Con la creación de las reglas de reconocimiento, ciertas reglas sociales que prohíben la agresión a otros ahora son derecho; pero conforme a éstas también es derecho la resolución del órgano al que las reglas le ha otorgado competencia para resolver conflictos en relación con otras reglas que también se identifican conforme a ellas. Los hechos sociales de referencia son independientes entre sí por lo que, cuando las reglas de reconocimiento los engloban, los constituye como fuentes de derecho, constituye dos patrones independientes de para juzgar la validez de las decisiones¹⁰⁹.

Conforme a una regla de reconocimiento en materia laboral, por ejemplo, si una persona se lesiona en el trayecto directo al recinto laboral, el patrón debe indemnizar al trabajador. En su trayecto al recinto laboral, Saúl va a un local para comprar una guajolota para desayunar, pero sufre un incidente. Frente a la negativa del patrón de indemnizarlo pues considera se desvió y no tomó el trayecto directo, el caso es sometido a juicio. En juicio se invoca la normativa y se desahogan las pruebas que las partes consideran pertinentes, y el juez llega a la conclusión de que Saúl no se desvió, y que el local de guajolotas se encontraba dentro de lo que puede ser considerado el «trayecto directo» al recinto laboral, y que el patrón debe indemnizar al trabajador; esto a pesar de que, en los hechos, ir al local de guajolotas sí exigía desviarse dos cuadras respecto del trayecto habitual de Saúl. Entonces, es posible afirmar que la resolución del juez debería ser invalidada conforme a la norma identificada por medio de la regla de reconocimiento. No obstante, la resolución del juez también está fundamentada en la regla de reconocimiento que le otorga la prerrogativa de evaluar los hechos y determinar si se ha cumplido o no con la norma en materia laboral. Podemos afirmar

¹⁰⁷ SEARLE, 2011 [1969]: 51 – 52.

¹⁰⁸ En rigor, señala EPSTEIN, las reglas no instituyen hechos, sino objetos, propiedades o clases sociales. EPSTEIN, 2015: 59, 74 – 75. En este sentido, observa MARMOR, las reglas no constituyen comportamientos, sino que otorgan significado social a las acciones en cuestión. MARMOR, 2009: 34.

¹⁰⁹ FERRER BELTRÁN, 2010: 151.

que la decisión del juez es errada, porque ir al local de guajolotas implicaba que Saúl se había desviado de su trayecto, pero esto no significa que la decisión de juez no se encuentre fundamentada jurídicamente en lo absoluto¹¹⁰.

Lo que hace una regla de reconocimiento es establecer las condiciones para que ciertos sucesos sociales sean considerados «jurídicos»; esto es, establecer las condiciones para fundamentar que algo pertenece al universo del derecho¹¹¹. La regla hace esto al engarzar una serie de hechos sociales, y englobarlos en dentro de su marco normativo. Por ilustrar, la regla de reconocimiento establece que los hechos que cumplan las condiciones h_1 , h_2 , $h_3 \dots h_n$, son derecho. Pero puesto que h_1 , h_2 , $h_3 \dots h_n$ cuentan con existencia ontológica independiente en tanto hechos sociales, y nada impide las proposiciones normativas referentes a esos hechos sean inconsistentes entre sí. Como consecuencia, lo que una regla de reconocimiento no hace es otorgar coherencia entre las normas que reconoce como jurídicas, aunque puede reconocer otras reglas como pertinentes a los sistemas del orden resolver las antinomias que se presenten.

3. La unidad e identidad del derecho como un suceso pragmático

Siempre es posible, lógicamente, que nuestras propias creencias [...] estén muy poco relacionadas entre sí, y que muestren bastante poca coherencia para quedar subsumidas bajo algún conjunto suficientemente pequeño, aunque complejo, de proposiciones más generales. En este caso no habría nada que debidamente pueda llamarse estructura subyacente de creencia.¹¹²

HAMPSHIRE, S.

Como se ha expuesto, no es necesario pensar que los ordenamientos jurídicos cuenten con una única regla de reconocimiento que especifique todos los criterios de validez para la pertenencia de las normas a los sistemas. En cambio, podemos concebir tener un sistema originario de reglas independientes de reconocimiento que cumplan esta función respecto de

¹¹⁰ Como señalara RAZ, la aplicación vinculante de las normas significa ser vinculante incluso si es una aplicación equivocada, o una mala aplicación. RAZ, 1975: 108. También, insistiendo, esto sería posible gracias al hecho de que existen reglas de reconocimiento permisivas que facultan a los jueces y a los funcionarios para aplicar las normas jurídicas.

¹¹¹ EPSTEIN, 2015: 78.

¹¹² HAMPSHIRE, 2014 [1977]: 12.

los innumerables sistemas jurídicos concebibles que se desplieguen al interior del ordenamiento. Por tanto, en rigor, el principio de unidad no descansaría en una norma positiva última¹¹³. Una posibilidad alterna es que la supuesta unidad descansa en *aspectos* comunes de un número de normas; es decir, en características comunes en todas las reglas de reconocimiento. Estos aspectos, sugiere HACKER, podrían ser extraídos de las varias reglas de reconocimiento y sistematizados para establecer un exclusivo y altamente complejo criterio de validez último. Sin embargo, HACKER considera que esta labor de teoría jurídica expositiva puede ser difícil de satisfacer y también ser poco compensatoria¹¹⁴, tomando en consideración el eminente grado de abstracción y la cantidad de reglas de reconocimiento con las que pueden contar los complejos ordenamientos contemporáneos. Entonces; prosigue HACKER, aunque el principio de unidad e identidad de los ordenamientos carezca de la prolijidad favorecida por las teorías sistematizadoras, en tanto concepto teórico, resulta ser una herramienta útil para la teoría analítica.

Las observaciones de HACKER son bastante pertinentes, pero esto no significa que no se pueda ensayar una elucidación de una naturaleza distinta sobre las reglas de reconocimiento y que la misma desemboque en una explicación sobre el papel que desempeñan para otorgar unidad e identidad al ordenamiento jurídico. Esto es, enfocarse no tanto en propiedades esenciales que compartan, sino en las posibilidades epistémicas que conlleva el hecho de que estas normas sean consuetudinarias.

En principio *la regla de reconocimiento* en realidad refiere a un conjunto de normas independientes (reglas de reconocimiento) a partir de las cuales se pueden conformar reglas que compongan ulteriores sistemas jurídicos¹¹⁵. Es decir, *la regla de reconocimiento* es el sistema originario del orden, cuya identidad solamente se puede definir extensionalmente. Las normas que conforman al sistema originario establecen los parámetros de legalidad y deducibilidad que definen la relación de pertenencia de las normas dependientes. Pero, como señala CARACCILO, para la teoría de HART, la enumeración extensional de normas

¹¹³ En este sentido, ROSS consideraba que la tan apreciada unidad lógica del orden jurídico es más una ficción que un postulado de la realidad. ROSS, 1962: 1186. Por mi parte, coincido con esta opinión del jurista danés, como se podrá constatar en las siguientes páginas.

¹¹⁴ HACKER, 1977: 24. En sentido similar, señala RAZ, los teóricos no pueden dar por sentado que la examinación de varios problemas jurídicos relacionados a la identidad de un ordenamiento llevará a un criterio unificado de existencia. RAZ, 1971: 84.

¹¹⁵ Una lectura similar se encuentra en ROSS, 1962: 1186.

independientes no es suficiente, las mismas deben contar con una propiedad peculiar para pertenecer al sistema originario¹¹⁶. La respuesta acerca de cuál es esta propiedad, aunque parezca evidente, es que estas normas independientes son efectivamente utilizadas como *las reglas de reconocimiento* del ordenamiento *de* una comunidad, afirmación que requerirá cierto esclarecimiento.

La pluralidad de reglas de reconocimiento no es un elemento fatal para la identidad y consecuente presupuesta unidad de un ordenamiento. Como se ha adelantado en algún apartado anterior, la clave, parece ser, se encuentra en una de las características necesarias para la existencia de una regla de reconocimiento en tanto normas consuetudinarias: ser efectivamente consideradas como un criterio común y vinculante para la identificación del derecho y su consecuente aplicación. Esto es, *qua* juez o funcionario, su propio actuar se encuentra justificado en la medida en que atiende a las reglas de reconocimiento; del mismo modo, la crítica o reproche a los colegas está justificada en la medida en que las ignoran o desatienden. Que los tribunales y los funcionarios acepten como propios y vinculantes ciertos criterios –recalca HART– se trata de una cuestión que va más allá de la eficacia o del saludable funcionamiento de un ordenamiento, es una condición lógicamente necesaria para poder hablar de la existencia de un orden jurídico. Si los jueces no consideraran vinculantes ciertos criterios, la unidad y continuidad del ordenamiento desaparecería¹¹⁷.

Lo que permite a un tribunal mexicano discernir que al realizar su labor aplica normas jurídicas válidas conforme al ordenamiento jurídico mexicano es, que rastrea la validez de éstas hasta una o unas reglas de reconocimiento que él y sus colegas mexicanos internamente aceptan en la medida en que la utilizan, y no así sus símiles guatemaltecos. En este sentido, HART ilustra, el derecho de una colonia que se ha independizado, a pesar de contar con normas similares a las del derecho de la nación colonizadora, es diverso de éste porque cuenta con su(s) regla(s) de reconocimiento independiente(s)¹¹⁸ y que le otorgan identidad propia. Aunado a esto, también destaca, las reglas que confieren jurisdicción son reglas de reconocimiento¹¹⁹.

¹¹⁶ CARACCILO, 1991: 297.

¹¹⁷ HART, 1994 [1961]: 116.

¹¹⁸ HART, 1994 [1961]: 120 – 121.

¹¹⁹ HART, 1994 [1961]: 97.

Verificar que de hecho son utilizadas por una comunidad específica es lo que otorga la cualidad de ser *sus* normas consuetudinarias, y que sean criterio último permite además denominarlas reglas de reconocimiento, con independencia de las cualidades inherentes a dichas normas. Entonces, incluso si los ordenamientos de México y Guatemala tuvieran reglas de reconocimiento muy similares, un importante factor que permite distinguirlas es que sus órganos primarios distinguen entre aquellas reglas que son suyas de origen, que provienen de sus prácticas, de sus costumbres, con las cuales justifican su actuar, y que consideran vinculantes como para criticar la desviación por parte de otros tribunales mexicanos, pero consideran indiferente el caso de que un tribunal guatemalteco no las atienda. ¿Cómo saben los jueces mexicanos que se trata de sus reglas de reconocimiento? No por una cualidad conceptual o lógica, sino por una epistémica. Esto es, por que los jueces pueden verificar como una cuestión de hecho que también los demás tribunales y funcionarios mexicanos utilizan esas reglas, y lo hacen con constancia, por lo cual son efectivas (en el sentido de estar vigentes), y lo que implica en un sentido débil¹²⁰, que son aceptadas, esto es, reconocidas como reglas propias.

Estas reglas son independientes entre sí, nada en su naturaleza las relaciona, por lo que incluso pueden contradecirse. Pero, en términos epistémicos, son englobadas por la teoría en un sistema originario porque se les atribuye la propiedad de ser las reglas últimas que los tribunales y funcionarios aceptan o reconocen, y que de hecho utilizan en el desempeño de sus funciones. Esto permite constatar, desde el sistema originario, las peculiaridades que RAZ reputa que caracterizan a todo orden jurídico. Entre estas peculiares características se encuentra la de ser comprensivos, pues hay reglas de reconocimiento que ostentan autoridad regulativa en distintos ámbitos de la vida social. También son supremos, pues estas reglas despliegan autoridad sobre otras formas de regulación. Y, finalmente, son abiertos, pues las reglas de reconocimiento pueden otorgar fuerza vinculante a otras formas de regulación¹²¹.

¹²⁰ Digo «en un sentido débil», pues un juez o funcionario no tiene que comprometerse moralmente con la regla para identificarla como propia de la comunidad a la que pertenece y vinculante en relación con el papel que desempeña. Un juez podría moralmente asumir postulados político-morales de índole anarquista o libertaria, desear la desaparición de todo el aparato estatal y sus normas jurídicas y, no obstante, observar y aplicar esas normas en tanto desempeña el papel de juez. Para desempeñar su función, el juez distingue y aplica las normas jurídicas propias de su comunidad. En sentido similar RAZ ha referido a emisión de proposiciones desde el punto de vista jurídico, o enunciados jurídicos no comprometidos. RAZ, 1990 [1975]: 171 – 177.

¹²¹ RAZ, 1975: 117 – 118.

Las reglas de reconocimiento, al ser independientes y relativas a diversos aspectos de la vida social, pueden no llegar a ser utilizadas por todos los tribunales y los funcionarios, pero también pueden combinarse en diversos usos para la creación y la determinación de sistemas subsecuentes que combinen distintos aspectos regulados por estas reglas. En este tenor, por ejemplo, se ha sugerido que podría existir una regla de reconocimiento específica acerca de la identificación de los criterios consuetudinarios que utilizan los comerciantes. Esta regla podría nunca llegar a ser referida por un juez en materia penal. Pero el juez de lo penal identifica a esa regla como una regla de reconocimiento, pues sus congéneres jueces en materia mercantil la reconocen y la utilizan. Asimismo, habrá otras reglas de reconocimiento que el juez en materia penal y el mercantil asiduamente utilicen con frecuencia, pero no así un juez en materia de propiedad industrial. Esto nos permitiría formular una suerte de meta-regla de reconocimiento, una definición teórica en rigor, una que pueda ser enunciada como: «son reglas de reconocimiento todas aquellas que son practicadas en todo o en parte por los tribunales y los funcionarios de una sociedad como criterios últimos y que, por ese motivo, otros tribunales o funcionarios de esa sociedad estarían dispuestos a aceptar como propias». Esta formulación es conceptualmente plausible y podría ser equiparada con la concepción de BULYGIN de la regla de reconocimiento como una regla puramente conceptual de identificación.

Considero, no obstante, que si se admite la regla conceptual de BULYGIN, también hay que entender que ésta no es una regla positiva; esto es, no es *puesta*, sino que es una regla presupuesta y, por ende, tampoco es jurídica propiamente, pues sería inverosímil que exista algo así como una gran práctica efectiva de aceptación de todos los estándares últimos aceptados por todos los tribunales y los funcionarios de un Estado. En todo caso, la antedicha regla presupuesta es un constructo estrictamente teórico, doctrinal, para otorgar unidad a lo que ontológicamente es independiente entre sí. En este sentido, la propiedad enunciada por la regla conceptual de reconocimiento es ajena a los criterios de identificación establecidos por las reglas de reconocimiento positivas y, como consecuencia, no puede pertenecer al orden jurídico como criterio de identificación del derecho positivo pues, de hacerlo, llevaría a un proceso circular vicioso¹²². Entonces, el hecho de que las reglas de reconocimiento sean

¹²² CARACCILO, 1991: 309.

consuetudinarias, esto es, que sean efectivamente utilizadas por los jueces y los funcionarios, es independiente de las condiciones que éstas establecen para identificar el derecho, incluso si entre esas condiciones se encontrara también que las normas derivadas deban ser eficaces.

Finalmente, si se aceptaran las consideraciones anteriores, tendríamos que hablar de dos tipos de regla de reconocimiento distintas. Una regla meramente conceptual, una definición propiamente, que en rigor no es jurídica pues no es positiva, pero que otorga unidad e identidad teórica al orden. Por otro lado, las reglas de reconocimiento vigentes, que establecen los criterios de pertenencia de las normas a los sistemas jurídicos, y que efectivamente son atendidas y consideradas vinculantes por los tribunales y los funcionarios en la identificación y aplicación del derecho. No obstante, *lex parsimoniae* mediante, no es necesario multiplicar constructos conceptuales. Basta decir que la unidad e identidad del derecho descansa en que el conjunto de reglas de reconocimiento que, al ser normas consuetudinarias propias de una comunidad, son efectivamente consideradas y utilizadas para identificar y aplicar el derecho de esa comunidad, y no así de otra¹²³.

¹²³ BICCHIERI, 2006: 12.

Capítulo IV. La fuerza vinculante de nuestras convenciones

«It is not possible that there should have been only one occasion on which someone obeyed a rule. It is not possible that there should have been only one occasion on which a report was made, an order given or understood; and so on.—To obey a rule, to make a report, to give an order, to play a game of chess, are customs (uses, institutions)».¹

WITTGENSTEIN.

Como se ha examinado, seguir las cadenas normativas de pertenencia y validez de los sistemas que componen el orden jurídico ineludiblemente remitirá a un último eslabón de normas independientes que no obedecen a criterios de legalidad o deducibilidad para ser consideradas como «parte del derecho». En términos de la explicación de los sistemas normativos, el último eslabón es la base del orden y hace referencia a un sistema originario, compuesto por normas independientes acerca de las cuales no tiene sentido preguntarse por su validez². En esta línea de razonamiento, el sistema originario cumple la función teórica de ser el criterio unitario que permite diferenciar a las normas jurídicas de las que no lo son³ o de las que pertenecen a un sistema de otro ordenamiento jurídico. Es decir, la identidad de un orden jurídico se define a partir de su sistema originario.

Puesto que su existencia y su condición de ser jurídicas no obedece a ningún criterio sistemático, la pertenencia de normas independientes al sistema originario puede ser definida de manera extensional. Estas normas se incluyen por defecto, lo que permite elegir arbitrariamente los axiomas que componen un sistema. No obstante, como destaca CARACCILO, esto no reproduce lo que la mayoría de los teóricos tienen en mente cuando conciben al derecho como un sistema. Por ende, la discusión sobre la identidad versa sobre saber cuál es la *propiedad* que determina que ciertas normas tengan que aceptarse como

¹ «No puede haber una única vez en que alguien siga una regla. No puede haber sólo una única ocasión en la que se realice un informe, se suministre una orden, o se la comprenda, etc. –Seguir una regla, hacer un informe, dar una orden, jugar una partida de ajedrez son costumbres (usos, instituciones)». WITTGENSTEIN: 1958: 81 [§ 199]

² HART, 1994 [1961]: 107.

³ KELSEN, 1960 [1982]: 44, 201; RAZ, 1971: 86; ALCHOURRÓN & BULYGIN, 1975: 121; CARACCILO, 1988: 27, 32; NAVARRO, 2000: 144.

independientes⁴. La propiedad en cuestión debe impedir el regreso *ad infinitum* en la identificación del derecho, por lo que no puede ser una propiedad relacional entre normas; es decir, no puede tratarse de un criterio *interno* al orden. En este sentido, el capítulo anterior concluyó que esa propiedad es la de ser *reglas de reconocimiento*, lo que implica que son últimas, y también que son consuetudinarias. La característica de ser consuetudinarias involucra que la comunidad las acepta o reconoce como propias, pues son producto de sus prácticas, esto es, son sus parte de sus propias *convenciones* sociales. Como consecuencia, el ser últimas (*i. e.*, la base del orden) y al ser consuetudinarias (el resultado de una práctica que justifica el propio actuar al interior de una comunidad), implica que la existencia del conjunto de reglas de reconocimiento constituye el criterio que proporciona la unidad e identidad del ordenamiento jurídico.

Las reglas de reconocimiento son, por definición, un tipo de normas consuetudinarias, pues su existencia depende de que sean puestas en práctica, es decir, que sean eficaces. Sin embargo, a pesar de sus ventajas, RAZ considera que la teoría de las reglas como producto de prácticas sociales presentada por HART, priva a las reglas de su carácter normativo; de aquello que las hace vinculantes⁵. Esto implicaría no sólo que HART falló en explicar adecuadamente la normatividad de las reglas de reconocimiento⁶, sino también, la imposibilidad de distinguir entre reglas sociales y razones ampliamente aceptadas y, además, impediría explicar a las normas que no son practicadas⁷ o producto de una práctica convergente.

HART procuró una explicación acerca de lo que significa que una sociedad cuente con reglas, más específicamente, reglas sociales que son consideradas como jurídicas, aunque, ciertamente, no ahondó demasiado en las condiciones y dinámicas que dan lugar a la creación de las reglas. Es posible que diera por sentado que las normas jurídicas dan lugar a razones para la acción y que considerara que una exposición acerca del tipo de razones que

⁴ CARACCILO, 1988: 32.

⁵ Como señala POSTEMA, el meollo de la crítica a la teoría de la práctica de HART es que el comportamiento y las actitudes son meramente hechos sociales, y los hechos sociales por sí mismos no constituyen razones para la acción de aquellos que son gobernados por las reglas. Los críticos piensan que HART ha trazado las cadenas de autoridad jurídica hasta ciertas regularidades de comportamiento, pero las regularidades, como tal, no son normas. En resumen, su proyecto falla porque no logra explicar la normatividad de las convenciones. POSTEMA, 2011: 485 – 486.

⁶ POSTEMA, 1982: 166.

⁷ RAZ, 1999 [1975]: 53.

proporcionan fuera una labor ajena a la teoría jurídica⁸, la cual puede dar por sentado que el derecho opera con reglas y que éstas son vinculantes por definición, y que lo relevante es explicar la especificidad de su funcionamiento en los órdenes jurídicos. En este tenor, TOH considera que con el objeto de mantener neutral su proyecto descriptivo de la práctica del derecho, HART evitó toda explicación que pudiera considerarse como justificativa de la adherencia de la población al derecho⁹.

No obstante, uno de los postulados metateóricos que dominan la reflexión filosófica en torno a la naturaleza del derecho considera que entendemos al fenómeno jurídico solamente si comprendemos cómo es que el derecho otorga razones para actuar a los miembros de su comunidad¹⁰; cuál sería el motivo que explica su acción. Por tanto, a los teóricos del derecho en efecto les ha preocupado (y mucho) explicar en qué consiste la normatividad ahí en donde nos encontramos con normas; como las reglas de reconocimiento y las normas consuetudinarias en general, cuya existencia desatiende el axioma de DUBISLAV «Kein Imperativ ohne Imperator» (un imperativo sin *imperator* no es posible)¹¹, y que como GREEN, dudan o niegan la posibilidad de que los «hechos brutos» puedan dar lugar a consideraciones normativas como a obligaciones, permisos y deberes¹². El supuesto vacío normativo que se halla frente a las prácticas concurrentes, en donde ya no hay más normas promulgadas o, en donde éstas se revelan insuficientes, considero que ha orillado a varios pensadores a indagar por la normatividad en las consideraciones morales como si fueran las únicas opciones disponibles explicativas y justificativas de dichas prácticas.

Como señala SCHIAVELLO, en la filosofía jurídica existen tres grandes tipos de elucidaciones acerca de la normatividad del derecho¹³. En el párrafo anterior se han enunciado las dos más tradicionales. Una considera que la explicación acerca de cómo el derecho logra guiar la conducta de los sujetos se encuentra en su coercitividad, y la otra considera que, en última instancia, el derecho es vinculante porque proporciona razones morales; esto es, se encuentra moralmente justificado. La tercera variante no excluye que

⁸ BIX, 2015: 136.

⁹ TOH, 2005: 77.

¹⁰ POSTEMA, 1982: 165.

¹¹ Citado en KELSEN, 2012 [1965]: 32.

¹² GREEN, 1999: 35.

¹³ SCHIAVELLO, 2015: 216.

entre las razones que los individuos puedan encontrar para seguir el derecho existan tanto motivos prudenciales como morales, pero éstos no alcanzarían a cubrir el espectro de circunstancias y razones por las cuales los sujetos obedecen el común de las normas jurídicas y al derecho en general. Esta visión considera que existe un tipo de normatividad, una *convencional*, inherente a las reglas que son creadas a partir de las prácticas de los grupos sociales, que esta normatividad permea las bases de los ordenamientos jurídicos, y que es autónoma respecto de los motivos morales o prudenciales; autónoma al menos para explicar por qué en última instancia el derecho logra ser vinculante.

Por lo menos desde HUME, distintos filósofos han elaborado sobre la idea de que, a partir de las prácticas sociales concurrentes¹⁴, es posible que se creen convenciones que nos permiten coordinarnos y entendernos. Las convenciones pueden ser comprendidas de mejor manera como un cierto tipo de reglas no escritas, informales, tácitas¹⁵ y, me permito agregar, las más de las veces sutiles, casi imperceptibles. En este sentido, ALSTON sugiere que el uso del término «convencional» es una forma abreviada para decir «sobre la base de reglas»¹⁶.

Las reglas sociales o normas consuetudinarias, de la manera en que han sido caracterizadas, son especímenes perfectos del tipo de convenciones referidas, pues son producto de una práctica convergente que genera un significado común de acción social, por lo que son informales, no escritas, y su operatividad cotidiana puede llegar a parecernos tan natural que no siempre advertamos su presencia o, incluso, no advertimos el hecho de que sean producto de convenciones, esto es, que sean contingentes¹⁷. Como señala ARENA «[a] veces se sostiene que el convencionalismo acerca de un cierto fenómeno es el punto de vista según el cual ese fenómeno, a pesar de las apariencias, surge de, o es determinado por, una convención»¹⁸.

Posiblemente el estudio filosófico más pormenorizado acerca de las prácticas que dan lugar a la creación espontánea de convenciones ha sido desarrollada por LEWIS; y de modo

¹⁴ BLACKBURN resalta que HUME es el pionero en la elaboración de modelos explicativos de las convenciones a partir de mecanismos evolutivos de cooperación. BLACKBURN, 2008: 67.

¹⁵ LEWIS, 2002 [1969]: 100.

¹⁶ ALSTON, 1964: 58.

¹⁷ Al respecto, MURPHY señala que las costumbres llegan a naturalizar nuestras convenciones al hacerlas intuitivas y automáticas. MURPHY, 2014: 4.

¹⁸ ARENA, 2009: 185.

interesante, una de las principales críticas que ha recibido su exposición es que, al igual que HART, no logra dar cuenta del modo en que los productos de las prácticas concurrentes adquieren vinculatoriedad o normatividad, tanto como para considerarlas reglas. No obstante, LEWIS considera que su teoría logra explicar la vinculatoriedad de las reglas convencionales¹⁹, incluso respecto de las reglas sociales o normas consuetudinarias que puedan llegar a ser adoptadas por el derecho.

Lo relevante en la teoría de LEWIS y sus desarrollos subsecuentes es que, al concentrarse en el análisis de la dinámica del comportamiento social, se asume que las consideraciones morales que los agentes puedan tener para actuar en la creación de una convención son contingentes. Esto es, no son las consideraciones morales las que necesariamente dan lugar a las reglas convencionales, ni necesariamente sus justificaciones morales las que las mantienen vigentes, pero tampoco lo son otro tipo de consideraciones sustantivas, como el hecho de que sean consideradas como racionales. De hecho, las convenciones de un grupo social pueden ser consideradas como moralmente erradas o absurdas por gran parte de los individuos y, a pesar de todo, permanecer vigentes. Este fenómeno ha sido denominado *falsificación de preferencias*²⁰.

Por tanto, el núcleo de esta explicación puede resultar en una atractiva línea argumentativa como respuesta a las posturas que consideraran que el positivismo jurídico convencionalista falla al no tener en cuenta la dimensión justificativa de la práctica del derecho. Y, en gran medida, así ha sido, pues no ha faltado quien han visto en la obra de LEWIS un modelo idóneo para explicar el convencionalismo que subyace en las reglas sociales de HART y, en particular de la regla de reconocimiento²¹ y, de paso, así defender alguna forma de positivismo jurídico.

¹⁹ Autores como GILBERT, CELANO, RODRÍGUEZ o GREEN acusan que las convenciones de LEWIS no tienen nada de normativas, que no son definibles en términos deónticos o no logran dar cuenta de ninguna forma de obligación. No obstante, LEWIS –apoyándose en ALSTON– concibe a las convenciones como un tipo de reglas, y en dos apartados específicos de su obra explica el modo en que su noción de convención logra dar cuenta de las convenciones como reglas sociales o las normas jurídicas. Lo que me resulta interesante es que estos autores ignoran referir a esta parte de la obra y, como consecuencia, no desvirtúan los argumentos expresamente manifestados por LEWIS acerca de la normatividad de las convenciones como las ha desarrollado. Véase GILBERT, 1989; CELANO, 2003: 357; GREEN, 1999: 43; RODRÍGUEZ, 2016: 91; y LEWIS, 2002 [1969]: Capítulo III (literalmente contiene dos subapartados denominados «Norms» y «Rules» respectivamente).

²⁰ SUNSTEIN, 2019: 6.

²¹ COLEMAN, 1982: 159.

En lo que sigue, indagaré en las explicaciones del convencionalismo para resaltar la manera en que ciertas prácticas sociales dan lugar a la creación y a la normatividad de reglas sociales complejas, como las normas consuetudinarias adoptadas por los sistemas jurídicos y las reglas de reconocimiento en las cuales descansan. Buscaré también explorar algunos de los aspectos más enigmáticos que estas normas encierran, y que dificultan poder ofrecer una explicación sólida sobre su normatividad. Estos aspectos, me parece, se encuentran interrelacionados y en modo significativo encarnan gran parte de los debates acerca de los «desacuerdos teóricos» que han dado lugar a las objeciones contra el convencionalismo. Me refiero al problema del seguimiento de reglas y la adaptabilidad de las normas consuetudinarias para continuar vigentes y mantener su identidad a pesar de que las condiciones de su entorno cambien.

1. Reglas convencionales

El enfoque en el funcionamiento de las reglas sociales es el método mediante el cual HART busca desentrañar las respuestas acerca de lo que significa que una sociedad cuente con un ordenamiento jurídico o, más simple, derecho. Influenciado por las observaciones de BENTHAM, su planteamiento metodológico, en amplios términos, es que las definiciones suelen ser poco iluminadoras para comprender todo lo que involucran conceptos tales como «Estado», «derechos», «deber», y similares. HART señala que quien tiene perplejidades respecto de estos conceptos suele tener nociones suficientes de su uso común pero su incertidumbre persiste pues no los comprende, posiblemente porque estas palabras no encuentran una conexión directa con contrapartes en el mundo. BENTHAM consideraba que en estos casos la mejor forma de comprender estos términos es no analizarlos de manera aislada, sino en oraciones en las que juegan un papel característico para luego encontrar una traducción, una correlación explicativa en términos fácticos de lo que esto significa²². En resumidas cuentas, la comprensión de un concepto implica una explicación de las condiciones en las que éste opera. En este sentido, el análisis de las condiciones de la práctica de reglas y cómo éstas conforman sistemas normativos concretos es lo que HART considera que explica el concepto del derecho.

²² HART, 1954: 34.

Retomando los paralelismos insinuados, LEWIS adopta una aproximación metodológica análoga a la de HART, y se propone analizar las condiciones en las que es posible constatar la creación y la existencia de convenciones a pesar de que no exista un acuerdo explícito que las haya puesto en su lugar. Para estos efectos, toma como elementales la regularidad en el comportamiento, la convergencia de las prácticas, y la forma en que éstas asisten a coordinar a los individuos en una sociedad. Pero antes de continuar, resulta pertinente decir algo acerca del contexto filosófico que motivó a LEWIS.

El concepto de convención permea varios aspectos de la vida humana y ha sido objeto de diversas fortunas en la historia del pensamiento filosófico, contando con peculiar popularidad a inicios del siglo pasado frente al auge de los postulados del verificacionismo empirista. Como señala BLACKBURN, en la cúspide del positivismo lógico parecía plausible explicar varios aspectos de nuestra vida intelectual como el resultado de una convención. Esta era una forma conveniente de remover el misterio de los compromisos conceptuales que parecían escapar a la reducción de los hechos brutos²³. La gran virtud de este convencionalismo es que representaba una forma de explicar el conocimiento *a priori* que fuera compatible con los postulados del conocimiento empírico²⁴. Pero, como sucede con todo idilio, éste tambalea cuando se cuestionan sus alcances; como lo hizo QUINE quien – contradiciendo las tesis de CARNAP– no consideraba plausible fundamentar a la lógica, la matemática y la ontología sobre bases convencionales²⁵.

El núcleo de los cuestionamientos de QUINE se centra en el lenguaje. En concreto, las sociedades suelen considerar al lenguaje como algo propio, algo que les pertenece, que concuerdan en los significados asignados a los sonidos que emiten componiendo una determinada fonética, lo que les permite coordinarse con fines comunicativos, incluso adquiriendo rasgos peculiares para referir a la específica forma de vida y convivencia de una sociedad. En este sentido, suele ser un lugar común considerar que el lenguaje es un producto convencional, algo propio de los arreglos de una determinada sociedad. No obstante, entre sus observaciones, llegó a señalar QUINE, que considerar al lenguaje de una sociedad como el resultado de acuerdos no sólo es una explicación inadecuada en términos históricos, sino

²³ BLACKBURN, 1984: 118.

²⁴ NARVÁEZ MORA, 2004: 137.

²⁵ QUINE, 1936.

un suceso impensable. El lenguaje no puede ser producto de una convención pues para acordar algo es necesario el uso del lenguaje. Incluso, ¿cómo es posible convenir algo si ni siquiera se cuenta con una noción de convención?

Cuestionamientos semejantes pueden ser planteados en términos de filosofía jurídica. ¿Cómo es posible decir que el derecho sea producto de reglas si las reglas son necesarias para producir otras reglas? ¿Cómo es posible producir «derecho» si en un inicio ni siquiera se puede tener el concepto de derecho para acordar crearlo?

LEWIS busca rescatar a las convenciones del limbo al que fueron condenadas por QUINE a partir de una idea simple: es posible concordar sin recurrir al uso del lenguaje. Para hacer esto, se inspira en la exposición mediante la cual HUME demuestra que es posible lograr acuerdos sin recurrir a la institución lingüística de la formulación de promesas²⁶. Estos análisis concentran su atención en los problemas de coordinación recurrentes que enfrentan los grupos sociales, y buscan mostrar que contar con una regularidad en una pauta de comportamiento es beneficiosa –en alguna manera– para todos los miembros de un grupo. Con mayor precisión, es preferible contar con una pauta de comportamiento que permita un equilibrio, y que coordine las acciones convergentes respecto de un asunto que atañe a todos, que no contar con nada y que rijan el caos. Comparada con la necesidad de coordinarse de algún modo, en principio poco o nada importa cuál sea la regularidad que funciona como solución.

En este sentido, LEWIS propone la siguiente definición²⁷:

Una regularidad R en el comportamiento de los miembros de una población P , cuando son agentes en una recurrente situación S , es una convención si y solamente si es verdad que, y es de conocimiento común en P que, en casi todas las instancias de S entre los miembros de P ,

²⁶ HUME, 1960 [1739 – 1740]: 490.

²⁷ A lo largo de *Convention*, LEWIS va adaptando la definición propuesta de «convención» según los aspectos analizados en diversos puntos. Esto significa que la definición se complejiza a lo largo del desarrollo de la obra. Entonces, la definición que presento es una combinación de dos de las propuestas que presenta; modificación que pretende mantener cierta simplicidad de sus propuestas iniciales, pero rescatando el aspecto de la alternativa R' (que resalta la arbitrariedad), y que aparece en sus definiciones más elaboradas. El fin de esta adaptación es presentar la definición más inteligible para alguien que no está familiarizado con la obra, pero sin dejar escapar un elemento importante que es abordado en los puntos más elaborados de ésta. Véase LEWIS, 2002 [1969]: 58, 78.

- 1) casi todos se conforman a R ;
- 2) casi todos esperan que casi todos los demás se conformen a R ;
- 3) casi todos tienen aproximadamente las mismas preferencias respecto de todas las posibles combinaciones de acciones;
- 4) casi todos prefieren conformarse a R bajo la condición de que los otros lo hagan, puesto que S es un problema de coordinación y la conformidad uniforme a R es un equilibrio de coordinación en S ;
- 5) casi todos preferirían que cualquiera se conforme a R' , bajo la condición de que casi todos se conformen a R' .

en donde es R' es alguna posible regularidad alternativa en el comportamiento de los miembros de P en S , tal que en S no es posible conformarse a R' y a R al mismo tiempo.

Las convenciones son arbitrarias, en el sentido de que el hecho de que se siga la regularidad de comportamiento R es contingente, pues es concebible que pueda haber existido un comportamiento alternativo R' en su lugar que funcionara igualmente para lograr la coordinación²⁸. Entonces, para el convencionalismo de LEWIS no son muy relevantes los hechos específicos que dan lugar a una regularidad de comportamiento²⁹, son eventuales, importa que una vez que *un* patrón de comportamiento se vuelve prominente³⁰ y se consolida, el grupo cuenta con una convención para actuar en conformidad y resolver la circunstancia

²⁸ LEWIS, 2002 [1969]: 70.

²⁹ Lo que no significa que permanezca mudo al respecto. El convencionalismo de LEWIS toma como una de sus fuentes de inspiración el trabajo de SCHELLING y asume que, en ausencia de un acuerdo, los individuos recurren a la información disponible en el entorno en búsqueda de patrones prominentes que asumen es que más probable los demás también identifiquen para actuar del mismo modo. De este modo, si Hugo, Paco y Luis tienen que encontrarse en un parque a medio día, pero no concordaron en qué parte del parque y ya no pueden comunicarse, lo más probable es que razonen acerca del conocimiento común que los tres comparten y especulen sobre el puesto en que sea más probable que los demás también vayan. Así, existe un puesto muy llamativo en el parque por contar con una torre con un reloj, y resulta que los tres efectivamente fueron a ese sitio, entonces han logrado una solución, un equilibrio entre sus expectativas pues ha funcionado para coordinar sus acciones. De tal mara, si en ocasiones posteriores tienen que volver a encontrarse en el parque, es todavía más probable que repitan la solución de ir al sitio con el reloj en la torre, no sólo porque se ha vuelto prominente, sino porque nadie obtiene ventaja alguna en repentinamente decidir ir a otro sitio del parque (pues no encontrará a los otros dos). Véase LEWIS, 2002 [1969]: 74 – 80, también POSTEMA, 2011: 491.

³⁰ Un curso de acción es prominente cuando constituye un punto focal que facilita la coordinación cuando las consideraciones puramente racionales son insuficientes para identificar el mejor movimiento o acción. La prominencia es determinada por la *precedencia* de acciones convergentes. GUALA, 2012: 3109.

correspondiente. Por este motivo se forman expectativas recíprocas de comportamiento entre los miembros de una sociedad que, aunque sea de manera parcial, son parte de las razones por las cuales los miembros de un grupo social se comportan del modo en que lo hacen. Como destaca SILLARI, la regularidad, que constituye una convención en la explicación de LEWIS, es suficiente para que se forme cierto grado de normatividad³¹. En una comunidad en la que ciertas costumbres se encuentran vigentes, existe un equilibrio de acciones y creencias entre los involucrados, de modo que los individuos prefieren actuar en conformidad provisto que también los demás procedan de acuerdo con la convención. Las presuntas expectativas ajenas tienen un peso en el actuar social que otorga vigencia a la regularidad convergente de conducta, y temer por la propia reputación, el reproche social o, simplemente buscar encajar, son sensaciones que varios individuos pueden experimentar y que manifiestan presión social para la conformidad³². Como consecuencia, señala LEWIS, las convenciones son tipos de normas sociales, razones presuntivas para actuar en un determinado modo, y con diversos grados de normatividad correspondiente al grado de seriedad con que sean estimadas³³.

Llegados a este punto, la pertinencia del análisis de LEWIS para la exposición de las reglas sociales de HART, y de las controvertidas reglas de reconocimiento en particular, parece evidente. La caracterización de las reglas sociales de HART también consiste en un comportamiento general, aunque no invariable, por parte del grupo cuando se presenta la ocasión oportuna³⁴. Pero, para distinguirse de los meros hábitos, las reglas se encuentran aparejadas de un factor de presión social que –por ser un concepto disposicional– encuentra entre las condiciones de su verificación el hecho de que la desviación genera crítica que es considerada por el grupo como justificada. Finalmente, HART agrega que la presión social y la disposición crítica implican un *aspecto interno*, una actitud práctica de aceptación de esas reglas como estándares para guiar y evaluar la conducta, tanto la propia como la de los demás.

El aspecto interno no es una cuestión abordada de manera explícita en LEWIS, pero es posible conjeturar que se encuentra implícito en dos sentidos relacionados con la especificidad normativa de las convenciones. El primero, en que el juego de reglas de algún

³¹ SILLARI, 2013: 875.

³² LEWIS, 2002 [1969]: 99.

³³ LEWIS, 2002 [1969]: 97.

³⁴ En este sentido, HARRIS entiende la caracterización de las normas jurídicas de HART como *rule-situations* en oposición a *rule-ideas*, que sería la caracterización de KELSEN. HARRIS, 1979: 54 – 55.

modo es internalizado y forma una suerte de representación inconsciente del actuar en ese sistema para los agentes³⁵. El segundo; previamente expuesto, que la población considera a las normas como producto de *su* práctica respecto de un aspecto social que marca *su* relevancia normativa; por ejemplo, las normas de *su* práctica jurídica. En este sentido, SHAPIRO propone entender al aspecto interno no como el punto de vista de quien simplemente se encuentra dentro de la práctica y desea evadir sanciones y alcanzar fines sociales; esto es como el punto de vista del *bad man*, sino como el punto de vista internalizado, la actitud práctica de quien de alguna manera considera y respalda a la regla como estándar de comportamiento³⁶ pertinente a ese escenario social correspondiente³⁷. En consonancia con lo expuesto, la investigación empírica de GUALA ha constatado que la reiteración de un patrón de conducta de coordinación, la formación de una historia conjunta, involucra la creación de un tipo de normatividad que va más allá del *deber* individual que explicaría los motivos del actuar del *bad man*. Se trata de una normatividad intrínseca en el comportamiento de un grupo que logra alcanzar un estándar de acción, que es *una* norma que hay que atender, con independencia del castigo o reproche de los demás³⁸.

Respecto de las reglas de reconocimiento, HART considera que en efecto son instanciadas como normas consuetudinarias que existen particularmente entre los jueces y

³⁵ LEWIS habla de la representación interna e inconsciente de la gramática para un lenguaje de un agente que ha logrado ser un usuario competente del mismo. LEWIS, 2002 [1969]: 199.

³⁶ SHAPIRO, 2006: 1159.

³⁷ De nuevo, retomando la idea de los enunciados jurídicos de RAZ, un abogado, juez, legislador, funcionario, podría bien tener ideales anarquistas, pero considerar pertinentes las normas jurídicas como estándar de acción conforme a la actividad que desempeña en un determinado contexto social. Una personificación excelente de esto es el personaje Ron SWANSON de la comedia televisiva *Parks and Recreation*. SWANSON es un libertario tenaz que repudia la administración pública y todo lo que ésta representa, incluso a pesar de que su labor es ser el director del departamento de Parques Públicos y Recreaciones en su ciudad, Pawnee. El departamento no es de mucha relevancia y es poco vigilado por el gobierno de la ciudad; no obstante, a lo largo de esta comedia es posible constatar que SWANSON conoce las reglas propias del desempeño de sus funciones y dirige el departamento conforme a las mismas, si bien es cierto que lo hace con poco ánimo, es decir, hace el mínimo necesario para cumplir y hacer cumplir las reglas y dirigir el departamento. Esto significa que SWANSON, reconoce esa cúmulo de normas como pertinentes de la función que por algún motivo ha aceptado desempeñar a pesar de que repudia moralmente todo lo que esto implica.

³⁸ El experimento de GUALA consiste conformar grupos cegados (nunca llegan a conocerse personalmente, interactúan por medio de una computadora) en los cuales reiteradamente se plantea un escenario de acción que presenta un incentivo para todos si alcanzan la coordinación. Una vez que han generado estándares de acción que permiten lograr la coordinación, modifican en diversos modos los incentivos para algún integrante del grupo al que se le propone desviarse del estándar de conducta. La desviación implica un beneficio para ese agente, aunque en detrimento de otro, el cual, sin embargo, nunca sabrá quién lo perjudicó con su actuar disconforme. A pesar de las condiciones netamente benéficas, menos del 30% de los casos se desvió del patrón reiterado de conducta, lo que sugiere que internalizaron alguna suerte de normatividad. GUALA, 2012: 3118 – 3119.

los funcionarios cuando son aceptadas y puestas en práctica en sus operaciones de identificación y aplicación del derecho³⁹. En consonancia, HART abiertamente suscribe presupuestos convencionales para las reglas de reconocimiento, pues considera se manifiestan como si fueran acuerdos generales respecto de los criterios para la identificación de las fuentes del derecho y la aceptación compartida de reglas que proporcionan esos mismos criterios⁴⁰. Esto presupone que la coordinación es esencial para los jueces y los órganos aplicadores del derecho. Como señalaba, una de las condiciones para la existencia de un orden jurídico es que los jueces utilicen los mismos criterios de validez⁴¹.

2. La fuerza de las constantes concordancias

Las expectativas recíprocas que se generan entre los participantes en las dinámicas de los juegos de cooperación no agotan las interrogantes relacionadas a la normatividad respecto de las prácticas que dan lugar a las reglas sociales. La existencia de obligaciones y deberes que son creados a partir de la reiteración de comportamientos en circunstancias semejantes puede verse fuertemente comprometida frente a los siguientes cuestionamientos. Primero, no todas las situaciones ante las cuales se puede decir que surge y que es vinculante una regla social son situaciones de coordinación. Es perfectamente posible que los sujetos tengan intereses y perspectivas diametralmente opuestas, de lo que no se sigue que no haya una regla. Esta observación ha sido peculiarmente apuntalada como crítica a la explicación convencionalista de HART, pues el derecho no resuelve exclusivamente problemas de coordinación⁴². Segundo, seguir un curso de acción de conformidad con una regla es una cuestión interpretativa; pero las normas son entidades abstractas, peculiarmente las reglas sociales, de modo que es posible argüir que casi cualquier curso de acción presente puede interpretarse como adecuado respecto de los cursos de acción pasados que dieron lugar a la conformación de la norma en cuestión; todo es cuestión de mera interpretación. Frente a esto, y como tercera consideración, es legítimo cuestionarse hasta qué punto se continúa practicando una misma

³⁹ HART, 1994 [1961]: 256.

⁴⁰ HART, 1994 [1961]: 266.

⁴¹ HART, 1994 [1961]: 113.

⁴² MARMOR 2009: 41.

regla una vez que han sido modificadas varias de las circunstancias que dieron lugar a su creación y a su seguimiento.

2. 1 Compromisos conjuntos

Entre la exposición de las convenciones de LEWIS y la de las reglas sociales de HART –que incluye reglas de reconocimiento– existen llamativas similitudes, pero también las hay respecto de las críticas que han afrontado.

Sin lugar a duda, el trabajo de GILBERT constituye el flanco más amplio de críticas que la teoría de LEWIS ha afrontado, y casi todo trabajo revisor de este tipo de convencionalismo parte de alguna de sus observaciones. En general, GILBERT considera que el concepto lewisiano de «convención» no parece apto para dar lugar a los juicios de deber típicamente asociados con las convenciones como usualmente son concebidas⁴³. Por tanto, prácticamente no existe talante relevante en la teoría de LEWIS que deje incólume.

GILBERT parte de considerar errada la perspectiva de análisis individualista del que parten las convenciones de LEWIS, y que reduce la racionalidad de los actores a compromisos individuales y con motivos autointeresados. Por su parte, ella considera que las convenciones son mejor comprendidas desde una perspectiva holística, como compromisos conjuntos (*joint commitments*) que no se reducen a la racionalidad de la acción conforme a compromisos individuales⁴⁴. Una convención social –precisa– constituye un principio de acción conjuntamente aceptado, un salvoconducto (*fiat*) acerca de cómo actuar en ciertas situaciones sociales⁴⁵. Entonces, las convenciones sociales solamente son posibles cuando cada parte expresa su voluntad de comprometerse en conjunto con éstas⁴⁶. En este sentido, una vez que uno se ha comprometido con la acción conjunta, uno se auto-comanda, o impone a sí mismo el deber (*ought-imposing*) de observar la convención⁴⁷.

Como consecuencia de este –llámenoslo– compromiso colectivo robusto, la existencia de una convención y su fuerza normativa no depende en manera alguna de la

⁴³ GILBERT, 1989: 354.

⁴⁴ GILBERT, 2008: 5.

⁴⁵ GILBERT, 1989: 377.

⁴⁶ GILBERT, 2001, 115.

⁴⁷ GILBERT, 1989: 374.

expectativa de que los demás la cumplan pues, la convención existe incluso si aún nadie la ha llevado a cabo, e incluso si todos han dejado de cumplirla⁴⁸. Con esta perspectiva en mente, GILBERT considera que ninguna de las condiciones presupuestas por LEWIS es necesaria para dar cuenta de las convenciones sociales. En general, expone MARMOR, son dos las consideraciones primordiales a partir de las cuales se despliega esta crítica⁴⁹. Primero, GILBERT rechaza que las convenciones deban ser practicadas para existir *qua* convenciones sociales. En este sentido, las convenciones no necesariamente son el resultado de un problema de coordinación⁵⁰, con lo cual se erradican los elementos que sólo se presentan en esquemas de preferencias involucrados en estos problemas, esto es, las expectativas mutuas, los precedentes prominentes y las exigencias de conformidad⁵¹.

Segundo, GILBERT rechaza a la arbitrariedad como una característica esencial de las convenciones. La arbitrariedad es un presupuesto de la racionalidad de los agentes ligado al supuesto de que preferirán seguir cualquier curso de acción con la única condición de que los demás también lo sigan. En este sentido, los actos precedentes y las peculiaridades prominentes juegan un papel importante en la formación de expectativas recíprocas. Si en el pasado (por cualquier motivo) se ha hecho ϕ , y esto fue público y notorio (es de conocimiento común), en la próxima oportunidad realizaré ϕ ante la expectativa de que los demás también harán ϕ , y considerando que es muy probable que los demás esperen que yo también haga ϕ ⁵². No obstante, GILBERT no alcanza a comprender que el conocimiento común de un suceso precedente automáticamente genere expectativas de conformidad entre agentes racionales⁵³ puesto que «[...] the fact that two agents have in the past done their parts in an equilibrium in itself says nothing about what *either one* will do in the future. [...] this has no logical consequences for what I should in fact actually do, or expect him to do [...]»⁵⁴.

⁴⁸ GILBERT, 1989: 346; POSTEMA, 2011: 510.

⁴⁹ MARMOR, 2009: 26.

⁵⁰ GILBERT, 1989: 344 – 345.

⁵¹ GILBERT, 2008: 11.

⁵² LEWIS, 2002 [1969]: 57 – 58.

⁵³ GILBERT, 1989: 330.

⁵⁴ «[...] el hecho de que dos agentes en el pasado hayan hecho sus partes en un equilibrio de coordinación no dice nada acerca de lo que cualquiera de los dos hará en el futuro. [...] esto no tiene consecuencias lógicas para lo que de hecho yo debería hacer, o esperar que el otro haga». GILBERT, 1989: 332.

En este orden de ideas, la arbitrariedad en las convenciones de LEWIS rompe con el criterio de colectividad. Esto es, para GILBERT las convenciones constituyen a las colectividades o sujetos plurales en la medida en que son consideradas «suyas» pues involucran a todos⁵⁵. La idea que subyace es que, en las convenciones de LEWIS, las acciones requeridas involucran la participación de los sujetos de una manera tan endeble, poco comprometida, que no bastan para justificar la creación de un sujeto plural⁵⁶. Para GILBERT, las convenciones de LEWIS no manifiestan ningún compromiso por parte de los sujetos involucrados en la colectividad. Como recalca GUALA, si en estas convenciones se puede afirmar que existe normatividad, ésta es muy débil a los ojos de GILBERT⁵⁷ quien, en cambio, considera que las convenciones son definibles en términos de salvoconductos grupales (*group fiat*) o principios de acción conjuntamente aceptados (*jointly accepted principle of action*) que involucran de una manera esencial a la colectividad.

Indudablemente GILBERT presenta consideraciones importantes sobre las convenciones, varias de las cuales son retomadas por diversos pensadores, y que darán entrada a algunos de los puntos que se desarrollarán y discutirán a lo largo de este capítulo (y el próximo). Sin embargo, una de estas objeciones es la más relevante y debe ser abordada antes de continuar.

Un supuesto toral del positivismo jurídico consonante con la tesis de las fuentes sociales es que cualquier cosa que el derecho sea, en sustancia o contenido, es contingente. Esto es, las normas que componen un ordenamiento jurídico responden a hechos sociales que son fortuitos, a circunstancias propias de cada sociedad que bien pudieron ser distintas; no hay normas jurídicas necesarias. En este sentido es que el convencionalismo jurídico calza como marco explicativo adecuado ante a las exigencias de una teoría positivista. El derecho con el que contamos como sociedad, nuestras normas, atienden a circunstancias arbitrarias frente a las cuales es perfectamente posible vislumbrar que pudo ser de un modo distinto. Entonces, si la tesis de la arbitrariedad es errada, el positivismo jurídico de corte convencionalista, cuanto menos, tambalea.

⁵⁵ GILBERT, 1989: 9.

⁵⁶ GILBERT, 1989: 361.

⁵⁷ GUALA, 2012: 3111.

MARMOR señala que el problema de la postura de GILBERT es que asume que la definición de arbitrariedad de LEWIS equivale a «indiferencia», y no lograr notar en qué radica la naturaleza esencialmente arbitraria de las convenciones; falla en advertir que las razones para seguir convenciones son razones que dependen en parte del cumplimiento de los otros (*compliance-dependent reasons*)⁵⁸. MARMOR señala que, si existe algo especial acerca de las reglas convencionales, esto debe encontrarse en el modo en que figuran en el razonamiento práctico⁵⁹. Las convenciones figuran en un sinnúmero de situaciones de la vida social, pero si algo comparten en común es que son arbitrarias. La arbitrariedad es una de las características esenciales de las convenciones, y juega un papel fundamental en la explicación del razonamiento práctico de los individuos para observarlas. Una regla es arbitraria si es concebible que pueda existir un curso de acción alternativo sin pérdida significativa de su función. En este sentido, la regla es tan arbitraria que una razón parcial de su vigencia es que los motivos que los individuos tienen para seguirla es que los demás también lo hacen. Es decir, proporciona razones que dependen del cumplimiento de los demás. Si los demás no siguen la regla, no tiene sentido seguirla uno mismo. Esto presupone que las reglas convencionales surgen frente a problemas sociales de coordinación; situaciones en las que cada agente prefiere concertar su actuar con el de los demás a seguir su preferencia para actuar con independencia.

Las objeciones de MARMOR avanzan para resaltar que son pocos los especímenes de convenciones sociales que involucran a toda una colectividad e, incluso, las normas que involucran a toda la colectividad no necesariamente son el resultado de convenciones sociales; de hecho, habitualmente estas normas son el resultado de un acto de promulgación. También, las nociones de «salvoconductos grupales» o «principios de acción conjuntamente aceptados» son oscuras, y bien pueden ser entendidas no en términos de convenciones, sino de razones generalmente aceptadas o, alternativamente, acuerdos⁶⁰. Entonces, es cierto que algunas convenciones sociales conforman la identidad de un grupo. Pero, recalca MARMOR, existen convenciones transversales entre sociedades y culturas, y solamente bajo interpretaciones muy forzadas podríamos decir que constituyen comunidades. Por ejemplo,

⁵⁸ MARMOR, 2009: 26 – 27.

⁵⁹ MARMOR, 2009: X.

⁶⁰ MARMOR, 2009: 27 – 28.

las convenciones sobre las notaciones de signos matemáticos suelen iterarse en varias sociedades que no se distinguen por esta convención, y sería un gran despropósito decir que quienes siguen ciertas convenciones de notaciones matemáticas por ese simple motivos constituyen un grupo con identidad propia y principios de acción conjuntamente aceptados. También, la mayor parte de los conductores estaría de acuerdo en que uno debe revisar y cambiar periódicamente el aceite de su automóvil; sin embargo, el seguimiento de esta regla es vacilante; y más aún, sería muy extraño decir que, porque existe consenso en este aspecto, entonces hay un grupo con una identidad y compromiso compartido acerca de la necesidad de cambiar periódicamente el aceite del propio automóvil a pesar de que lo hagan muy esporádicamente.

Las contrarréplicas a GILBERT pueden continuar para señalar que parece no haber comprendido del todo bien la empresa de LEWIS, especialmente en la explicación del seguimiento de precedentes como cánones prominentes que pueden guiar la acción de los agentes. GILBERT tiene razón en señalar que del hecho de que dos personas en el pasado hayan actuado de un determinado modo no se sigue ninguna consecuencia lógica acerca de lo que harán en el futuro. Pero este señalamiento es desatinado, pues LEWIS no ha pretendido –ni nadie que haya seguido la línea humeana de la explicación de las convenciones – que su creación y seguimiento sea una cuestión de razonamiento lógico por parte de los sujetos involucrados⁶¹; no al menos si por «lógico» se entiende una lógica deductiva de consecuencias necesarias. En cambio, esta línea explicativa de las convenciones como mecanismos de cooperación considera que no es oportuno sobrevalorar el uso de «*la razón*» como mecanismo para encontrar soluciones para los problemas de coordinación y, en cambio, que el comportamiento intuitivo y cierta tendencia a la cooperación e imitación⁶², *i.e.*, una inclinación por preferir armonizar en oposición a las consecuencias negativas que conlleva no encajar, son presupuestos de cierta psicología especulativa⁶³, premisas que

⁶¹ POSTEMA, 2011: 492.

⁶² BLACKBURN, 2008: 66 – 67.

⁶³ Como se verá en el capítulo próximo, estos presupuestos de psicología especulativa que HUME induce a partir de la observación del comportamiento humano serán ratificados en cierto modo por los estudios contemporáneos en psicología comportamental y sus explicaciones acerca de los mecanismos inconscientes, no racionales, con los cuales operamos en la toma de decisiones cotidianas.

permiten explicar la tendencia por generar patrones regulares de comportamiento a pesar de que éstos no tengan mayor fundamento lógico o racional.

El que continuemos comportándonos como lo hemos hecho en el pasado no obedece un razonamiento lógico por nuestra parte, sino más que nada a un razonamiento intuitivo. Frente a un suceso que requiere una acción, pero ante el cual no existe indicación certera de cuál sea la acción adecuada, la intuición es seguir la tendencia y actuar como se ha hecho en el pasado y como asumimos que es más probable que los demás actúen en el futuro. Cuando esto se reitera y la regularidad de comportamiento se consolida, las expectativas recíprocas por seguir esos cursos de acción se intensifican. De tal modo, incluso si no hubiera leyes de tránsito vigentes, no hay duda de que existe algo inconsistente en el razonamiento pragmático de un individuo en Londres si éste, un día, decidiera que va a conducir por la derecha porque ha penado que del hecho de que todos siempre han conducido por la izquierda no lo vincula de ningún modo y además no tiene lógica alguna. Por otra parte, como señala POSTEMA, formar una intención, en sí mismo, no constituye una razón para la acción. De modo que autoimponerse el deber de seguir una convención no implica lógicamente ninguna normatividad⁶⁴.

Las convenciones son reglas creadas a partir del comportamiento colectivo y en cuya existencia creemos como grupo social, no actuamos así porque sea una exigencia lógica; de hecho –como se verá en el capítulo próximo– muchas convenciones vigentes suelen contradecir distintos postulados de racionalidad, no son óptimas, pero las seguimos en la mayoría de las ocasiones, pues decidir unilateralmente contravenir las convenciones acarrea costos sociales y personales. Esto apunta a otro importante aspecto de la racionalidad intuitiva que asume LEWIS, y que GILBERT considera muy endeble. El residente común de Londres no está comprometido con conducir del lado izquierdo, al menos no en un sentido fuerte que evoca el término. Un compromiso implica sostener la postura asumida, incluso a pesar de la adversidad; pero estoy casi seguro de que cualquier indicio de compromiso se desvanecería con facilidad en el común de los residentes de Londres si por cualquier motivo un día se anunciara que se han cambiado las rutas de la ciudad y, como consecuencia, ya no es apropiado conducir del lado izquierdo y ahora es debido hacerlo por el otro lado. Aunado

⁶⁴ POSTEMA, 2011: 514 – 515.

a esto, el londinense en algún sentido puede considerar la convención de conducir del lado izquierdo como propia, a sabiendas de que existen lugares en donde se conduce por la derecha, pero suena extraño que consideren que esto es de alguna manera algo que los define como un sujeto plural. En resumen, cualquier cosa que pueda ser denominada como un «compromiso» con una convención se esfuma en el instante en el que existen buenos motivos para saber que los demás dejarán de seguirla y, con todo, que dejar de seguir alguna convención no significaría que el sujeto plural, la comunidad, se ha extinguido.

Finalmente, es importante no ignorar también que, en última instancia, la postura de GILBERT falla como alternativa al modelo de LEWIS pues no logra resolver el problema del nacimiento de las convenciones en cuanto, en su teoría, la formación de un acuerdo depende de actos lingüísticos (o al menos de acciones simbólicas que cumplan las funciones de los actos lingüísticos)⁶⁵ de los cuales no logra dar cuenta.

2. 2 Las razones de las convenciones

Es posible que el punto primordial de crítica de GILBERT a las convenciones de LEWIS –y de modo paralelo, de varios autores a las reglas sociales de HART (incluyendo las reglas de reconocimiento)– es que no se comprende que las convenciones tengan normatividad, o generen obligaciones. En esto recae la crítica de GILBERT al individualismo metodológico de LEWIS, que entabla hablar de un esquema de preferencias a partir de las cuales los agentes actúan. La inconformidad consiste en que las preferencias no son razones heterónomas para la acción, de modo que, si un agente así lo decide, no realiza la acción, por lo cual no está obligado frente a nadie. Esta observación tiene un buen punto; pero uno que acaso recae en cierta confusión que se genera por la falta de precisión en los términos empleados por LEWIS, y no en su teoría, en la que no ignoraba que las convenciones tuvieran normatividad, esto es, que constituyesen razones heterónomas y no simples determinaciones subjetivas para actuar.

LEWIS escribe acerca de las convenciones en términos de preferencias para actuar y llevar a cabo la regularidad de comportamiento que logra la coordinación entre los involucrados. Como es posible constatar en las críticas de GILBERT, a menudo las preferencias son entendidas como decisiones enteramente subjetivas. La pregunta es

⁶⁵ ARENA, 2014, 79.

razonable ¿cómo alguien va a tener una preferencia que no sea subjetiva? Pero, la cuestión de las preferencias que generan las convenciones es que, no son totalmente subjetivas, en el sentido de que se presentan en un contexto socialmente condicionado, de modo que los motivos que llevan a la formación de las preferencias no responden a inclinaciones enteramente personales, aunque en última instancia las preferencias conformadas sí responden a la decisión de los individuos de actuar de esa manera.

Si la decisión dependiera exclusivamente de su propia voluntad y fueran indiferentes las consideraciones respecto de los demás, el agente en cuestión probablemente elegiría la opción de acción α , pero dado que –por cualquier motivo– desea coordinarse con los otros más que nada, y sabe que lo más probable es que los demás no elijan la opción de acción α , entonces decide ejecutar la opción de acción β , porque a partir de la información con la que cuenta, le parece plausible inferir que ese será el curso de acción que los demás elegirán. Es este el sentido en el que todos deciden actuar conforme a β , por el primordial motivo de que los demás creen que sus pares elegirán dicha opción, y es así como β adquiere un cierto halo de heterogeneidad propio de las normas sociales; de normatividad extrínseca, distinta a la de las preferencias individuales puras. Ciertamente, al final, actuar conforme a β es una decisión individual y; en este sentido, una preferencia subjetiva. Pero es una decisión individual que obedece a las circunstancias en las que están involucrados los cursos de acción de los demás, no responde a una libertad incondicional para actuar⁶⁶.

Por ilustrar, si voy a Manchester y tengo que conducir por la ciudad, mi preferencia enteramente personal es conducir por el lado derecho como siempre lo he hecho, pero decido conducir del lado izquierdo sabiendo que lo más probable es que los demás conduzcan por la izquierda. Me parece que es importante recalcar que finalmente yo decido, y por razón de conocer la convención, someto mi deseo de conducir por la derecha (que responde a gustos enteramente personales) a mi otro deseo que estimo más valioso, el de coordinar mi acción con la de los demás conductores y, por tanto, manejar por la izquierda. Y ciertamente, siempre cabe la posibilidad de que yo sea un terco empedernido y, a pesar de conocer la convención, decida salir a conducir del lado derecho –aunque sea despacio para procurar no chocar con los demás. La convención vigente es parte de lo que explica mi comportamiento,

⁶⁶ LEWIS, 2002 [1969]: 134.

pero no lo causa; y en este sentido, la convención funciona como una norma social. Con las normas promulgadas la situación no es muy distinta. Si el Parlamento emite una disposición que señala que está prohibido salir a la calle utilizando sandalias con calcetines, depende de mí decidir si salgo a la calle con sandalias y calcetines, a pesar de que sé que existe la posibilidad de encontrar consecuencias negativas si lo hago. Entonces, para evitar equívocos, MARMOR sugiere que, para hablar de las condiciones que incitan a la racionalidad coordinativa, es preferible cambiar la terminología para hablar de razones para la acción⁶⁷. Pero, finalmente, es una cuestión terminológica.

2. 3 Contingencia

Entonces, en principio es posible aceptar que las convenciones son normativas, pues otorgan razones heterónomas para la acción. Pero, como resalta ARENA, un problema acerca del convencionalismo, cuando se lo confronta a la luz de la práctica jurídica, es que la elección arbitraria entre opciones no parece cuadrar bien con ciertos rasgos que se atribuyen a la práctica jurídica, sobre todo, la importancia política de los criterios de validez jurídica⁶⁸.

En esta línea, CELANO objeta que el convencionalismo no resulta adecuado para dar cuenta de las reglas de reconocimiento, siendo fatal para estos fines la arbitrariedad de las convenciones. Entonces; argumenta, las reglas de reconocimiento son el resultado de conflictos políticos, institucionales, ideológicos, revoluciones, luchas por la conquista del poder político e, incluso, disputas por la idea de legitimidad. En suma, son el resultado de ciertos hechos históricos con explicaciones que van más allá de los acuerdos espontáneos alcanzados entre una multiplicidad de actores.

El problema de las condiciones de existencia de las reglas de reconocimiento es el problema de las causas que explican su creación y existencia. Por tanto, considera CELANO, la idea de que las reglas de reconocimiento sean arbitrarias parece un sinsentido⁶⁹. No obstante, frente a esta visión son se pueden dirigir las mismas respuestas que se presentaron para las objeciones expresadas por GILBERT, y es que también confunde arbitrariedad con indiferencia y; como señala VILAJOSANA, los elementos citados por CELANO son importantes,

⁶⁷ MARMOR, 2016: 52.

⁶⁸ ARENA, 2009a: 188.

⁶⁹ CELANO, 2003: 329.

pero no para explicar la existencia de las reglas de reconocimiento y de los ordenamientos jurídicos, sino para explicar su identidad⁷⁰ sustantiva, ideológica. En este tenor, como se ha insistido, la arbitrariedad es mejor comprendida como contingencia y; a este respecto, no existe lugar a duda de que los procesos históricos que dan lugar a la identidad de un orden jurídico son contingentes, lo que permite explicar que sea posible constatar que haya ordenamientos jurídicos religiosos basados en la Sharía a la par de ordenamiento laicos, ordenamientos comunistas a la par de ordenamientos que adoptan a la libertad de mercado como uno de sus principios rectores⁷¹. Por este motivo, como también se ha señalado, para el convencionalismo no son tan relevantes los motivos que dan lugar a un patrón de conducta, importa que sea reiterado y utilizado como un canon común para coordinar la conducta de los individuos.

2. 4 Convenciones constitutivas

Entonces, la arbitrariedad no implica abandonar el convencionalismo. Pero existe otro problema por sortear pues, en apariencia, hay algo más en el convencionalismo que no es fácil de explicar si simplemente nos enfocamos en los problemas de coordinación. En este sentido, GILBERT tendría razón, no todas nuestras convenciones se ajustan a los problemas de coordinación y, esto permearía a la explicación teórica del derecho, pues no parece que todos los problemas que los jueces enfrentan al identificar y aplicar el derecho sean problemas de coordinación⁷². Esta es la postura de MARMOR, quien considera oportuno complementar la explicación de LEWIS y proponer que, a la par de las convenciones de coordinación, existen convenciones constitutivas sin las cuales varias de nuestras instituciones no son comprensibles.

En efecto, MARMOR considera que hay un rango de convenciones que no se pueden explicar en términos de soluciones a problemas de coordinación; convenciones cuya función

⁷⁰ VILAJOSANA, 2016: 138.

⁷¹ Por cierto, el convencionalismo da un paso más allá, es más abstracto, y se plantea responder porqué entre una variedad de actos que pueden promover ciertos fines y propósitos organizativos, aquellos que son especificados en sus reglas son deberes específicos; es decir, su incumplimiento es reprochable. En este sentido, dos ordenamientos promotores del liberalismo económico no necesariamente contienen las mismas reglas convencionales, y pueden promover el mismo modelo económico por medio de reglas distintas. Véase GANS, 1981: 334.

⁷² POSTEMA, 1982: 196 – 197; MARMOR, 2016: 51, ARENA, 2019a: 161.

es constituir prácticas sociales⁷³. No todos los problemas que enfrentamos implican coincidencia de intereses ni información común suficiente para ser planteados como problemas de coordinación. No son infrecuentes las situaciones en que los sujetos se encuentran involucrados en problemas que obedecen al connotado *dilema del prisionero*; esto es, en principio los involucrados tienen intereses opuestos, en el sentido de que la acción que más beneficia a uno puede ser la más perjudicial para el otro, pero no tienen forma de comunicarse ni información suficiente para saber cuál será la acción que el otro ejecutará. Esto impediría la cooperación, pues la inclinación de un agente racional será la elegir el curso de acción que más le beneficie ante la suposición de que el otro agente también es racional y también procurará su mayor beneficio, lo que impediría que se coordinen para elegir el curso de acción que equilibre sus preferencias. Algunas soluciones al dilema del prisionero requieren modificar el esquema de posibles beneficios, lo que implica la intervención de un factor externo, alguna suerte de presión. Esto sería posible gracias a las convenciones constitutivas, que instituyen una forma de comportamiento que no habría podido existir sin éstas⁷⁴.

MARMOR considera que no es inteligible concebir que todas nuestras convenciones existan para resolver problemas de coordinación. Incluso, piensa que insistir en que a todas las convenciones sociales subyace una racionalidad de la coordinación subestima seriamente el ingenio de la naturaleza humana⁷⁵. Para esto toma las reglas del ajedrez como paradigma y plantea que no tiene sentido decir que éstas existen para resolver un problema de coordinación entre dos jugadores. Anticipándose a posibles réplicas, a esto agrega, si se permite que toda acción concertada entre un número de individuos cuente como un problema de coordinación en un sentido relevante, entonces se coincidirá en que todas las interacciones sociales son soluciones a problemas relevantes de coordinación lo cual; discurre, parece poco probable y filosóficamente trivial⁷⁶.

Si las convenciones constitutivas son útiles para explicar las reglas del ajedrez, piensa MARMOR, con mayor razón lo serán para explicar las reglas de reconocimiento. Dos

⁷³ MARMOR, 2009: 31.

⁷⁴ MARMOR, 2016: 53 – 54.

⁷⁵ MARMOR, 2016: 59.

⁷⁶ MARMOR, 2009: 22 – 23.

consideraciones motivan este planteamiento. Primero, no logra concebir que jueces y funcionarios enfrenten problemas de coordinación en la identificación y aplicación del derecho, antes bien, los problemas que enfrentan responden más a las condiciones del dilema del prisionero⁷⁷. Segundo, en el fondo MARMOR es un escéptico de la normatividad de las convenciones de coordinación; o al menos duda de que tengan fuerza suficiente para explicar ciertas instituciones pues, como señala, «[i]f [...] just about anything we do together is a matter of coordination, then we really do not have even the beginning of an explanation of what makes doing things together normatively binding, or even rational»⁷⁸. En concordancia, no cree que las razones que proporcionan las convenciones de coordinación puedan asemejarse al tipo de razones que existen para tener derecho, entre las que se encuentran, instituir autoridades. Entonces, con el fin de englobar estas consideraciones, MARMOR recalca que, para que los jueces tengan un problema de coordinación, primero tenemos que poder identificarlos *como jueces*, es decir, necesitamos un conjunto de reglas que constituyan sus específicos roles constitucionales; por tanto, necesitamos las instituciones del derecho para primero tener un problema de coordinación⁷⁹. Finalmente, mantiene que solamente las convenciones constitutivas pueden generar normatividad condicional⁸⁰, y esto explicaría las obligaciones de los jueces de seguir las reglas de reconocimiento.

Aunque arroja luz sobre aspectos importantes de las prácticas convencionales, la propuesta de MARMOR no se encuentra exenta de controversias. En particular, el núcleo del problema que subyace a su propuesta es que parece asumir que las reglas regulativas y las reglas constitutivas son categorías que se excluyen mutuamente o, en este caso, convenciones de coordinación y convenciones constitutivas, respectivamente. Ante esto, cabe replicar que, como hemos visto, el propio SEARLE no plantea la distinción en estos términos y no se encuentran motivos para sostener la separación tajante. Ahora, por supuesto que existe un sentido en el que, por definición, las reglas de reconocimiento son constitutivas, puesto que es a partir de su existencia que contamos con derecho, en el sentido complejo del término, de ordenamientos jurídicos sistematizados. Pero esto es una perogrullada, y no es una

⁷⁷ MARMOR, 2009: 165.

⁷⁸ «[s]i [...] cualquier cosa que hagamos juntos es un asunto de coordinación, entonces no contamos siquiera con el comienzo de una explicación de lo que hace que hacer cosas juntos sea normativamente vinculante o, incluso, racional». MARMOR, 2016: 61.

⁷⁹ MARMOR, 2016: 54.

⁸⁰ MARMOR, 2009: 168.

explicación de nada intrigante acerca de las reglas de reconocimiento, ni de sus condiciones de su existencia ni de los problemas que resuelven. En esta línea, un aspecto relevante es que MARMOR parece no distinguir entre enfrentar un problema de coordinación, y el fin o motivo para tener una convención. En consonancia, POSTEMA resalta que las prácticas convencionales no necesitan preocuparse únicamente por resolver problemas de coordinación. Una práctica convencional difícilmente tendrá como fin exclusivo la coordinación. Como señala GANS, las reglas que coordinan acciones siempre tienen una finalidad ulterior⁸¹. Como consecuencia, la coordinación solamente es inteligible cuando se la entiende al servicio de otros fines concebibles; y lo mismo se puede decir de la práctica de *constituir*⁸². En este sentido, ENDICOTT señala, una regla consuetudinaria tiene la capacidad de proporcionar coordinación a los sujetos que la necesitan, y se puede hablar de una buena regla si existe un valor que se concreta en la coordinación que proporciona el seguimiento de la regla⁸³.

Para MARMOR, las convenciones constitutivas, a pesar de no ser coordinadoras, son convenciones por dos motivos: son arbitrarias y necesitan ser practicadas para existir, es decir, son razones que dependen del cumplimiento de los demás. Pero, a diferencia de LEWIS, nunca explica las condiciones frente a las que nacen las convenciones constitutivas. Esto es, desde una perspectiva *ex ante* a la existencia de la convención, no es claro qué tipo de circunstancia (contingente) es la que da lugar al surgimiento de una práctica, y que ese suceso no implique una exigencia de coordinación de acciones. De modo instintivo, parece que sólo existen dos tipos de hechos. Las convenciones constitutivas son el resultado de directrices, si son producto del acto de un único sujeto o, son el resultado de estipulaciones, cuando son consecuencia de la deliberación de dos o más sujetos. Incluso, no se comprende cómo es que el problema que haya dado lugar a la creación de una convención no implicase un problema de coordinación relevante. Parece evidente que el común de las reglas del ajedrez son el resultado de directrices propuestas por una persona, o por estipulaciones negociadas entre unos cuantos, pero la razón de contar con un juego como el ajedrez –como en general de

⁸¹ GANS, 1981: 342.

⁸² POSTEMA, 2011: 531.

⁸³ ENDICOTT, 2020: 225.

cualquier actividad conjunta— es un tema de coordinación, de concordancia, para que nuestras diversas acciones encajen⁸⁴ de cierto modo con una finalidad común.

En sociedades con menos distracciones en comparación con las modernas, ¿cuál sería el motivo de inventar o crear un juego que involucra la participación de dos o más personas? La respuesta, considero, es el ocio o el aburrimiento, y la finalidad es abatirlo. Para combatir el aburrimiento en conjunto, dos o más personas deben encontrar una serie de acciones para interactuar de manera convergente y que éstas representen un desafío para las dos, de modo que se entretengan. Esto, no tengo duda, involucra una forma de coordinación, y no una forma trivial como parece suponer MARMOR, pues concertar acciones recíprocas parece exigir un proceso intelectual significativo dado que, si bien el fin de un juego puede ser derrotar al otro, las acciones deben concordar para que sean desafiantes para las dos partes, lo que no se antoja tan sencillo de elucubrar.

Ignoro la historia de la creación del ajedrez, pero supongo que originalmente se inspiró en buscar recrear las dinámicas de las guerras entre reinos. Imagino un supuesto, en donde dos personas aburridas comenzaron a idear reglas para un juego que imite los sucesos bélicos. Con este fin constituyeron piezas y establecieron sus movimientos posibles. Esta actividad constitutiva es esencialmente coordinativa, los dos deben coincidir en que las piezas pequeñas cabezonas son peones, y también coincidir en que solamente se pueden mover frontalmente, a excepción de cuando un peón va a comer a un adversario. Tener este entendimiento común, y actuar en consecuencia, es importante, porque si pretendo jugar ajedrez y mi supuesto rival decide que sus peones vuelan, los caballos son unicornios que se mueven en zigzag, la muerte del rey es imposible porque la reina se entristece, y que cuando le digo «jaque» me responde «eso lo serás tú», pues definitivamente nuestras acciones no se coordinan, y haremos muchas cosas, pero no *jugar ajedrez*. Entonces, las convenciones constitutivas, como las reglas del ajedrez, parece que son ideadas ante un suceso que exige coordinación y, a la vez, su institución permite a dos personas coordinarse con el fin de jugar ajedrez, y todo lo que ello pueda implicar.

⁸⁴ Las acciones que exige una convención de coordinación son distintas entre las partes, lo que importa es que «encajen» entre sí. ARENA, 2014: 83.

En cualquier modo, es posible conceder a MARMOR que las reglas del ajedrez son convencionales, pero que el común de ellas no pudo haber sido creadas por medio de la dinámica de LEWIS, esto es, por medio de acciones espontáneas no concertadas. Pero esta es una concesión menor. Ni para LEWIS, ni para HUME (en quien se inspira), era un misterio el hecho de que podamos crear reglas, convenciones, y generar obligaciones recíprocas de manera expresa, utilizando el lenguaje para emitir directivas o estipular cánones comunes. De hecho, esto es lo que se da por sentado. Para HUME lo misterioso consistía en explicar la aparente creación de obligaciones sociales a partir de la interacción de dos o más personas que nunca manifestaron expresamente su deseo de que esto sucediera. En términos del reto que asumió LEWIS, cómo acordar directivas sin lenguaje, cómo se constituye una autoridad cuando ni siquiera existe el concepto de «autoridad». Esto sólo se puede explicar si se acepta que una convención de coordinación también puede ser constitutiva.

Por estos motivos, se ha propuesto que es mejor hablar de las funciones que las reglas pueden cumplir complementariamente o no, y no de categorías excluyentes⁸⁵. En este sentido, por ejemplo, Hugo, Paco y Luis repentinamente se ven ante una situación en la que tienen que ganar un juego de guerra. Ninguno tiene experiencia al respecto y frente a todos los inciertos aspectos que deben resolver en poco tiempo, deciden coordinarse y resuelven que Luis será el general que tome las decisiones, es decir, que sea la autoridad, puesto que al menos Luis ha sido *boy scout* y algo sobre supervivencia sabrá. He ahí una convención (manifiesta) de coordinación que constituyó a una autoridad, para coordinarlos ulteriormente con el fin de ganar un juego, lo que no es coordinativo en sí mismo. Esto significa que las convenciones de coordinación pueden constituir autoridades. Más adelante, en respuesta a GREEN, presentaré un ejemplo de cómo es que una convención de coordinación –propia lewisiana, que no involucra acuerdo expreso– puede instaurar una autoridad similar a las jurídicas, en un grupo más amplio.

Otro problema que MARMOR encuentra respecto de la imposibilidad de las convenciones de coordinación para generar genuinas razones para la acción, y entonces, para poder ser también reglas de reconocimiento, es que, en la identificación del derecho, los problemas que enfrentan jueces y funcionarios se asemejan más a situaciones de dilema del

⁸⁵ POSTEMA, 2011: 531.

prisionero que a problemas de coordinación, puesto que diversos jueces y funcionarios pueden tener intereses contrapuestos y no contar con un modo inmediato para comunicarse entre ellos. Esta observación es desafortunada porque ignorar aspectos técnicos de la teoría de juegos e ignora los contextos de identificación y aplicación del derecho.

Los dilemas de prisionero, por definición, involucran una única oportunidad de acción, y lo «trágico» de este dilema es que, al no contar con información ni posibilidad de comunicarse, es muy poco probable que los involucrados elijan la opción que beneficia más a todos sin perjudicar más a los otros. Y no existe forma de saber que uno mismo no será el más afectado frente a este panorama. Es decir, la resolución ideal de un dilema del prisionero es que los participantes coordinen sus acciones para elegir la opción que menos afecte a todos los involucrados. Pero, como señala LAGERSPETZ, es muy poco probable imaginar situaciones del dilema del prisionero que sean aptas para explicar los problemas de identificación y aplicación del derecho o instituciones sociales en general, puesto que estos implican que sólo existe una ocasión para actuar⁸⁶ mientras que los problemas de identificación y aplicación del derecho suelen ser recurrentes. Cuando el mismo tipo de problema se reitera, deja de ser propiamente una situación de dilema del prisionero para convertirse en uno de coordinación, porque los participantes ya cuentan con información mutua, de modo que pueden evaluar cómo actuar en función de cómo actuó su contraparte en el pasado y así procurar la opción que menos perjudique a todos los involucrados. Si el tipo de problema se itera en varias ocasiones, es plausible que produzca una convención una vez que hayan encontrado una solución que equilibra las expectativas de todas las partes y que lleguen a sentir como vinculante.

Como conclusión de este apartado, un supuesto de coordinación es necesario para la creación de reglas constitutivas convencionales, de lo que no se sigue que el único fin de éstas sea coordinar la conducta de los involucrados. Lo que significa es que no es sino hasta que ciertas conductas convergen en un entendimiento común para crear una regla que puede ser proyectada como «X cuenta como Y» que podemos explicar la creación de una convención constitutiva; al menos de una que no ha sido creada por medio de procesos deliberados de promulgación. En este sentido, parece que una gran parte de las dificultades

⁸⁶ LAGERSPETZ: 44 – 47.

que afronta el ingenio humano para hacer cosas en conjunto son problemas de coordinación; planteamientos acerca de cómo lograr que las conductas de dos o más personas encajen con miras a lograr un fin común. Contrario de lo que sostiene MARMOR, esto no implica subestimar la inventiva humana; en cambio, la resalta. La coordinación de conductas no siempre es algo sencillo y, no obstante, con ésta construimos instituciones altamente sofisticadas. Por estos motivos HUME era un gran admirador de estas estructuras que sustentan la vida social, especialmente en la medida en que gran parte de sus cimientos parecen «invisibles», en el sentido de que nunca hubo un acuerdo explícito que las haya creado y, sin embargo, existen y funcionan con relativa naturalidad⁸⁷.

3. Dilemas de la normatividad convencional

Las reglas convencionales son el producto de las formas específicas y recurrentes –o habituales si se prefiere– en que nos comportamos para coordinar nuestras acciones y hacerlas encajar, con miras a lograr determinados fines comunes. Que ciertas convenciones tengan más relevancia que otras, y como consecuencia, que su incumplimiento conlleve consecuencias con diversa severidad, se encuentra cercanamente relacionado con la manera en que valoramos el fin al que sirven, o el modo en que nos permiten funcionar en conjunto. Retomando a LEWIS, parece que es instintivo, e íntimamente relacionado al mantenimiento de nuestras reglas convencionales, el hecho de que el comportamiento convergente mediante el cual interactuamos consuetudinariamente genera expectativas recíprocas o sociales.

Las expectativas son importantes en el razonamiento cotidiano de cada actor social porque permiten prever las acciones de los demás, razonar, en cierta medida planificar, y tomar decisiones como consecuencia, de modo que nuestro actuar no tropiece con el de los demás y, a su vez, nosotros podamos llevar a cabo nuestros deseos e, incluso, cumplir con nuestra parte en lo que consideramos son nuestros deberes.

Cuando nos encontramos en «nuestro» ambiente estamos tan familiarizados con nuestros rituales sociales que es extraño percatarse de la complejidad de actos que realizamos en cada instante sin mayor inconveniente y que, sin embargo, resultan muy relevantes para

⁸⁷ BLACKBURN, 2008: 70.

poder ser funcionales en general. Pero, cuando mudamos de ambiente la relevancia coordinadora de las convenciones –el contraste en las expectativas– se torna bastante notoria, incluso en detalles que no parecen importantes. El lenguaje mismo, algo tan cotidiano e internalizado, es una de las primeras cosas frente a las que nos detenemos a pensar en qué decir en el instante en que nos encontramos en otra sociedad.

En mi vida cotidiana en México el lenguaje está dado por sentado, e inmediatamente, cuando tengo un deseo o una necesidad poseo las palabras adecuadas para expresarme y comenzar a hacer que mi acción motive el modo en que deseo que los demás actúen. Pero en el instante en que cambio de sociedad, incluso una hispanoparlante, el lenguaje ya no está tan dado por sentado, y es algo de lo que debo ser consciente o encontraré múltiples inconvenientes. Así, por ejemplo, si me encuentro en algún lugar en Argentina, y si para desayunar deseo un pan dulce, lograré mejor mi objetivo de encontrar un lugar en dónde lo vendan si tomo en cuenta que los argentinos llaman *facturas* al objeto que deseo –concepto que, por cierto, para mí refiere a un documento de naturaleza comercial. Si ignoro este detalle, las convenciones comunes entre hispanoparlantes me permitirán sortear las dificultades con facilidad y todavía lograr mi objetivo. Cualquier argentino más o menos sensato podrá comprender que para mí, «pan dulce» significa el equivalente a las facturas para ellos. En todo caso, habré violado una convención lingüística de poca importancia. Pero más me vale no confiar en mi fortuna y ser consciente de que no todas las convenciones lingüísticas carecen de importancia.

Algunas convenciones conllevan ciertas expectativas que no son evidentes para quien no es un participante originario en una sociedad, expectativas que en muchas ocasiones es importante no defraudar. De tal manera, al llegar al negocio de facturas más me vale no perder la concentración; recordar que estoy en un contexto distinto de lo que me es cotidiano, y que no vaya a suceder que al ver la succulenta *factura* que despierta mi apetito, sin pensar y de manera arrebatada, decir a la persona encargada «me da esa con cajeta». Si ese desafortunado evento llegara a suceder, constataría de manera muy embarazosa que las convenciones lingüísticas argentinas respecto del uso del término «cajeta» no son de relevancia menor y que, con mi violación de tan aparentemente simple convención, he defraudado alguna surte de expectativas de decoro vigentes, y que hubiera hecho bien en

detenerme a pensar y recordar que aquello que para mí es la *cajeta*, en Argentina es el *dulce de leche*. Lo que esto significa es que existen una serie de convenciones que sin duda no son meros hábitos, sino reglas sociales con importancia y peso específicos para la sociedad argentina; para decirlo con HART, comparten una actitud interna, de carácter crítico-reflexivo, acerca cuándo, dónde y con quién uno no debe utilizar esa controvertida palabra e, imagino, contextos en los que está permitido.

Pero no siempre es fácil determinar que uno actúa de conformidad con una regla, incluso cuando se trata de nuestras propias reglas. Esta observación puede ser presentada ante los problemas que surgen cuando miramos a nuestras convenciones en retrospectiva, con lo que se logran aprehender los dos dilemas que serán desarrollados a continuación. Estos problemas se encuentran íntimamente relacionados entre sí, conlleva dificultades explicativas que enfrenta el convencionalismo en general y que, en el campo de la filosofía jurídica, han servido como núcleo de crítica contra las posturas teóricas que asumen esta perspectiva. El primero refiere a las dificultades que implica acreditar que un comportamiento presente es conforme o se adecua con los comportamientos que en el pasado han sido comprendidos como acordes o conformes en relación con el cumplimiento de regla convencional vigente. El segundo; que es posible afirmar que se deriva del anterior, está relacionado con la identidad de las reglas convencionales. ¿Es posible decir que la convención que seguimos en la actualidad es la misma que seguíamos en el pasado, incluso cuando han cambiado tantas cosas? Los siguientes subapartados estarán enfocados en atender dichos dilemas.

3. 1 Seguimiento de reglas

Una vez que contamos con una regla convencional, cumplir con ella –al menos a primera vista– ya no parece ser meramente una cuestión de comportamiento convergente, sino de actos específicos que han de ser efectuados para cumplir con ésta con independencia del comportamiento de los demás; ya no se trata de un mero hábito. Por este motivo siempre existe un halo de penumbra acerca comportamientos futuros que no siempre encajan con

facilidad dentro de la descripción empírica de los comportamientos observados con antelación y que cumplen con la regla⁸⁸.

Retomando un supuesto anterior. Imaginemos que vivo en una sociedad que por algún motivo considera que ciertas convenciones de la moda son consideradas como de máxima importancia, y su incumplimiento no es simplemente un *faux pas* que puede o no generar una sensación de vergüenza contra quien las perpetre. Con propiedad, estas convenciones no son meramente hábitos, sino reglas con fuerte presión social y estigma sobre sus transgresores. Estas convenciones incluso han permitido que se encuentre justificado reprochar públicamente a quien las incumpla. La ciudadanía se ha vuelto en una suerte de policía de la moda en búsqueda del desquiciado o desquiciada que salga de casa con una riñonera, pantalones de cargo con estampado militar y otras aberraciones que son inmediatamente reprochadas en voz alta. Estas son las reglas de mi comunidad, e incluso yo mismo he señalado y reprochado a quien utiliza un suéter de cuello de tortuga con pantalones deportivos. Un día, sin embargo, salgo a la calle y la primera persona con la que me encuentro pega un grito al aire «¡cómo has osado a ponerte calcetines con sandalias!». Semejante acusación me indigna, se trata del peor pecado en la historia de la moda. Si hay una regla que todos conocen es que está totalmente prohibido utilizar sandalias con calcetines. Frente a esto replico que no me he puesto sandalias, son crocs y en mi defensa, aclaro: las sandalias son calzado que deja parcialmente descubierto el empeine y los dedos del pie. Mi acusador contrargumenta, los crocs son una especie de sandalias, tanto es así que es posible ver el calcetín a través de sus agujeros, además de que dejan el talón descubierto.

¿Quién tiene la razón? ¿En verdad he incumplido la regla? Por un lado, es razonable que si los crocs fueran sandalias los llamaríamos así, pero incluso tienen nombre propio y, además, las sandalias involucran correas que cubren el pie, lo que no es el caso de los crocs, *ergo*, seguí la regla. Por ese motivo decidí ponerme los crocs sin vacilar. Por su parte, mi acusador señala que al tener el talón descubierto y partes parcialmente descubiertas en el empeine que dejan entrever el calcetín, los crocs sin duda son un tipo de sandalia, por tanto, incumplí la regla.

⁸⁸ COLEMAN, 2001: 80 – 81.

El problema del seguimiento de reglas es de particular importancia respecto de las reglas (convencionales) sociales, pues, como hemos visto, los actos que encarnan el cumplimiento de la regla son parte de lo que conforma a la regla y explica su desarrollo; motivo por el cual tener una respuesta al dilema de qué constituye el seguimiento de reglas es relevante para nuestra comprensión de las reglas convencionales. Así, el problema del seguimiento de reglas ha tomado como referencia el pensamiento de WITTGENSTEIN, y como consecuencia, se ha desarrollado por dos vertientes.

A. El sospechoso escepticismo democrático

La primer postura, popularmente denominada «escéptica», encuentra origen en una interpretación de KRIPKE desarrollada a partir de una paradoja expuesta en la § 201 de las *Investigaciones Filosóficas* de WITTGENSTEIN en donde dice «no course of action could be determined by a rule, because every course of action can be made out to accord with the rule»⁸⁹. Con esto en mente; y utilizando como paradigma un planteamiento de las § 185 – 188 de las *Investigaciones*, el argumento escéptico de KRIPKE busca mostrar que no existe nada en la regla, ni en los hechos de su uso pasado, o en las intenciones de los que la utilizaron con anterioridad, que permita determinar si un comportamiento presente es o no conforme a ésta⁹⁰.

La idea de KRIPKE se manifiesta con mayor claridad en el siguiente supuesto. Utilizamos la palabra «más» y el símbolo «+» para denotar la conocida función matemática de la suma o adición. La función se encuentra definida por cualquier par de números enteros positivos. Por medio de representación simbólica externa y una representación mental interna, capto o aprehendo la regla de la adición. Sin embargo, a lo largo de mi vida solamente he realizado un número finito de sumas o adiciones, pero la regla determina mi respuesta para una cantidad indefinida de sumas que nunca he efectuado en el pasado. Todo el sentido de la notación matemática es el de representar un conocimiento conforme a ciertas reglas. Al aprender a sumar he captado la regla representada por “+”, de modo que mis acciones pretéritas en relación con la suma determinan una única respuesta para una infinidad de

⁸⁹ «ningún curso de acción puede estar determinado por una regla, porque todo curso de acción puede hacerse concordar con la regla». WITTGENSTEIN, 1958: 81.

⁹⁰ KRIPKE, 1982: 13.

indeterminados nuevos casos para el futuro. Así las cosas, $57 + 68$ es una operación matemática que nunca he realizado hasta la fecha, pero igualmente estoy seguro de estar en lo cierto cuando señalo que el resultado correcto es 125. Impresionado con la confianza en mi respuesta, un sujeto escéptico manifiesta que no tengo motivos para estar tan seguro de mi respuesta, y que no tengo manera de demostrar que el resultado correcto de dicha operación no sea 5. Lo que yo tendría que mostrar para derrotar al escéptico es que mis usos pasados de la regla de adición concuerdan con el uso presente para que el resultado sea 125 y no 5. Pero yo nunca he realizado en el pasado la operación $57 + 68$, motivo por el cual la propuesta del escéptico de que el resultado sea 5 es tan fundada como la mía de que es 125. Esto, porque el escéptico pone en duda que en verdad lo que yo he hecho todo este tiempo sea sumar, que si yo creía esto estaba equivocado, y que en realidad siempre, toda mi vida he dicho *más* cuando en realidad, yo quería decir *quus* y que, por tanto, toda mi vida he estado realizado *quadiciones*⁹¹.

El reto que ha presentado el sujeto escéptico trasciende cualquier problema epistémico, puesto que en los hechos no existe forma de mostrar que en el pasado he realizado operaciones de suma y no de quadición⁹². Ni siquiera un sujeto con capacidades epistémicas divinas para adentrarse en mi mente podría saberlo, porque tampoco es mi intención la que determina que haya seguido la regla para la adición cuando todo este tiempo pude haber estado equivocado⁹³. Como consecuencia, para el escéptico, la acción de alguien que tiene la intención de seguir una regla; de que su comportamiento sea conforme, no es sino un paso a ciegas, un salto de fe cuyo único fundamento es mi propia interpretación del contenido de la regla⁹⁴.

Como es posible constatar, esta postura orilla a un escepticismo radical en el que «todo vale», pues en realidad no es posible el seguimiento de reglas debido que cualquier acción puede ser reconstruida conforme a una regla o en conflicto con ésta. Cualquier cosa que pueda ser señalada como una «acción conforme con una regla» por parte de un individuo,

⁹¹ KRIPKE, 1982: 8 – 9.

⁹² NARVÁEZ MORA, 2004: 118.

⁹³ KRIPKE, 1982: 14.

⁹⁴ IGLESIAS VILA, 1998: 135.

no es en realidad tal, pues no cabe la posibilidad de conocer la regla. Se trata simplemente de su decisión de actuar conforme a la interpretación que el individuo consideró más adecuada.

De manera curiosa, KRIPKE no rechaza la existencia de los denominados «casos fáciles» de seguimiento o aplicación de la regla y, por ende, que exista alguna manera de hablar de parámetros de corrección de la acción ejecutada. Para esta postura, la cuestión no se encuentra en el acto mismo que pretende ser conforme a la regla, sino en el grado de consenso que encuentra en la comunidad que adopta la regla. Un caso fácil implicaría actuar de conformidad con los actos que en el pasado no han generado rechazo o extrañeza en relación con el cumplimiento de la presunta regla. Los casos difíciles serían aquellos en que no es claro si el supuesto presente encaja con los hechos que en el pasado han implicado su cumplimiento. En todo caso, podemos verificar que hemos seguido una regla «correctamente» si nuestra acción no generó ninguna suerte de reacción de rechazo, exaltación o extrañeza por parte de nuestros pares.

Esta visión parece plausible porque nos permite hacer sentido de la realidad, verificar que no todo es caos, y que hay cierta consistencia en el empleo de nuestros conceptos para comprendernos. Pero, para quien comience a sospechar que algo no cuadra del todo bien, aquí viene el giro de la trama pues, en realidad KRIPKE no es un escéptico y nunca lo fue. Incluso, considera que la postura escéptica es insensata y no tolerable⁹⁵.

Considero que la salida que propone al escepticismo se ha dejado entrever. Una regla convencional se compone del consenso que mantiene el grupo social acerca de los hechos o actos que conllevan a su conformidad. Esta postura parece congeniar bien con el convencionalismo de LEWIS puesto que seguir una regla consiste en repetir una acción habitualmente reiterada por el grupo social. Por tanto, sé que estoy siguiendo una regla si encuentro aprobación por parte de los demás y, por el contrario, sé que la he contravenido si encuentro rechazo, lo que significaría que he roto expectativas sociales consolidadas.

El problema que se ha resaltado comúnmente con esta visión «democrática» es que contrasta con nuestra comprensión de lo que es una regla y no escapa de ninguna paradoja, sino que nos conduce a otra. Como expresa BAYÓN:

⁹⁵ KRIPKE, 1982: 60.

«Si sólo sé que estoy siguiendo una regla cuando encuentro que también los demás consideran que el modo en que la aplico es correcto, entonces no es la regla lo que origina el acuerdo (en el sentido de que nos guíe hacia él), sino más bien el acuerdo lo que nos permite decir que hay una regla»⁹⁶.

Entonces, recalca NARVÁEZ MORA que, al buscar un elemento que media entre la regla y sus casos correctos de aplicación, a la solución de KRIPKE le es aplicable la misma paradoja que pretendía resolver⁹⁷. En este modelo seguimos en la penumbra, y simplemente ha sucedido que nuestros saltos a ciegas han coincidido en el pasado; pero seguimos movidos más por la fe que por alguna suerte de certidumbre o conocimiento, puesto que sólo podemos determinar que nuestra acción se adecua con el supuesto parámetro de corrección una vez que la hayamos realizado y recibido el visto bueno de nuestros pares –o su no rechazo. Pero esa pretendida aprobación no erradica los problemas de interpretación, pues siempre cabe la posibilidad de alegar que mi uso presente de la regla concuerda con los usos pasados de la comunidad, el problema radica en quien no ha comprendido la regla que subyace a esos actos pasados.

Finalmente, el convencionalista democrático de KRIPKE podría replicar que, frente a semejante controversia en un caso difícil, prevalecerá la interpretación que logre persuadir de mejor manera a la comunidad. Esto presenta por los menos dos problemas. El primero, que la determinación de lo que cuenta como una regla convencional parece recaer en un postulado democrático que rompe mucho con nuestra comprensión de lo que son las reglas vigentes. Esto es, para determinar si se ha cumplido o no la regla es necesario acudir a otra regla distinta, a la *regla de la mayoría*. Retomando el ejemplo, para resolver la polémica de los crocs, podría convocarse a una cantidad representativa de la comunidad para realizar un ejercicio de comicios y determinar si salir a la calle con crocs y calcetines infringe la regla de las sandalias. En este caso, una mayoría simple en favor de cualquier resultado determinaría si se siguió la regla o se la infringió. Como es notorio, esto no muestra en realidad nada sobre el seguimiento de la regla. El segundo problema es que, si la regla se continúa determinado con posterioridad a todo acto de interpretación que tenga éxito, esto

⁹⁶ BAYÓN, 1996b: 50.

⁹⁷ NARVÁEZ MORA, 2004: 126 – 128.

hace ininteligible la noción de que la conducta pueda ser guiada por reglas Para decirlo con BAYÓN «no se puede seguir reglas si lo que las reglas exigen queda determinado sólo *retrospectivamente*»⁹⁸.

B. La importancia de contar con una gramática

La línea no escéptica, avanzada primordialmente por BAKER y HACKER, considera que la interpretación de KRIPKE es errada, y que WITTGENSTEIN nunca pretendió promover una postura que considerara que cualquier acto podría ser válido en relación con el seguimiento de reglas, pero tampoco negar la existencia de casos fáciles identificables de manera previa a la aplicación o al seguimiento de la regla. La base de su argumento se encuentra también en una frase del segundo párrafo de la § 201 «[...] there is a way of grasping a rule which is *not an interpretation*, but which is exhibited in what we call “obeying the rule” and “going against it” in actual cases»⁹⁹. Entonces, sostienen, la capacidad de seguir una regla no se verifica en ningún elemento exterior a la misma, sino que debe consistir en aprehender la *relación interna* que existe entre ésta (que es un significado) y sus actos de aplicación¹⁰⁰. Sólo la regla –y nada más– es lo que determina qué acto o estado de cosas es conforme con ésta. De modo que el *seguimiento* de una regla cobra pleno sentido con la práctica, cuando los agentes toman cursos de acción con motivo de la regla¹⁰¹.

El punto central de este argumento es que entre una regla y su seguimiento no es concebible que medie un elemento ajeno para verificar su cumplimiento. El punto es fino pero relevante, por lo que es necesario comprender qué lo motiva.

Entonces, bien visto, el cuestionamiento de KRIPKE no es en verdad acerca del seguimiento de reglas, sino de los hechos o actos que pueden o no involucrar su cumplimiento. Esta línea; como se ha visto, invita a cuestionarse si incluso es posible poseer una regla. El planteamiento de WITTGENSTEIN en realidad era distinto y no cuestiona la existencia de la regla. Con referencia a los hechos podemos apreciar la existencia de una regla, pero los hechos son ajenos a la regla. Los hechos no son la regla, de modo que su

⁹⁸ BAYÓN, 1996b: 51.

⁹⁹ «[...] existe una manera de captar una regla que *no* consiste en una *interpretación*, pero que es exhibida en lo que llamamos “obedecer una regla” o “contravenirla” en casos reales». WITTGENSTEIN: 1958: 81.

¹⁰⁰ BAKER & HACKER, 2009 [1985]: 94 – 97, 102 y 172.

¹⁰¹ SILLARI, 2013: 881.

cumplimiento y consecuente existencia no puede implicarlos. El dilema de WITTGENSTEIN en realidad es epistémico en torno al cumplimiento de la regla. El planteamiento gira en torno a la naturaleza epistémica del seguimiento de reglas. Los hechos, como los símbolos y los signos, de algún modo son insuficientes para permitirnos determinar que una acción se encontraba o no de acuerdo con a la regla; y agregar más signos y más símbolos no puede remediar el problema. Entonces, la indagación sólo puede concernir a los involucrados en el seguimiento de la regla, sin recurrir a elementos externos. Por tanto, señala BIX, la cuestión que se plantea WITTGENSTEIN es ¿qué hay en nosotros o en la regla que hace que nuestras respuestas sean correctas o incorrectas (o qué nos justifica a alcanzar esa evaluación)?¹⁰².

La respuesta; se ha adelantado, es la relación interna. Pero ésta no puede ser referida ostensiblemente a ningún hecho. ¿Cómo puedo entonces constatar que existe? La respuesta de WITTGENSTEIN es observar a los «casos fáciles». De hecho, todo el planteamiento del seguimiento de reglas presupone la existencia de casos fáciles de aplicación y seguimiento de reglas. Sin ellos la existencia de nuestras prácticas convencionales nos sería inteligible. Si a pesar de mi constancia y destreza en el seguimiento de reglas sociales persevera mi duda acerca de qué cuenta como seguir una regla, la respuesta que busco se encuentra en la manera en que estoy dispuesto a continuar siguiendo las reglas a pesar de la incertidumbre que me aqueja. «Así es simplemente como actúo»¹⁰³. El punto del planteamiento es muy abstracto, y es que en el trasfondo la relación interna está ligada a la concurrencia de los actos que concuerdan con el cumplimiento de la regla. Esta concurrencia funciona –de manera figurada– como una suerte de *acuerdo de facto* pues, como señala BIX, sin estos arreglos en el trasfondo de nuestros juicios no podríamos seguir las reglas de la manera en que hasta ahora lo hacemos¹⁰⁴. Pero no es hacia un acuerdo a lo que miramos cuando se juzga la corrección de la aplicación de una regla, sino a la regla misma¹⁰⁵. A la idea de que ésta ha sido seguida o no.

¹⁰² BIX, 1993: 36 – 37.

¹⁰³ WITTGENSTEIN, 1958: 85 [§ 217].

¹⁰⁴ Para WITTGENSTEIN los términos «regla» y «misma» se encuentran entrelazadas. Y «acuerdo» y «regla» comparten lazos *familiares*, pues son *primos*. De tal manera, seguir una regla es concebible como el acuerdo de «hacer lo mismo» o, *medir* los resultados de las conductas de modo que coincidan. WITTGENSTEIN, 1958: 85 [§ 224, 225, 242].

¹⁰⁵ BIX, 1993: 41.

En el pensamiento de WITTGENSTEIN, sencillamente es el caso que como sociedad compartimos *formas de vida* comunes al interior de las cuales creamos reglas para funcionar e interactuar. Las formas de vida se suman en parte, y proporcionan una pista para poder explicar los hechos que concurren en formar nuestras reglas convencionales, las cuales son el resultado de los puntos comunes que median entre nuestra naturaleza y nuestro entrenamiento para poder desenvolvernó como sujetos sociales¹⁰⁶. En este sentido, para WITTGENSTEIN, el hecho de que un grupo posea reglas convencionales relativas a diversos aspectos de sus formas de vida es equivalente a poseer una gramática para un juego de lenguaje. Las «reglas de la gramática» son reglas para la utilización de símbolos que nos informan acerca de nuestros juegos de lenguaje, lo que incluye a todas las formas de explicación de los significados, que incluye no sólo las definiciones formales, sino también las ostensivas, los ejemplos, el parafraseo, los gestos, y así¹⁰⁷. También, la posesión de reglas gramaticales conlleva una práctica *inminente*, en el sentido de que cuando dominamos su *uso* ya no nos cuestionamos qué acción es conforme a la regla, simplemente la ejecutamos¹⁰⁸. De tal manera, las reglas –comprendidas como reglas que componen una gramática– son una manifestación de la concepción que tenemos de nosotros y de nuestros entornos, posibilitando que nuestras prácticas comunes tengan sentido. Enfatiza NARVÁEZ MORA, por este motivo el papel que juegan es de carácter normativo; pues son utilizadas para explicar, justificar y criticar nuestros actos y expresiones¹⁰⁹.

3. 2 Un asomo al plano jurídico

Considero que a estas alturas es oportuno realizar algunas observaciones acerca de la manera en que los planteamientos del seguimiento de reglas involucran las consideraciones afrontadas por el convencionalismo en el plano de la teoría jurídica.

En cuanto a la postura escéptica; y hasta donde se mantiene en verdad escéptica, es notoria su influencia sobre las posturas asociadas a ontologías radicales de realismo jurídico que dudan que en realidad la práctica del derecho pueda encontrarse gobernada por reglas.

¹⁰⁶ BIX, 1993: 44.

¹⁰⁷ BAKER & HACKER, 2009 [1985]: 45.

¹⁰⁸ WILLIAMS, 1999: 177.

¹⁰⁹ NARVÁEZ MORA, 2004: 140.

Desde la consigna de HOLMES que expresa que la vida del derecho es experiencia¹¹⁰, son las decisiones de los jueces a las cuales buscamos dar sentido en retrospectiva, hasta el eslogan de la crítica pragmática: «el derecho es política», que acusa a las supuestas normas jurídicas de no ser sino un manto de supuesta racionalidad objetiva para que esconder el hecho de que en realidad el derecho no es sino la voluntad decisoria de los jueces¹¹¹.

Por su parte, un realismo jurídico menos radical, similar al desarrollado en particular por ROSS, y en parte en propuestas de «realismo moderado» como la sugerida por FERRER BELTRÁN¹¹² y en alguna ocasión ensayada por GUASTINI¹¹³, encontraría argumentos tangenciales con el escepticismo arrepentido o «convencionalismo democrático» de KRIPKE. Sin embargo, a estas posturas intermedias les toca definirse en aras de superar los dilemas de la indefinición entre ontologías en principio contrapuestas. Si el realismo mantiene la tesis empirista de que el derecho se constituye únicamente por hechos constatables sin recurrir a abstracciones, no puede dar cuenta de la existencia de normas como significados, o en jerga del debate de la ontología de normas, como «entidades abstractas». Si, por otro lado, se sostiene que las decisiones convergentes de los jueces crean estándares que guían su actuar, entonces se acepta la existencia de normas que logran guiar sus comportamientos y, entonces, el derecho ya no es identificable solamente por referencia a meros hechos (brutos)¹¹⁴. Parece que la balanza en todo caso se inclina por la segunda opción. Pero siendo este el caso, debe permanecer atenta en su conceptualización acerca de las normas como productos convencionales para superar los problemas que encuentra el convencionalismo democrático. Precisamente, una objeción similar es la que dirige HART a la teoría realista de ROSS; puesto que nuestro entendimiento de lo que son las normas se encuentra en serias dificultades si se las concibe como predicciones de las decisiones que tomarán los jueces en el futuro con base en las decisiones que han tomado en el pasado¹¹⁵. Esta postura asume el entendido de que las decisiones pretéritas serían los actos que han logrado consenso y creado patrones que

¹¹⁰ HOLMES, 2009 [1881]: 3.

¹¹¹ BIX, 1993: 45; BAYÓN, 1996: 92; IGLESIAS VILA: 135.

¹¹² FERRER BELTRÁN, 2010: 157 – 159.

¹¹³ GUASTINI, 2014b.

¹¹⁴ Véase, DEI VECCHI, 2017b.

¹¹⁵ HART, 1994 [1961]: 147; ROSS, 2001 [1958]: 48.

denominamos «normas» y, por ende, que cualquier acto futuro que se base en ellas es más probable también llegue a obtener el consenso de la conformidad¹¹⁶.

RAZ resalta que HART desarrolló la idea del punto de vista interno influenciado por el pensamiento de WITTGENSTEIN¹¹⁷. En este sentido, el seguimiento y aplicación de normas en HART obedece a la relación interna manifiesta en el entrenamiento para la utilización de una determinada gramática. Pero esta postura, aunque es atractiva, no aborda el nada insignificante problema de los desacuerdos respecto del seguimiento de reglas.

En efecto, a WITTGENSTEIN le intrigaba el problema epistémico de dar cuenta del seguimiento de reglas y no abordó la cuestión del desacuerdo en torno al seguimiento de reglas. Por su parte, la respuesta de HART es limitada y mantiene abiertas diversas interrogantes. En general, la idea de que existe un núcleo claro de significado empata con la concurrencia o «acuerdo» en el seguimiento de reglas como estándar de corrección de los actos de aplicación, pero esto parecería sugerir que la identificación de una regla es una actividad (totalmente) cognitiva. No obstante, esto último dista mucho de ser evidente una vez que se reconoce que el seguimiento y aplicación de reglas son actividades ineludiblemente sujetas a un espectro de penumbra frente al cual se requiere una actividad interpretativa para elegir diversas alternativas¹¹⁸. Es inconcebible que todas las personas reacciones de manera similar a todos los asuntos y, en donde no todos nos conducimos de la misma manera es difícil poder sostener que exista una práctica estable¹¹⁹ no sólo a partir de la cual se puedan determinar cursos de acción correctos e incorrectos sino, posiblemente más importante, derechos y obligaciones.

HART no profundizó mucho más respecto del tema de los desacuerdos jurídicos y, posiblemente consideraba que no había mucho más que decir al respecto desde la perspectiva convencionalista. En donde termina el consenso se encuentra el límite de las reglas en tanto reglas sociales; *i.e.* convencionales. Mucho menos hubiera buscado pronunciarse en torno a la obligatoriedad de ejecutar cierto curso de acción frente a casos controvertidos, pero tampoco en casos en que la convergencia en la práctica de una regla es estable. Esto hubiera

¹¹⁶ De hecho, en esto consiste la propuesta de ROSS, 2001 [1958]: 42 – 44.

¹¹⁷ RAZ, 2009: 92

¹¹⁸ HART, 1994 [1961]: 12, 251.

¹¹⁹ BIX, 1993: 44.

puesto en dificultad su compromiso con la tesis de las fuentes sociales, así como su pretensión de realizar una teoría descriptiva. Esta idea es mejor captada a partir de las siguientes palabras de NARVÁEZ MORA:

«Dado que el positivismo hartiano no defiende que exista *la* forma correcta de [identificar el derecho], sino que hace depender en qué consiste el derecho válido de la práctica social de identificación, sólo requiere de la existencia de la regla de reconocimiento. Una de las cuestiones más relevantes para que se produzca dicha adscripción de corrección e incorrección será la existencia de expectativas recíprocas y creencias compartidas en un grupo»¹²⁰.

Pero, como señala POSTEMA, no existe una distinción nítida entre el simple cumplimiento de una regla convencional y su interpretación; esto es, entre casos «fáciles» y «difíciles» del seguimiento de una regla¹²¹ y, de hecho, una gran parte de los conflictos sociales versan sobre este talante, como adecuadamente el caso de los crocs sugiere –mi adversario y yo coincidimos sobre la validez de la regla de no utilizar sandalias con calcetines, pero él sostiene que la contravengo al utilizar crocs, mientras que yo no creo que ese sea el caso. Tomar un curso de acción conforme a una norma implica una elección que excluye una serie de funciones que pudieron ser respaldadas por la norma¹²² y, en ocasiones nada infrecuentes, una elección que puede no encajar totalmente con la de mis coetáneos. Entonces, que no exista consenso total respecto del cumplimiento de una regla convencional no es un tema trivial; ni siquiera para un convencionalismo descriptivo puesto que, del hecho de que exista duda acerca de una regla convencional, no se sigue ni que haya dejado de haber cierto espectro de creencias compartidas entre los miembros de un grupo ni que se hayan extinguido las expectativas recíprocas. Por el contrario, cierto espectro de creencias compartidas permanece y sin duda existen aún expectativas recíprocas. Más importante aún, los miembros del grupo no permanecen impávidos frente a los desacuerdos, algo se sigue de ellos, y una explicación convencionalista puede procurar un esclarecimiento al respecto sin abandonar su pretensión descriptivista.

¹²⁰ NARVÁEZ MORA, 2004: 190.

¹²¹ POSTEMA, 2011: 493.

¹²² NARVÁEZ MORA, 2004: 130.

BIX sugiere prestar atención a la explicación que MCDOWELL ha desarrollado en línea wittgensteiniana acerca de cómo abordar lo que sucede en los llamados «casos difíciles» a partir de los «casos fáciles». MCDOWELL toma como ejemplo el desacuerdo en la aplicación de un concepto. Incluso frente a un desacuerdo en un supuesto «caso difícil» es posible que uno sienta la convicción de estar en lo correcto como si se tratara de un «caso fácil» y manifestar «¿qué no lo ves?» o «simplemente no lo captas». Frente a esta compulsión, el problema podría radicar en la incapacidad de comunicar que es el caso que la regla es aplicable. Esto puede deberse a no poder encontrar las palabras, argumentos o gestos adecuados que mejor expresan a la regla –como si se tratara de una fórmula– o, que la regla no es codificable, resiste formulación canónica, lo que orilla a recurrir a pistas o sugerencias para que nuestra contraparte logre aprehenderla. Si ninguna de estas alternativas es posible, y en verdad no es concebible forma alguna de lograr un consenso o de mostrar que en realidad no había discrepancia sustantiva, entonces uno se ve orillado a aceptar que la convicción de estar aplicando genuinamente un concepto era sólo una ilusión¹²³.

MCDOWELL busca ejemplificar que parece haber un conjunto de situaciones intermedias entre los casos claros y los difíciles; casos claramente fáciles y casos manifiestamente difíciles. Frente a esto BIX apunta que hay dos parámetros de constatación: la extensión del acuerdo entre personas y cuántos creen que el resultado elegido es evidente¹²⁴.

El otro aspecto que MCDOWELL aconseja no perder de vista es que los «casos difíciles» pueden presentarse en un trasfondo de acuerdos subyacentes¹²⁵. BIX destaca que se trata de una perspectiva que parece tener un atractivo intuitivo para la comunidad jurídica, puesto que los abogados y los teóricos a menudo sostienen que, aunque puede existir poco acuerdo acerca de los resultados, la práctica del derecho se mantiene relativamente estable y ordenada en virtud de cierto consenso amplio respecto del tipo de argumentos que los jueces y abogados pueden utilizar. Estas sugerencias abren diversas posibilidades acerca de la manera en que podemos analizar y explicar los desacuerdos en los casos difíciles¹²⁶. Podemos

¹²³ MCDOWELL, 1981: 45

¹²⁴ BIX, 1993: 53 – 54.

¹²⁵ MCDOWELL, 1981: 51 n. 14.

¹²⁶ BIX, 1993: 55.

concordar en muchos aspectos, pero igualmente discrepar en nuestros juicios una vez que se confrontan las perspectivas acerca de lo que concordamos. Existen varias explicaciones que se pueden explorar para mostrar por qué esto sucede. En una misma comunidad existen diversas (sub)formas de vida, lo que significa un diverso contexto entrenamiento acerca del seguimiento de reglas; pero también, a pesar de provenir de contextos similares y recibir entrenamientos similares, somos individuos y sentimos y percibimos nuestro entorno de manera particular y nuestros juicios también son reflejo de ello.

En conclusión, el convencionalismo proporciona herramientas suficientes para explicar de manera descriptiva lo que implica contar con prácticas normativas como el derecho. No obstante, el hecho manifiesto de que existan desacuerdos respecto del seguimiento de nuestras reglas parece ser un «punto débil» dependiendo de la perspectiva que se asuma. El convencionalismo puede sostener que los desacuerdos son sólo aparentes o relativos al alcance de las reglas. En el primer caso, el problema consistiría en remover el obstáculo que impide que los participantes vean que en realidad coinciden respecto de la regla. En el segundo caso, el convencionalismo puede señalar que, por ejemplo, el derecho es sin duda una práctica normada, pero que tiene límites para determinar el alcance de su regulación. Ante la indeterminación del alcance de una regla, los intérpretes son los que discrecionalmente deciden si un supuesto es abordado o no por la regla, y esto sería una acción en cierta medida arbitraria, pero se encontraría igualmente circunscrita en el sentido de ser ejecutada dentro de un parámetro de reglas acerca de las cuales no existe desacuerdo. Estas consideraciones, no obstante, distan de ser evidentes y han dado pie tanto a ulteriores propuestas de enmienda al convencionalismo jurídico como a críticas enfocadas a desestimarlos de plano. Estos aspectos serán tratados más adelante.

3. 3 El gatopardismo del convencionalismo

«Se vogliamo che tutto rimanga come è, bisogna che tutto cambi»¹²⁷.

TOMASI DI LAMPEDUSA.

¹²⁷ «Si queremos que todo permanezca como es, es necesario que todo cambie». TOMASI DI LAMPEDUSA, 2009 [1957]: 50.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos fue promulgada en el año de 1917. En poco más de cien años de vigencia, el texto constitucional ha sido objeto de más de setecientas reformas ¿Es posible afirmar que sigue siendo la misma norma fundamental? En un sentido evidente, no. Cuando se compara el texto de 1917 con el texto actual las similitudes son ínfimas y las diferencias son significativas. La afirmación de que a pesar de los múltiples cambios se trata de la «misma» constitución no puede ser comprendida en sentido literal. La exigencia de considerar que el texto constitucional vigente equivale a la misma norma fundamental que se promulgó el siglo pasado es un axioma del ordenamiento jurídico mexicano; esto es, parte de sus reglas de reconocimiento.

Pero que el texto constitucional haya sufrido tantas reformas no se explica solamente por el motivo de tener sus cláusulas de rigidez deficientemente diseñadas. La sociedad y la política mexicana han cambiado constantemente al largo de este centenario y, con ellas, la concepción de lo que debería ser el derecho en sentido sustancial. Como es posible constatar, el entusiasmo por hacer efectivos estos cambios de paradigmas no se han frenado ante el texto constitucional, sino al contrario. Pero, si estos cambios de paradigma han sido sinceros, ¿no significaría esto que han cambiado las reglas de reconocimiento? La respuesta intuitiva nos orilla a afirmar que efectivamente este ha sido el caso, aunque supondría un dilema sobre la identidad del ordenamiento. Pero ni funcionarios públicos, ni juristas, ni el grueso de la población mexicana, consideran que el derecho que los rige tenga una identidad distinta a pesar de los cambios fácilmente constatables a lo largo del tiempo. ¿Se trata de un autoengaño por parte de la población mexicana? Considero que habría que ser más caritativos con los sujetos del derecho mexicano. Después de todo, muchas instituciones han tenido una vida más larga que el ordenamiento jurídico mexicano, han contemplado cambios, y siguen vigentes. Si han logrado esto es porque han conseguido adaptarse a la evolución del contexto en que el que operan.

La manifestación de las reglas convencionales como significados asociados a regularidades de comportamiento conduce a no considerarlas como rutinas estáticas sino como nodos de acción relativamente estables dentro de una dinámica de consideraciones

prácticas¹²⁸. Esto implica que las reglas de reconocimiento, al ser normas consuetudinarias, se encuentran constantemente abiertas al cambio¹²⁹, en el sentido de adaptarse a las exigencias de la población que las utiliza. Esta singularidad se revela con mayor claridad a la luz de las palabras de POSTEMA:

«[...] it would be a serious mistake to think that, while legal practice in general is essentially discursive, it is not so at its foundations. On the contrary, the recognitional practice of officials, as HART and those who follow him understood it, is continuous with the practice of legal reasoning and law-applying generally. It is not sealed off from that activity but rather participates in it, shaping and being shaped by it»¹³⁰.

Esta sección buscará otorgar modelos explicativos acerca de la adaptabilidad de las normas consuetudinarias en tanto productos convencionales respecto del entorno en el que operan para mantenerse vigentes sin que estos cambios impliquen necesariamente la sustitución de una regla por otra, lo que haría ininteligible la identidad y continuidad de nuestras prácticas convencionales y las normas a las que dan lugar.

A. Dirección de ajuste recíproco

En este punto es útil retomar las observaciones MCDOWELL. Los supuestos de aplicación de nuestras reglas convencionales discurren diversos grados de dificultad. Las discrepancias en muchos casos que no son claros pueden consistir en minucias de perspectiva acerca de la regla en cuestión. Con base en el propio trasfondo de las convenciones en el que se desarrolla nuestra práctica de seguimiento de reglas recurrimos a diversos mecanismos de solución. La forma más notoria es el debate en el que se presentan distintos argumentos, se exponen interpretaciones del caso y se toma una decisión para seguir con un curso de acción común acerca de lo que consideramos que implica seguir o aplicar la regla en el caso que se discute. Pero los desacuerdos pueden no ser ni tan evidentes ni tan pronunciados, e incurrir en una

¹²⁸ POSTEMA, 2011: 492 – 493.

¹²⁹ RAZ, 1971: 94.

¹³⁰ «[...] sería un serio error pensar que, mientras que la práctica jurídica en general es esencialmente discursiva, no lo es en sus fundamentos. Por el contrario, la práctica de reconocimiento de los oficiales, como HART y sus seguidores la han comprendido, es continua con la práctica del razonamiento jurídico y de la aplicación del derecho en general. No se encuentra aislada de esa actividad, sino que participa de ésta, moldeándose y siendo moldeada por ella». POSTEMA, 2011: 537.

práctica de debate puede resultar desgastante y poco eficiente frente a un tiempo siempre escaso. En muchas ocasiones simplemente se produce una instintiva dinámica de dirección de ajuste de las acciones requeridas por la regla.

La idea de «dirección de ajuste» es tomada del pensamiento de ANSCOMBE para expresar un problema relativo al conocimiento práctico y las intenciones. Con esto buscaba explicar que no era lo mismo desobedecer una orden que acatarla de manera errada. El error en el cumplimiento de la orden puede recaer en juicio del agente que, por ejemplo, confundió la margarina con la mantequilla. O, el error puede ser de desempeño y, por algún motivo, quien debió girar a la izquierda, en cambio, giró a la derecha¹³¹.

En este caso, las órdenes son reemplazadas por reglas convencionales. De modo similar a lo que sucede con las órdenes, es lícito imaginar que los agentes realizan una representación de lo que la regla convencional exige. Supongamos que los agentes A y B son pares que tienen que coordinar sus acciones. Ambos saben que para que esto sea posible tienen que seguir la regla convencional F y, por tanto, desean dirigir su conducta en función de ésta. Pero la representación que el agente A posee de la regla es $F_A: \{R_1, R_2, R_3, R_4\}$ mientras que, por su parte, la representación de la regla que el agente B tiene es $F_B: \{R_1, R_2, R_3, R_{4.03}\}$. También, en algún sentido los dos consideran posible que su apreciación de la regla sea imperfecta, que puede que alguno esté en un error o simplemente estaba distraído. Entonces, cuando las acciones de ambas partes no encajan del todo bien, uno considera que su percepción de la regla no es del todo adecuada y de manera inmediata busca ajustar su actuar para que encaje con la de su compañero. No importa cuál de los dos lo haga, mientras que el ajuste se realice y las conductas se coordinen. Incluso, el ajuste puede ser mutuo si existe más de un elemento que no es idéntico.

Como expone BULYGIN, asumir una epistemología subjetiva radical haría imposible hablar de la existencia de reglas convencionales y, si para la existencia de un significado (concepto) compartido exigiéramos coincidencia total, no habría conceptos compartidos¹³². Las reglas y los conceptos presentan espectros de vaguedad, pero esto no significa que no existan en una práctica común en su entorno. Incluso, el hecho de que nuestras reglas y

¹³¹ ANSCOMBE, 1963: 56 – 57 [§ 32].

¹³² BULYGIN, 1998: 43 – 45.

conceptos se inserten en un sistema para formar una gramática es gran parte de lo que nos permite realizar ajustes continuos sin llevar a cabo grandes esfuerzos de debate.

Entonces, la dinámica de ajuste es recurrente, y posible, puesto que las partes que participan de la práctica de una regla convencional frecuentemente encuentran nuevas situaciones y problemas prácticos, por lo que es una exigencia el ajuste de las acciones. Participando en las prácticas de seguimiento de reglas, las partes anticipan las soluciones que encuentran sus contrapartes en tanto éstas también prueban a anticipar sus decisiones y acciones¹³³, lo que hace que esta dinámica de dirección de ajustes cada vez sea más fluida de modo que, en el común de los casos, si bien no existe coincidencia total, tampoco el aprieto es de tal magnitud que los agentes se encuentren en la necesidad de detenerse a discutir en detalle toda regla que deban seguir y aplicar.

La fluidez en la dirección de ajuste también permite corroborar que lo que hacen las partes es seguir la regla y no, en sentido técnico, detenerse para «interpretarla». La misma regla funciona como razón para la acción de las partes, y es el seguimiento de la regla por parte de los demás un fragmento de lo que también motiva cualquier curso de acción que tomemos para seguir la regla en aras de mantener el equilibrio de expectativas recíprocas. Lo que es esencial en las reglas convencionales, entonces, no es tanto la regularidad del comportamiento, sino que su fuerza impulsora recae en proporcionar a los agentes razones prácticas mediante las cuales pueden lograr soluciones para sus problemas comunes¹³⁴.

B. Ríos de reglas convencionales

Con FERRER BELTRÁN como referencia, la estabilidad en el seguimiento de reglas puede ser comprendida a partir de la metáfora del navío de NEURATH; se puede debatir y la regla puede evolucionar, basta que no se discrepe acerca de todos los elementos a la vez¹³⁵. Desde una perspectiva sincrónica, si todo aspecto referente a la regla es objeto de discrepancia, es claro que no puede ser objeto de una regulación de conductas concurrentes. Desde una perspectiva diacrónica, distintos aspectos pueden ser objeto de conflicto, pero esto no evita que la regla

¹³³ POSTEMA, 1994: 365.

¹³⁴ POSTEMA, 2011: 495.

¹³⁵ FERRER BELTRÁN, 2010: 178 – 179.

continúe proporcionando elementos suficientes a las partes para seguir gobernando su conducta conforme a ésta.

La dinámica de la dirección de ajuste deja abierto un espectro de acciones y circunstancias que permiten explicar la adaptación de las reglas convencionales. Pero, para comprender la evolución de las reglas consuetudinarias resulta relevante también procurar una explicación acerca de los pormenores que conlleva la «repetición» de las conductas con miras a seguir y aplicar una regla.

Utilizando las reflexiones de DELEUZE en torno a la idea de «repetición», CANALE desarrolla uno de los marcos analíticos disponibles más fructíferos para dar cuenta de los cambios en el *usus* de las normas consuetudinarias y la manera en que éstas logran seguir manteniendo su identidad y normatividad.

El modelo retoma metáforas como la del navío de NEURATH, y parte de realizar una distinción entre la «repetición» y el seguimiento y/o aplicación de la norma consuetudinaria. De modo que el primer elemento por considerar es que la repetición es algo distinto de la generalidad. En perfil netamente empirista –digno de los ríos que HERÁCLITO no logrará jamás cruzar dos veces– DELEUZE enfatiza que, en estricto sentido, en realidad nada se repite, nunca. Cada hecho existe de manera singular y sin relación necesaria con los demás. Pero las singularidades están dotadas de propiedades infinitas, las cuales se encuentran en «nodos» momentáneos, genéricos e impersonales. Estos «nodos» se prestan a ser cristalizados en nuestro intelecto mediante asociaciones para crear imágenes acerca de las propiedades relevantes en un determinado contexto de acción. Esto permite identificar regularidades como las que identificamos con las normas consuetudinarias.

Una norma consuetudinaria refiere a una generalización; un concepto en el que se engloban semejanzas entre acciones requeridas frente a un supuesto, y equivalencias en los elementos de acción en diversas situaciones¹³⁶. Es por medio de estos elementos nodales que identificamos normas consuetudinarias.

Entonces, la repetición es siempre un hecho singular pero que logra capturar los elementos nodales en los que convergen las propiedades mediante las cuales identificamos

¹³⁶ CANALE, 2019: 67.

normas consuetudinarias específicas como generalidades. Por ejemplo, se puede poseer una noción de la norma consuetudinaria acerca de la reparación de daños por atraque accidental de naves en puertos; no obstante, cada caso de aplicación de la norma conlleva sus peculiaridades. Cada atraque accidental y cada daño son particulares y requieren distintas formas de reparación. De modo que, aunque la noción de aplicación de una norma implica realizar la misma acción para situaciones semejantes, en realidad nunca se presentan con exactitud los mismos sucesos y, por ende, nunca se realiza en verdad la misma acción. Como consecuencia, CANALE en voz deleuziana, distingue entre una *repetición* propiamente, que es un hecho particular, y una *iteración* que es el reenvío conceptual a la norma; cuando los comportamientos realizados en una repetición remiten al concepto que constituye el cumplimiento de una norma consuetudinaria. Entonces, cuando se define que el seguimiento de cierta norma está constituido por las conductas $\{C_1, C_2, C_3 \dots C_n\}$ se describe una *iteración*¹³⁷.

Para ejemplificar, desde hace algunos años un grupo de amigos se reúne periódicamente los fines de semana para cenar en sus casas intercalando organizadores en cada ocasión. Frente a esta dinámica, tienen como norma la costumbre de regalar una botella de vino tinto a quien resulte anfitrión de cada reunión. Tomando un punto de partida aleatorio, podemos establecer que en el imaginario de los miembros del grupo el cumplimiento de la norma (*iteración 0*) requiere la conducta C en la circunstancia S (*repetición 0*). Un día el agente P, sabiendo que el plato fuerte será lubina, regala una botella de vino blanco (*repetición 1*). Nadie objeta la acción de P. La conducta que cumple la norma ahora admite C' (*iteración 1*). En una próxima ocasión se anuncia que el platillo de la cena será un tanto distinto de lo habitual, consistirá en enchiladas con mole negro, por lo que el agente Q decide regalar una botella de mezcal (*repetición 2*). La acción de Q puede considerarse límite e incluso generar un poco de extrañeza en algunos, pero no tiene mayores consecuencias. Q ha cumplido con la norma, que ahora admite C'' (*iteración 2*). En alguna otra ocasión (*repetición 3*) los anfitriones no tienen disponibilidad de tiempo por la tarde, y organizan un *brunch*, frente a lo que la agente K decide regalar una botella de vino espumoso, puesto que es una gran ocasión para hacer mimosas. Nadie objeta, la norma ahora admite no sólo C'''

¹³⁷ CANALE, 2019: 68.

sino también S' (*iteración 3*). Finalmente, en otra ocasión, la anfitriona decide invitar a desayunar, nadie objeta; la norma admite ahora S'' pero, frente a esta consideración, el agente T considera que es temprano para bebidas alcohólicas y decide regalar un pastel de zanahoria. En esta ocasión sí hay objeciones, y se reclama al agente T haber roto la norma –¡hay que ir a comprar algo que contenga alcohol!

Entre *iteración* y *repetición* existe una relación de retroalimentación. La realización de las acciones que constituyen una *repetición* es motivada por el concepto de las normas que comparten los miembros del grupo y su intención de *iterarlas*; esto es, de seguirlas o aplicarlas. Por su parte, cada acto de repetición influye en la configuración conceptual de la norma y, por ende, en sus iteraciones posteriores. Como consecuencia, la repetición es un evento en virtud de la cual una regla no cesa jamás de construirse, siempre con alguna variación en su contenido o en sus componentes. A pesar del mudamiento, resalta CANALE, las normas en cuestión perseveran en tanto continúan proporcionando razones genéricas e impersonales para acciones particulares¹³⁸.

4. Reglas que no son practicadas

Una objeción instintiva, dirigida tanto a las reglas convencionales de WITTGENSTEIN como a las de LEWIS, es que claramente son distintas de las normas con las que operan y razonan los juristas. El punto es llano, los juristas trabajan con textos, leyes, reglamentos, códigos, compendios de decisiones precedentes, las normas consuetudinarias con las que trabajan están referidas en las leyes como «usos y costumbres de...». Las reglas convencionales de WITTGENSTEIN y LEWIS claramente son otra cosa; como señala BIX¹³⁹, son objetos más irreflexivos como el lenguaje, que carecen de «autoridad».

La objeción considera que las normas requieren estar respaldadas por la intención deliberada de un órgano (jurídico) para contar con autoridad. Esta objeción –de corte austiniiano– no alcanza a vislumbrar que este tipo de normas tengan el poder de proveer a los súbditos el tipo de razones para actuar que proporcionan las normas respaldadas por la voluntad de una autoridad jurídica. Consideran que las ideas de las reglas convencionales

¹³⁸ CANALE, 2019: 72.

¹³⁹ BIX, 1993: 50 – 51.

como las desarrolladas por LEWIS o WITTGENSTEIN sin duda son interesantes, y pueden decir mucho del lenguaje en el que se manifiestan las leyes y otras cuestiones, pero no son equiparables a las normas jurídicas.

Esta visión tiene un buen punto por cuanto captura cierto núcleo del razonamiento ordinario de los juristas contemporáneos, pero pierde de vista aspectos más profundos y relevantes sobre el funcionamiento del derecho. Claramente los jueces y los juristas ponen peculiar relevancia en las reglas promulgadas que son producto de actos de autoridad, están entrenados para eso y son los mejores indicios con los que cuentan para conocer las normas vigentes y determinar lo que el derecho exige para los casos que se les presentan. Asimismo, la forma de abordar el uso de las reglas promulgadas es más concienzudo sin duda; mientras que el uso de las normas consuetudinarias en gran medida es casi intuitivo –en el sentido en que la gran parte de jueces y abogados no las considera reglas, o al menos no normas jurídicas propiamente, y si están conscientes de su existencia (que no siempre sucede) suelen menospreciarlas como simples «prácticas». En esta visión, las meras «prácticas» no pueden ser normas jurídicas pues nada parece hacerlas vinculantes, no están previstas en ningún código ni existen sanciones formalmente previstas por su incumplimiento; por tanto, carecen de «normatividad». Por este último motivo, los objetores pierden de vista el punto de la relevancia de las reglas consuetudinarias –netamente convencionales (practicadas)– que sin duda están ahí, en el trasfondo, y que también conforman la gramática de jueces y abogados en su propia concepción (colectiva) de aquello en lo que consiste la práctica del derecho. Incluso, esto mismo logra explicar fenómenos como el hecho de que ciertos términos que en el lenguaje ordinario tengan un significado, pero que al interior de la práctica del derecho sean utilizados con otra extensión. Pero no sólo, incluso en el plano de los desacuerdos, estos están circunscritos por una práctica convencional, en donde ciertos argumentos y técnicas interpretativas son reconocidas y otras rechazadas.

Estas posturas parecen asumir que para que una norma posea «autoridad» sólo existen dos posibilidades. Las normas deben proporcionar razones morales o deben proporcionar razones prudenciales –es decir, ignoran la existencia del tercer tipo posible de normatividad. En principio, la primera opción lleva a una suerte de derecho natural, por tanto, si se rechaza esa postura, las razones fundamentales que proporciona el derecho deben ser del segundo

tipo. Las razones son prudenciales sí han sido puestas por una autoridad y su incumplimiento conlleva una suerte de sanción. En este sentido, considera la postura objetora, el convencionalismo no logra explicar la autoridad de las normas convencionales para proporcionar razones prudenciales y, por consiguiente, tampoco para dotar a alguien con autoridad para crear normas. En esta línea, se sostiene, el convencionalismo falla porque, incluso si se concede que el derecho puede adoptar normas convencionales en su estructura (en forma de normas consuetudinarias), éste no logra explicar a las normas más relevantes de todo orden jurídico, las que sustentan su normatividad pues son producto de la voluntad expresa de una autoridad; *i. e.*, las normas de origen promulgado. Esto es, las normas que no son producto de una práctica social convergente, y cuya validez no exige el hecho de que sean practicadas, su validez radica en haber sido promulgadas por una autoridad.

En los siguientes subapartados buscaré demostrar que estas objeciones son erradas y que el convencionalismo es adecuado, e incluso es necesario para explicar la existencia de autoridades y, como consecuencia, que logra proporcionar una explicación de la normatividad de las reglas emitidas por las autoridades; esto es, de las reglas promulgadas que, en principio, no requieren ser practicadas para pertenecer a un orden jurídico y ser válidas, es decir, para existir jurídicamente.

4. 1 La convención de contar con autoridades

Como es notorio, los ordenamientos jurídicos no se componen exclusivamente de normas consuetudinarias. Antes bien, la subestimación de la relevancia de la costumbre como fuente del derecho se encuentra asociada al hecho de que la mayor parte de las normas jurídicas que son inmediatamente identificadas por parte de los juristas tienen como fuente a la legislación. Es decir, gran parte de las normas que componen los ordenamientos jurídicos son normas de origen promulgado, lo que significa que su normatividad no descansa en una práctica social, sino en ser el producto de actos de voluntad predeterminados, mandatos emitidos por agentes con autoridad. Una tesis que por mucho tiempo se consideró necesaria del positivismo jurídico¹⁴⁰ –en tanto teoría del derecho puesto (del vocablo *positum*, en oposición a *naturae*)–

¹⁴⁰ Es cierto que los orígenes de las doctrinas positivistas se encuentran en las concepciones que identifican al derecho como el conjunto de normas coercitivas emanadas del Estado, del poder soberano en el que se sustenta su gobierno; normas que, por tanto, no son naturales. Los orígenes de esta tesis se encuentran en exponentes

es que las normas jurídicas, en esencia, son comandos emitidos por autoridades supremas. Es decir, esta concepción atiene a la máxima de DUBISLAV.

Pensadores como GREEN consideran que la esencia del derecho se encuentra en la imperatividad las normas que emiten las autoridades, en esto yace la normatividad del derecho y no en el hecho de que un grupo social converja en la práctica de ciertas conductas que estima valiosas¹⁴¹. Las convenciones, insisten, no garantizan la autoridad del derecho, pues éstas no tienen el poder normativo de alterar las razones para la acción de los individuos. Sólo la autoridad tiene la capacidad de excluir las razones de los agentes para que actúen por motivos diversos a sus propios intereses¹⁴².

Si bien no niega la existencia de convenciones sociales y que tengan relevancia en la práctica del derecho, GREEN considera que el defecto de la teoría de HART es no lograr explicar que gran parte de las normas del derecho no son producto de prácticas sociales propiamente, e incluso, que el derecho interviene con autoridad en contra de ciertas normas sociales (costumbres *contra legem*) para evitar coordinaciones en comportamientos que se estiman nocivos, como los monopolios comerciales y las prácticas de organizaciones criminales¹⁴³. Frente a esto, el derecho interfiere con autoridad mediante normas (im)puestas, directivas, que no son producto de una práctica social convergente.

GREEN tiene razón en algunos aspectos señalados, e incluso, una importante característica del derecho como sistema normativo de organización social –a diferencia de otros órdenes normativos– consiste en conferir a ciertos sujetos prerrogativas especiales para que sean autoridades, agentes con poder y capacidades suficientes para exigir el cumplimiento de las normas que ellas crean o reconocen, incluso si éstas son impopulares. Pero, considero que desestimar al convencionalismo por considerar que no logra dar cuenta del hecho de que el derecho interviene con autoridad para generar normas que no son producto de prácticas sociales convergentes es más una manifestación de la miopía de la

del iusnaturalismo racionalista; primero en la concepción estatalista de HOBBS, y acentuada posteriormente por THOMASIIUS, quien propone reservar el nombre de «derecho» exclusivamente para el *jus perfectum*, esto es, para las normas que pueden ser exigidas de manera coactiva. BOBBIO, 1996 [1979]: 14 – 15, 149 – 150. No obstante, de este incidente histórico no se sigue una relación conceptual que de manera necesaria establezca que las únicas normas jurídicas no-naturales sean aquellas emanadas del mandato de una autoridad.

¹⁴¹ GREEN, 1999: 43.

¹⁴² GREEN, 1985: 330.

¹⁴³ GREEN, 1985: 342.

postura imperativista que un defecto propio de los postulados convencionalistas. Después de todo, HART nunca negó que Rex contara con autoridad y que sus mandatos produjeran normas jurídicas. También, como se ha visto, HART consideraba que el germen de la idea de validez jurídica consiste en que las reglas de reconocimiento proporcionan una marca o signo de autoridad a las normas del orden¹⁴⁴. Esto necesariamente está ligado con la forma en que identificamos a las autoridades jurídicas.

Sencillamente, a HART le interesaba mostrar que la autoridad del derecho, su normatividad, trasciende al poder autoritario inmediato de Rex pues, de no ser así, no se podrían explicar jurídicamente fenómenos como el seguimiento de las normas para designar a un soberano sucesor, la existencia de normas jurídicas que no conllevan una sanción, o que los súbitos continúen obedeciendo el común de las normas emitidas por Rex a pesar de que éste no gobierne más. En todo caso, si de algo se puede culpar a HART es de no haber sido más explícito respecto del hecho de que las reglas convencionales logran instaurar autoridades o, mejor dicho, crear reglas que confieren autoridad a ciertos individuos.

Para pesar de la crítica de GREEN, en el origen de los ordenamientos, la autoridad se adquiere mediante una norma consuetudinaria que confiere capacidades y poderes a cierto o ciertos individuos y esto, también es explicable en términos de problemas de coordinación. Y es que, justamente, lo que no logran explicar este tipo de teorías de inspiración imperativista es, de qué manera se adquiere la autoridad en última instancia, es decir, en ausencia de una norma promulgada última que indique quién cuenta con ese poder. Por cierto, al respecto, considero que han subestimado la relevancia de la definición que AUSTIN proporciona de lo que es una comunidad política independiente, esto es, un grupo de individuos que se encuentra en *hábito* de obediencia a un determinado superior común¹⁴⁵. Posiblemente por aquí se vislumbra una respuesta.

GREEN recalca la relevancia de la autoridad, y de las disposiciones que promulga para lograr coordinación social y excluir el factor de que cada sujeto actúe del modo que mejor considere conveniente. Interessantemente, es llamativo que no alcance a concebir que precisamente éste sea el motivo por el que pueda crearse una convención que confiere

¹⁴⁴ HART, 1994 [1961]: 95.

¹⁴⁵ AUSTIN, 1995 [1832]: 167.

autoridad para ciertos supuestos que exigen coordinar a algunos miembros del grupo. Posiblemente esto sucede porque no logra distinguir entre una autoridad y la regla convencional que proporciona esa autoridad. Es decir, una regla que otorga autoridad a cierto sujeto puede ser creada porque las acciones que realiza ese sujeto representan una solución prominente frente a un problema de coordinación inminente en un grupo social. También, tampoco aprecia que las reglas convencionales son necesarias para hacer inteligible la validez de las normas promulgadas por una autoridad en primer lugar.

En efecto, en varias ocasiones el derecho interviene por medio de autoridades para imponer soluciones normativas de coordinación social en circunstancias en donde éstas no son fáciles de obtener, y que requieren celeridad¹⁴⁶, o en donde; por algún motivo, la práctica social vigente es considerada como no conveniente. También, en gran medida, como destaca LAGERSPETZ, contar con autoridades reporta una ventaja de naturaleza económica para la población, puesto que alcanzar convenciones tanto por medio de prácticas sociales espontáneas como por medio de negociaciones puede ser un proceso lento, tedioso y con resultados imprecisos, y delegar esta función a personas e instituciones conlleva tener soluciones normativas en menos tiempo, con menos desgaste social, y con mayor alcance y e incluso precisión¹⁴⁷. Pero contar con autoridades y todas sus posibilidades, necesariamente implica contar con convenciones normativas.

Para mostrar el modo en que un sujeto puede llegar a ser referido como autoridad coordinadora, ULLMANN-MARGALIT plantea el supuesto de un salón colmado en el interior y abarrotado en el exterior, en el cual, por una situación de emergencia, la gente que se encuentra afuera debe reemplazar a la que se encuentra adentro. Todos están interesados en lograr el objetivo, pero no se observan señales prominentes de un curso adecuado de acción para ello y, frente a la premura y exaltación, al actuar cada uno por sus propias consideraciones, los individuos no logran coordinarse y se obstaculizan mutuamente. Frente al impase, repentinamente un sujeto toma la iniciativa y grita: «puertas norte y sur salidas, puertas este y oeste entrada». En cuanto ese anuncio se realiza se presenta la información una solución prominente para todos, y la gente tiene buenas razones para obedecer; pues todos

¹⁴⁶ RAZ, 1999 [1975]: 64 – 65.

¹⁴⁷ LAGERSPETZ, 1995: 77, 81.

están interesados en un estado de cumplimiento general del que todos se benefician¹⁴⁸. En esta circunstancia los involucrados ahora cuentan con normas que les permiten coordinarse para lograr su objetivo y, de modo alegórico, es posible definir al sujeto que emitió la directiva como una autoridad. Pero, en realidad, esto es cuanto menos impreciso si no se consideran más elementos. Primero, esta es una situación aislada. Segundo, la supuesta «autoridad» de la norma no radica en haber sido emitida por el sujeto con iniciativa, sino en la racionalidad práctica que proporciona; esto es, en el hecho de que si todos la siguen es posible alcanzar el objetivo común. Incluso, si el sujeto que emitió la directiva decide actuar de modo opuesto y salir por la puerta este, lo más probable es que sea objeto de diversos reproches e, incluso, sea orillado por la mayoría a seguir la directiva que él mismo ha pronunciado. A simple vista, esto no se corresponde con la noción de un sujeto que es autoridad.

POSTEMA considera que la clave de la reconciliación entre la tesis de los hechos sociales y la tesis de la normatividad –del modo en que fue visto por HART– no consiste en enfocarse en los criterios de identificación del contenido o validez de las proposiciones jurídicas, sino en las condiciones de existencia y autoridad de estos criterios¹⁴⁹. Estas condiciones, considero, no pueden sino ser condiciones para la convencionalidad. En este sentido, el aspecto que GREEN pasa por alto¹⁵⁰, pero que ULLMANN-MARGALIT expresa de manera explícita, es que su ejemplo en realidad sirve como explicación del tipo de circunstancias que pueden dar lugar a la *génesis* de una autoridad coordinadora¹⁵¹. Las situaciones aisladas no dan propiamente lugar a convenciones ni a autoridades. El convencionalismo insiste en que las convenciones son soluciones que presentan frente a problemas recurrentes de coordinación. De qué manera inicia la convención es circunstancial. Como hipótesis de racionalidad intuitiva, se presume que el curso de acción que los individuos seguirán para formar una convención es el que se presente como una solución prominente dentro del contexto de acción. En el instante en que el sujeto con iniciativa gritó «puertas norte y sur salidas, puertas este y oeste entradas», dicha oración se presentó –en

¹⁴⁸ ULLMANN-MARGALIT, 1981: 350 – 351.

¹⁴⁹ POSTEMA, 1982: 203.

¹⁵⁰ Digo que los «pasa por alto» porque él mismo busca utilizar el ejemplo expuesto por ULLMANN-MARGALIT para desvirtuar al convencionalismo. GREEN, 1985: 332 – 333.

¹⁵¹ ULLMANN-MARGALIT, 1981: 352.

tanto información disponible en el momento— como una solución prominente y pública en un ambiente en el que antes no había pista acerca de cómo proceder. En ulteriores ocasiones el mismo grupo se encuentra frente al mismo problema de coordinación, es plausible imaginar que utilizarán la información común que ya poseían, las puertas norte y sur para salir y las puertas este y oeste como entradas, puesto que previamente ha sido útil para resolver su problema. De hecho, es posible que sigan dicha solución de manera espontánea, sin que nadie la tenga que anunciar de nuevo. En tal caso, tendrían una convención y su autoridad no está respaldada por haber sido emitida por ningún sujeto, sino porque es la solución en la que la mayoría coincide, y quienes la contravienen entorpecen el fin común, por lo que son reprendidos por el propio grupo.

¿Cómo podría el sujeto con iniciativa llegar a ser una autoridad? Un individuo puede llegar a ser autoridad si de manera recurrente logra que su actuar coordine al resto del grupo para ciertos fines, creando una regla que lo identifique como sujeto legitimado para emitir directivas entorno a las cuales los demás coordinen su comportamiento. Digamos que el sujeto con iniciativa del ejemplo del salón se llame Radamantis, y podemos decir que ha hecho notar de modo efectivo al interior de su grupo con la solución de las puertas. Posiblemente también logró esto porque tiene una voz potente que le permitió emitir una directiva que alcanzó a ser escuchada por la gran mayoría. En una ocasión posterior, aproximadamente el mismo conjunto de personas requiere coordinarse para entrar y salir de un recinto con dos puertas, y ante el caos, nuevamente Radamantis grita «izquierda entrada, derecha salida». Radamantis ha sumado otro punto en favor de su visibilidad como coordinador. Frente a circunstancias similares que se repiten, eventualmente se genera una convención que considera a Radamantis como la autoridad en materia de coordinación respecto de la entrada y salida de recintos¹⁵². En este punto Radamantis es autoridad práctica, y sus directivas logran coordinar al grupo cuando se trata de entrada y salida de recintos¹⁵³. Incluso es posible que, en alguna ocasión, la directiva emitida por Radamantis no haya sido muy eficiente y haya generado malestar. No obstante, es la autoridad en la materia, la mayoría sigue sus directivas y también la mayoría reprocha a quien no las obedece; esto incluso si no

¹⁵² Radamantis se tornaría en autoridad en virtud de una convención; una convención que se crea, en parte, con motivo de su propio comportamiento. Véase VILAJOSANA, 2016: 125.

¹⁵³ RAZ, 1981: 108.

siempre se considera que las directivas de Radamantis sean las más adecuadas. En todo caso, no es tan importante cuáles sean las directivas que emita como lo es el hecho de que la mayoría las sigue, y con esto se coordinan para solucionar sus problemas con la entrada y salida de recintos. Es decir, las reglas que emite Radamantis son razones para la acción que excluyen las preferencias personalísimas de los sujetos al decidir cómo actuar cuando se trata de entrar y salir de recintos¹⁵⁴. La forma de sustentar que sus directivas son excluyentes de razones primarias que los individuos puedan tener es afirmar que Radamantis es autoridad porque existe una regla convencional que así lo fundamenta; una regla cuya posible enunciación puede ser «se debe atender las indicaciones de Radamantis respecto de la entrada y salida de recintos»¹⁵⁵.

Por supuesto, el ejemplo es muy simple, pero nada impide complejizarlo y otorgar consideraciones más robustas. Es posible que, en esta sociedad sencilla, Radamantis tenga el mérito otorgar soluciones en más aspectos de la vida grupal, y por lo mismo, se le considere también como una autoridad en ámbitos que se estiman más relevantes y, como consecuencia se le concedan más potestades, incluso a pesar de que sus soluciones no siempre sean las más pertinentes o las que plazcan a todos. Radamantis puede llegar a ser también autoridad en materia de medidas de seguridad para evacuación de recintos en casos de siniestros como temblores o incendios. Esta función se estima tan importante que, incluso, nadie protesta el hecho de que Radamantis ejerza medidas coercitivas respecto de quienes desobedezcan sus directivas.

En este caso, la norma que otorga competencia autoritativa incluye la potestad de imponer sanciones¹⁵⁶. También, es importante recalcar que la convención que otorga las competencias que hemos referido a Radamantis puede ser concebida como una regla de reconocimiento en esa comunidad respecto de los asuntos relativos a la organización de ingresos y egresos de recintos. De hecho, el ejemplo se puede adecuarse para el imaginario jurídico, pues como señalar RAZ, la legitimidad del derecho depende de su eficacia no

¹⁵⁴ RAZ, 1981: 114 – 115.

¹⁵⁵ RAZ, 1994: 214 – 216.

¹⁵⁶ Véase HART 1994 [1961]: 193; y GANS 344 345. Sobre la utilidad de la autoridad que promulga normas BULYGIN señala: «[p]ara acelerar el proceso de unificación, en la vida jurídica, suelen introducirse dos instituciones básicas: la legislatura que promulga reglas generales y jueces que, al aplicar las reglas generales a casos concretos, deciden cómo han de ser interpretadas esas reglas». Considero que esto mismo puede funcionar para explicar la utilidad de Radamantis como autoridad en su sociedad. BULYGIN 1998: 46.

solamente para proporcionar soluciones a problemas de coordinación, sino también en determinar quién tiene autoridad para solucionarlos¹⁵⁷. Incluso, como propone SHAPIRO, el ejercicio de la autoridad jurídica; a la que se refiere en amplios términos como «actividad jurídica», es una actividad de planeación social en donde las instituciones jurídicas claman autoridad tanto para decir a sus destinatarios lo que pueden o no hacer, como para autorizar a sus miembros a planear por otros¹⁵⁸. Estos supuestos parecen presentarse en los casos tanto de Radamantis como en el de la regla convencional que lo reconoce como autoridad en su grupo social. Entonces, llegados a este punto, creo que es posible decir que la hipótesis planteada ha sido confirmada, y que las convenciones son ineludibles incluso para el tipo de exigencias normativas –en sentido fuerte– que GREEN considera que las convenciones no logran satisfacer y, como consecuencia, que el convencionalismo no logra explicar¹⁵⁹. Como conclusión, es posible afirmar: *Kein Imperator ohne Konvention*.

4. 2 La no-práctica y la cuestión de la *desuetudo*

En relación con las normas que no son practicadas, el trabajo hasta aquí desarrollado no niega que puedan ser consideradas como normas aquellas que no son el resultado de una práctica social convergente. Las normas promulgadas son el resultado de un acto prescriptivo por parte de una autoridad normativa, y *prima facie*, es una norma jurídica válida desde el instante de su promulgación. En este caso, la promulgación es un acto de comunicación de los actos que una autoridad demanda que los súbditos realicen con regularidad. Esto es, la promulgación es una forma de comunicación de normas creadas por parte de las autoridades. Por su parte, los súbditos realizan un acto de conceptualización para captar la norma y ejecutar las conductas que les son exigidas¹⁶⁰. En este punto, los individuos cuentan con razones para la acción amparadas por el orden jurídico.

¹⁵⁷ RAZ, 2009: 115.

¹⁵⁸ SHAPIRO, 2011: 195.

¹⁵⁹ GREEN, 1985: 345 – 346; GREEN, 1999: 44.

¹⁶⁰ ENDICOTT, 2020: 228. Incluso, WITTGENSTEIN realiza una importante analogía entre seguir una regla y obedecer una orden (la norma ordenada) insinuada en la §199 reproducida al inicio de este capítulo. Tanto obedecer una orden como seguir una regla convencional comparten varias similitudes; la más relevante, es que para poder obedecer una orden se requiere poseer el dominio previo de una serie de reglas convencionales para poder comprender en qué consiste la acción requerida; es decir, un entrenamiento en una *gramática*, y esto conlleva conceptualizar las acciones a llevar a cabo. BAKER & HACKER, 2009: 173. Conforme a esto último, respecto de los desacuerdos o problemas para obedecer normas, en la § 122 WITTGENSTEIN señala que una de

Pero, también, conforme a lo expuesto hasta este punto, cierto «uso» de las reglas es requerido para que mantengan de manera íntegra su validez. Esto es, una norma que cae en *desuetudo* puede llegar a ser considerada inválida o no jurídica. Aunque el «no-uso» en sí mismo no conlleva la invalidez *tout court*, pues ésta se produce solamente cuando cesan de existir las razones para la obediencia y aplicación de la norma. En este sentido, es importante distinguir dos supuestos en que puede cesar la utilización de una norma, aunque solamente el segundo constituye propiamente *desuetudo*.

Intermitencia prolongada. Una norma ha sido efectivamente promulgada y, por ende, es válida. Pero el supuesto que da lugar a su aplicación todavía no se ha presentado o, el supuesto es tan excepcional, que los lapsos de tiempo entre su aplicación son muy prolongados. En el primer caso, por ejemplo, un legislador que considere que en un futuro no muy lejano las criptomonedas ocupen un lugar más central en la economía cotidiana, puede emitir normas relativas a las operaciones bancarias con éstas a pesar de que los bancos todavía no las reconozcan ni operen con ellas. En el segundo caso, imaginemos que una comunidad a inicios del siglo pasado llegó a contar con una persona con síndrome de hipertimesia¹⁶¹. Frente a este hecho, el legislador promulgó una norma otorgando fe pública sobre los hechos que toda persona con síndrome de hipertimesia afirme haber presenciado. Con motivo del fallecimiento de este individuo, no han vuelto a aplicarse las normas referentes; ni las que otorgan fe pública a los individuos con hipertimesia, ni las que obligan a las instituciones a reconocer como verdaderos sus testimonios. Ha pasado más de medio siglo, y seguramente pasará mucho más tiempo todavía para que alguien en esa jurisdicción vuelva a ser diagnosticado con el síndrome de hipertimesia. Pero esto no significa que las normas correspondientes a ese supuesto hayan perdido validez, dejando de ser jurídicas debido a la *desuetudo*. Las razones para esas acciones perviven en espera de motivos para ser utilizadas. Nada en el ordenamiento jurídico ha impedido que las razones operen si se presentan los supuestos previstos, esto es, siguen siendo vigentes y válidas. En el instante en que un nuevo individuo sea diagnosticado con hipertimesia, habrá de reconocérsele la

las fuentes principales para comprender la norma, es que no poseemos una imagen clara del uso de nuestras palabras. WITGENSTEIN, 1958: 49.

¹⁶¹ Las personas con dicha condición poseen una memoria autobiográfica extremadamente detallada; pero es un fenómeno tan peculiar que hasta la fecha se han documentado solamente 60 casos.

condición de fedatario público y las instituciones gubernamentales estarán obligadas a reconocer como verdaderos sus testimonios sobre hechos que haya presenciado.

Desuetudo por inhabilitación de razones. Normas jurídicas válidamente promulgadas y formalmente nunca derogadas pueden caer en desuso por una gran variedad de motivos. Es habitual escuchar que el derecho siempre está condenado a quedar rezagado en relación con la realidad que pretende regular. En este sentido, es posible que ciertas normas lleguen a ser inadecuadas conforme a la dinámica social vigente, pero también que lleguen a resultar arcaicas en relación con los desarrollos estructurales y tecnológicos respecto de los cuales, en alguna ocasión, el legislador procuró que la normativa estuviera a la vanguardia. Frente al rezago, no es inusual que los jueces y los funcionarios encuentren lagunas normativas y procuren soluciones que las solventen. Por ejemplo, imaginemos que frente a ciertos supuestos la legislación hubiera previsto la posibilidad de remitir escritos jurídicos remotos por medio de la emisión de un fax. La conceptualización es clara, los escritos jurídicos por vía remota deben ser enviados mediante un fax.

Ante la evolución en las comunicaciones, y a pesar de que la letra de la ley nunca se actualizó, las instituciones jurídicas improvisamente comenzaron a aceptar al correo electrónico como medio para remitir escritos jurídicos y los tribunales convalidaron esta práctica. Hasta aquí se ha creado una norma jurídica por vía de la costumbre, más específicamente, una norma *in foro* que reconoce dicho supuesto. Pero, es posible que otra norma haya entrado en desuso por vía del mismo principio. Supongamos no sólo que remitir comunicaciones por medio de fax se ha tornado en un supuesto sumamente esporádico, sino que, incluso, instituciones públicas y personas privadas han dejado de contar con máquinas de fax. Pero, eventualmente, un abogado hípster encuentra algún encanto en este detalle y decide realizar sus comunicaciones oficiales por vía de fax. Como es de esperar, surgen inconvenientes, y ante las instancias que argumentan no haber sido notificadas porque ya no cuentan con una máquina de fax, el abogado hípster exige que se validen sus notificaciones e interpone recursos. La contraparte arguye que el abogado hípster pudo enviar un correo electrónico, a lo que éste réplica con gran apego a la letra de la ley, que la legislación no reconoce a los correos electrónicos como vía válida de comunicación oficial, pero sí lo hace respecto del fax, frente a lo cual, lo mínimo exigible es que toda institución pública cuente

con máquinas de fax. El juez decide que, a pesar de la literalidad del texto de la ley, la exigencia del abogado es insensata y si se le da lugar implicaría una gran expensa para todas las instituciones públicas. Como consecuencia, el juez niega la razón al abogado hípster, y señala como inválida la remisión de comunicaciones por medio de un fax.

Frente a supuestos similares, otros tribunales consideran respaldada la decisión de negar la validez de las notificaciones por medio de fax. Eventualmente, la persistente constatación del hecho de que los jueces no convalidan las comunicaciones oficiales por medio de fax es prueba de que la norma ya no es una norma jurídica en virtud de la *desuetudo*. Esto es, se ha generado una norma *in foro* que refuta la aplicación de susodicha norma promulgada. Entonces, la norma promulgada que no es más considerable como una norma jurídica puesto que, a pesar de que ha sido adecuadamente promulgada, y de que no ha sido formalmente derogada, existen buenas razones para saber que este curso de acción será denegado por las autoridades correspondientes. Los tribunales y funcionarios; posiblemente órganos primarios, no la reconocen como tal, lo que es manifestación de que ha dejado de ser válida conforme a las reglas de reconocimiento.

5. La supuesta ineptitud del convencionalismo

Un juez enuncia: «las zarigüeyas tienen derecho a la educación». Otro juez objeta que eso es falso puesto que no existe ley o precedente judicial que de manera manifiesta respalde semejante proposición. El primer juez responde a su colega que su interpretación de las fuentes es demasiado estrecha y que, si uno realiza una lectura íntegra del material jurídico vigente, es posible vislumbrar que el derecho respalda su conclusión, incluso a pesar de ser el primero en esgrimirla.

De acuerdo con la lectura de DWORKIN, el positivismo respaldaría la postura del segundo juez, mientras que el primer juez se encontraría llanamente en un error. En todo caso, si el primer juez, con su afirmación, emite una sentencia declarando el derecho a la educación de las zarigüeyas, lo hará de manera discrecional.

Pero el juez que tiene en mente emitir dicha sentencia conoce la legislación y los precedentes, de hecho, los ha citado. También ha esgrimido sus razones, ha manifestado conocer la historia constitucional, y habiendo tomado en cuenta todo lo que es relevante,

considera que su conclusión se encuentra íntegramente justificada por el derecho de su nación. Por lo tanto, el decir que ha actuado de manera discrecional y que ha creado una norma jurídica parece precipitado; incluso si, a pesar de todo, su colega continúa discrepando de su conclusión.

DWORKIN considera que esta situación pone en apuros al positivismo puesto que, si las normas del derecho son producto de convenciones seguidas primordialmente por los jueces y los funcionarios, entonces no hay cabida para el desacuerdo respecto las mismas. Pero tampoco es del todo claro que el juez en comento haya actuado discrecionalmente. Tal vez se trataba de un caso difícil, pero de ello no se sigue que haya inventado una solución que el derecho no respaldara con antelación. En todo caso, la cuestión que habría que indagar es si su determinación se encontraba justificada conforme a los principios políticos y morales sobre los cuales se ha desarrollado el ordenamiento jurídico¹⁶².

En síntesis, para DWORKIN, el positivismo en su versión más sofisticada –la convencionalista– es errada, puesto que no logra dar cuenta de la naturaleza de los desacuerdos en el derecho y, por ende, no consigue informar acerca de la existencia de los deberes jurídicos. Esto resultaría en una conclusión fatal para el positivismo como teoría jurídica, pues no lograría siquiera mostrar el modo en que el derecho proporciona estándares para guiar el comportamiento sus destinatarios¹⁶³.

El núcleo problemático del positivismo se encontraría en presentar al derecho como un modelo de reglas que se distinguiría por sustentar los siguientes postulados¹⁶⁴:

- a) Las reglas pueden ser identificadas por criterios específicos que no tienen nada que ver con su contenido, sino con la manera en que han sido adoptadas o creadas (por su pedigrí). De este modo podemos distinguir las normas jurídicas válidas de las espurias.
- b) El conjunto de normas jurídicas válidas agota el derecho. De modo que, si un caso no se encuentra claramente cubierto por una de esas reglas, éste no puede ser decidido «aplicando el derecho» y, por ende, el juez o funcionario habrá de

¹⁶² RÓDENAS, 2012: 105.

¹⁶³ ENDICOTT, 1998: 283.

¹⁶⁴ DWORKIN, 1978: 17.

resolverlo de manera discrecional; esto es, yendo más allá de los estándares que el derecho proporciona.

- c) El afirmar que alguien tiene una «obligación jurídica» equivale a decir que el caso es respaldado por una norma jurídica válida que exige algo de esa persona. En ausencia de dicha norma no hay un deber jurídico. Por lo tanto, cuando un juez ejerce su discreción, no está exigiendo el cumplimiento de deberes propiamente jurídicos por parte de los ciudadanos.

En el centro de esta caracterización tosca del derecho se encontraría la ceguera del positivismo para vislumbrar que en la práctica del derecho se recurre a otro tipo de estándares (internos) además de las reglas, como las directrices políticas (*policies*) y; de particular relevancia para su argumento, los principios, que guardan una relación más inmediata que las reglas respecto de los valores que sustentan al orden jurídico¹⁶⁵.

Para DWORKIN existe una distinción lógica entre las reglas o normas jurídicas y los principios, una que es cardinal para percibir las limitaciones del positivismo. Esto se revela en el hecho de que; a diferencia de las reglas, los principios se caracterizan por su contenido, y no por su origen¹⁶⁶. En este sentido, DWORKIN presenta una serie de distinciones que se manifiestan en el modo en que orientan las decisiones judiciales referentes a los deberes jurídicos. En primer lugar, las normas cuentan con una estructura rígida que prevé un antecedente que, en caso de cumplirse, da lugar a una consecuencia determinada. En segundo lugar, las normas se aplican a *todo o nada*, puesto que, si los supuestos previstos no se presentan con claridad, la regla no es aplicable. Por su parte, los principios no definen con transparencia un presupuesto para su aplicabilidad y su consecuente es abierto. Esta última cualidad da lugar a la tercera diferencia, pues los principios son simplemente orientativos respecto de la decisión a tomar, mientras que las reglas presuponen directivas que definen de manera concluyente el resultado que ha de obtenerse de su aplicación. En cuarto lugar, las normas se pueden formular presentando de antemano el catálogo de supuestos que prevén excepciones para su aplicación. Esto último llanamente no es posible respecto de los principios. Finalmente, cuando se presenta un conflicto entre reglas por aplicar a un caso, éste se dirime mediante un *test* de validez –*lex superior, lex posterior, lex specialis*– que

¹⁶⁵ RÓDENAS, 2012: 102 – 103.

¹⁶⁶ DWORKIN, 1978: 39 – 40.

dirime cuál prevalece en detrimento de la aplicabilidad de la otra. En cambio, los principios cuentan con una *dimensión de peso* de la cual carecen las reglas¹⁶⁷. Cuando se presenta un conflicto entre principios es necesario tomar en cuenta; esto es, ponderar, el peso de cada uno en relación con el caso al que se aplican. También, que el peso de un principio prevalezca no significa que se abandone al otro; mientras que, frente a un *test* de validez, la regla derrotada es abandonada.

Como es posible entrever, los principios revelan la dimensión moral de la práctica jurídica en tanto presuponen la posibilidad de justificar las obligaciones jurídicas frente a las limitaciones operativas de las reglas. Esto es, los principios jurídicos son parte del derecho en virtud de que su contenido se condice con exigencias morales, de justicia y de equidad, que justifican o legitiman de manera general, el contar con un aparato coercitivo para encauzar la conducta de los ciudadanos. En la perspectiva de DWORKIN, los principios representan el ideal regulativo del material jurídico, un ideal que no es posible materializar mediante una práctica de mero seguimiento de reglas. Por tanto, su propuesta aboga por una postura interpretativa de la práctica del derecho, en tanto la interpretación es necesaria para revelar al material jurídico como consistente respecto de los fines que persigue¹⁶⁸.

5. 1 La trampa en el desafío del erizo

Los esbozos críticos dirigidos al positivismo y a su modelo de reglas son los cimientos a partir de los cuales DWORKIN construye su teoría interpretativista del derecho como integridad. No me ocuparé en analizar esta propuesta teórica puesto que escaparía a los fines de este trabajo; especialmente teniendo en consideración el hecho de que ignora ampliamente el tema de la costumbre como fuente del derecho. Por el contrario, me interesa limitar el análisis en las críticas y desafíos que dirige a una postura positivista que apela al convencionalismo poniendo como base de todo orden jurídico por lo menos una norma de origen consuetudinario. Con esta empresa busco desvelar la manera en que el positivismo convencionalista –con énfasis en las normas consuetudinarias *in foro*– puede hacer frente al desafío sin caer en los laberintos dworkinianos –que son varios.

¹⁶⁷ DWORKIN, 1978: 24 – 26.

¹⁶⁸ REDONDO, 2017: 87.

El desafío que DWORKIN dirige al positivismo es ciertamente provocador. No solamente lo acusa de no ser competente para explicar los desacuerdos en el derecho; algo que en principio debería poder hacer. También lo acusa de no ser siquiera capaz de explicar los deberes jurídicos y, por ende, no lograr dar cuenta de la normatividad del derecho. Pero es importante poner atención, pues en la manera en que plantea la segunda acusación subyace una trampa. Por medio de ésta, DWORKIN procura que el positivismo sea vea orillado a hacer lo que él considera que toda teoría jurídica debería hacer, pero que el positivismo –en tanto teoría descriptiva– nunca tuvo pretensión realizar.

A. Preámbulo

Pero antes de abordar el problema de lleno, para comprender en dónde reside el punto fino de la trampa, es necesario detenernos a repasar algunos aspectos de lo que implica una teoría jurídica positivista, y los presupuestos epistémicos de los que parte DWORKIN para dirigir su crítica al positivismo jurídico en general.

Una de las grandes lecciones que BOBBIO nos ha dejado es la pertinencia de distinguir entre tres grandes caracterizaciones históricas del positivismo jurídico. La primera, *metodológica*, como un modo de acercarse al derecho. La segunda, como *concepción* o idea general. La tercera, como una determinada *ideología* de la justicia¹⁶⁹. El positivismo como método para acercarse al estudio del derecho, presupone una delimitación del objeto de investigación y de las técnicas por utilizar. El positivismo como concepción, consiste en un conjunto de aseveraciones con un alto grado de generalización acerca del modo de comprender el derecho. El positivismo como «ideología» conlleva una postura asumida frente a la realidad; en el caso del derecho, conferir a su obediencia un juicio positivo por el simple hecho de existir¹⁷⁰.

El proyecto positivista emprendido por BENTHAM parte de una caracterización metodológica de corte empirista que considera que, para estudiar el derecho, la mejor manera era evitar las especulaciones metafísicas y enfocar los esfuerzos en el análisis de los hechos que es posible constatar cuando los jueces y los abogados afirman practicar el derecho. Esto

¹⁶⁹ BOBBIO, 1991 [1965]: 44 – 45.

¹⁷⁰ BOBBIO, 1991 [1965]: 52.

permitiría lograr una descripción fiel, no idealizada, de lo que es el derecho en la práctica de una sociedad.

En la agenda intelectual de BENTHAM, contar con una descripción pormenorizada e imparcial del derecho, privada de sesgos emocionales, tendría la utilidad de servir para identificar sus fortalezas y especialmente sus defectos con el fin de promover una reforma de las instituciones jurídicas para hacerlas más efectivas a la luz de la ideología utilitarista que éste abrazaba. Como ejercicio hipotético es posible decir que BENTHAM, al igual que BOBBIO, sostenía una concepción mixta del derecho entre iusnaturalismo y positivismo¹⁷¹, por un lado, tiene una firme convicción del derecho como debería ser, y por otro, es consciente de sus defectos materiales de los que no rehúye, e incluso busca su reforma. En el aspecto metodológico, no cabe duda, BENTHAM es el gran impulsor del proyecto del positivismo jurídico como empresa descriptiva del derecho vigente, libre de sentimentalismos. Como ideología, no sería desventurado afirmar que BENTHAM hubiera promovido la obediencia de todo derecho que se encontrase en sintonía con la causa liberal y utilitarista de la reforma social. En este sentido, BENTHAM aborrecía el conservadurismo de su época y así, como ideología, si bien en principio consideraba que en un gobierno de leyes el buen ciudadano debía obedecerlas puntualmente, también auspiciaba censurarlas libremente cuando se las encontrará defectuosas o injustas¹⁷². En todo caso, como destaca POSTEMA, en la ideología de BENTHAM la obligación de observar las leyes sí tiene un límite, y es que la obediencia solamente se justifica en la medida en que su utilidad sea marginalmente mayor que la utilidad que produciría la rebelión¹⁷³.

En el siglo pasado, HART retoma la causa benthamiana de desarrollar una teoría positivista del derecho, descriptiva, pero que tome en consideración el punto de vista interno de los participantes de la práctica. También era promotor de la reforma social de corte liberal y utilitarista. De igual manera, no confunde ámbitos, y distingue que una cosa es la labor académica de desplegar una descripción neutral del derecho, y otra la promoción de una agenda social en materia política y moral. En este sentido, la respuesta final de HART a las

¹⁷¹ BOBBIO, 1991 [1965]: 96 – 97.

¹⁷² En este sentido se ha inmortalizado su frase: «Obedecer puntualmente, censurar libremente». BENTHAM, 1985 [776]: 36.

¹⁷³ POSTEMA, 1979: 649.

objeciones que DWORKIN dirige a su teoría es que no existe oposición entre las posturas, las dos pueden convivir, pues él procura una descripción del derecho, mientras que el derecho como integridad es una teoría normativa sobre el ejercicio de la práctica jurídica¹⁷⁴.

DWORKIN considera insatisfactoria la respuesta de HART. Piensa que las distinciones bobbianas no tienen sentido, y que tanto BENTHAM como HART se engañaban a sí mismos si creían que sus diferentes empresas políticas y académicas podían ser separadas. De hecho, sospechaba que el positivismo no era sino una manera encubierta de promover en algún modo una agenda política y moral¹⁷⁵ –en los casos de BENTHAM y de HART, una agenda utilitarista. ¿Por qué piensa esto? Bueno, DWORKIN no creía que tuviera sentido la distinción entre niveles de discurso descriptivo y normativo, pues todo enunciado descriptivo es interpretable en términos normativos¹⁷⁶. Aunado a esto, consideraba que la mejor manera de dar cuenta de la objetividad de las prácticas morales se encontraba en el nivel discursivo. Por estos motivos, DWORKIN piensa que la teoría jurídica debía ser tanto normativa como conceptual para ser consistente.

La teoría del derecho como integridad, al poner de relieve la dimensión interpretativa de la práctica del derecho, satisface los requisitos que debería cumplir una teoría jurídica y, por ende, considera que debería sustituir al positivismo como teoría imperante. Para reforzar su punto, DWORKIN incluso ensaya abordar al positivismo convencionalista como si fuera una teoría interpretativa del derecho con carácter normativo¹⁷⁷, para mostrar que no es capaz de dar cuenta de los desacuerdos ni de las obligaciones jurídicas. Como es de esperarse, su conclusión es que el derecho como integridad ha ganado una batalla –que nunca nadie planteó.

Entonces, si como teórico del derecho yo afirmara que suscribo el positivismo metodológico, pero que mi ideología política es anarquista y que desprecia toda forma de gobierno, sus instituciones y sus normas, no bastaría que prendiera fuego al palacio de gobierno y al parlamento para convencer a DWORKIN de la verdad de mi postura. Si suscribo al positivismo en cualquier manera, es una verdad apriorística que promuevo una agenda

¹⁷⁴ HART, 1994 [1961]: 242 – 243.

¹⁷⁵ DWORKIN, 1978: VII – IX.

¹⁷⁶ DWORKIN, 2011: 24 – 25.

¹⁷⁷ RAPETTI, 2019: 222 – 223.

política en favor del derecho –posiblemente una utilitarista. No obstante, si por cualquier motivo un juez afirma que una zarigüeya tiene derecho a la educación a pesar de que ninguna ley, precedente o forma de acción judicial lo manifieste, sería una actitud irresponsable contradecirlo sin revisar si existe una interpretación de la práctica del derecho en su mejor luz que pueda justificar la verdad de esa proposición.

La moraleja es que DWORKIN parte de ciertos dogmas epistémicos apriorísticos que harán imposible convencerlo de la verdad sintética de ciertas proposiciones sin importar a cuántos edificios de gobierno prenda uno fuego. Por otra parte, estos dogmas lo orillan a buscar una verdad moral en donde los hechos no sólo callan, sino que posiblemente exhiban signos de todo lo contrario a una práctica moralmente virtuosa. Es imposible hacer creer a alguien algo que se niega a creer. Como consecuencia, el positivismo no está compelido a procurar contentar a DWORKIN, y no existe problema en mantener una postura positivista de corte descriptivo. No obstante, muchos han caído en la trampa dworkiniana, por lo que no está demás desvirtuar los entramados de ésta.

B. Los términos de la trampa en «el modelo de reglas».

El «modelo de reglas» por medio del cual DWORKIN esboza al convencionalismo jurídico tiende su trampa al presentar dos conceptos de manera particular, el de «regla» y el de «acuerdo convencional». Por medio del primero busca mostrar que el positivismo no es adecuado para dar cuenta de los desacuerdos en el derecho, por medio del segundo siembra semillas de duda acerca del convencionalismo como estrategia para dar cuenta de la práctica del derecho. El presente subapartado se enfocará en los problemas que conlleva la noción de «regla». Los dos siguientes apartados se enfocarán en los problemas más profundos que conlleva asociar al convencionalismo con la noción de «acuerdo» o «pacto» como sustento de la existencia de las reglas.

DWORKIN busca convencernos de la relevancia de su propuesta teórica al presentarnos un escenario del derecho en el que la controversia acerca de la validez de las normas jurídicas¹⁷⁸ es el aspecto más relevante que se presenta de manera persistente en la práctica.

¹⁷⁸ Los desacuerdos para DWORKIN pueden versar sobre hechos, sobre derecho, o sobre cuestiones de moral política y fidelidad. Los que le interesan son los segundos, los desacuerdos que denomina «teóricos», en los que se cuestiona si el derecho gobierna el caso en cuestión. DWORKIN, 1986: 4 – 5.

Si este es el caso, es porque las reglas son elementos sumamente rudimentarios, pero, por fortuna, el derecho es una práctica dialógica basada en principios, lo que permite superar los constantes desacuerdos que se presentan cuando se agotan las reglas. Cuando existe un desacuerdo acerca del derecho, los participantes apelan a consideraciones de moral crítica, interpretan el material normativo a la luz de los principios que le otorgan consistencia a la práctica jurídica. De este modo es posible encontrar una solución que pueda ser integrada conforme a la mejor justificación para tener un orden jurídico.

Para desvirtuar este panorama, la primera réplica que cabría presentar es que DWORKIN presenta un escenario patológico en relación con los desacuerdos en el derecho. Puesto que las controversias versan sobre la validez de las normas, en última instancia siempre recaerían sobre los criterios últimos de validez, en términos de HART, las reglas de reconocimiento. Pero para poder tener una práctica del derecho no es concebible que las controversias sean tan frecuentes y profundas. Como resalta VILAJOSANA al formular esta observación, en ordenamientos como el español, en general los jueces obedecen el orden jerárquico respecto de las fuentes del derecho, y esto es fácil de constatar. Es incuestionable que se presentan discrepancias acerca del alcance de los criterios de validez, pero no se presentan ni con la generalidad ni con la constancia que se advierte en el argumento de DWORKIN¹⁷⁹. Por el contrario, si la práctica del derecho es posible, esto se debe a que en general las reglas; y especialmente nuestras reglas más elementales, funcionan, y funcionan como raíles. Si esto es posible es debido a que, en general, seguir reglas no es tan complicado.

En este sentido, una de las réplicas que HART formula es que él nunca afirmó que el derecho únicamente comprenda reglas de «todo o nada» o reglas casi conclusivas¹⁸⁰. De hecho, conforme lo que se ha expuesto con antelación, la concepción de reglas que promueve DWORKIN no es compatible con ninguna postura filosófica que se haya desarrollado acerca del *seguimiento de reglas*. En una interpretación caritativa, podría ser equiparable al convencionalismo democrático de KRIPKE, con las siguientes salvedades: 1) un caso incierto de seguimiento de la regla, como un desacuerdo, no implica que no exista la regla convencional y, 2) la superación del impase supone un consenso mayoritario, lo que implica

¹⁷⁹ VILAJOSANA, 2016: 134 – 135.

¹⁸⁰ HART, 1994 [1961]: 263.

contar con un nuevo indicador para saber que se sigue la regla de la comunidad. Para DWORKIN, frente al primer supuesto, el simple hecho de que se presente una controversia significa que no hay una regla común. Pero incluso ignorando la primera salvedad, en el segundo supuesto, la forma de solución del impase para DWORKIN recae en alcanzar la mejor justificación moral de la práctica que llevamos a cabo, por lo que no cualquier consenso es suficiente, de hecho, la mejor justificación moral podría ser contraria a cualquier consenso. Si respecto de un desacuerdo la comunidad concierta con una solución inmoral, esto no sería válido para DWORKIN, mientras que la postura de KRIPKE se mantiene indistinta respecto de la justificación moral de la solución alcanzada. Así, en consonancia con KRIPKE, otra relevante réplica que HART formula a DWORKIN es que la justificación moral parece no ser necesaria, pues las actitudes de deferencia a una regla pueden coexistir con la realización de que esas reglas sean moralmente objetables e, incluso, no existe razón para creer que la justificación moral es la única posible o adecuada respuesta al seguimiento de reglas¹⁸¹.

Como resalta ARENA, debido a la primera salvedad, DWORKIN en cierto modo resulta un aliado inesperado del escepticismo asociado al realismo jurídico más radical¹⁸². Por otro lado, como recuerda ENDICOTT, nadie es menos escéptico que DWORKIN¹⁸³, y esto es patente en la tesis de que necesariamente existe una respuesta correcta a la que se aspire en toda controversia¹⁸⁴. Este dato es alarmante, pues significa que el derecho como integridad relata una práctica no sólo que nadie sigue¹⁸⁵, sino que es virtualmente imposible de seguir. Por un lado, para tener una práctica hay que seguir reglas, por el otro, resulta casi imposible tener reglas jurídicas puesto que DWORKIN pone dos condiciones muy densas para ello: 1) que coincidamos siempre sobre su extensión y, 2) que todos concordemos con la justificación moral de la regla respecto del fin al que sirven; es decir, que compartamos una moral crítica (y práctica) de manera casi uniforme –para DWORKIN una norma que no está justificada moralmente, no es jurídicamente vinculante¹⁸⁶. Estos requisitos podrían cumplirse –en un mundo muy hipotético– si entre nuestras razones para seguir reglas pudiera figurar en parte el hecho de que otros hacen lo mismo, pero DWORKIN critica esto al convencionalismo, y

¹⁸¹ HART, 1994 [1961]: 257.

¹⁸² ARENA, 2019b: 13.

¹⁸³ ENDICOTT, 1998: 284.

¹⁸⁴ DWORKIN, 1986: 80 – 82.

¹⁸⁵ NARVÁEZ MORA, 2004: 357.

¹⁸⁶ DWORKIN, 1978: 43.

señala que las prácticas con dimensión moral como el derecho no se siguen por un acuerdo, sino que se siguen fundamentalmente por convicción.

El dilema es que, con el fin de resaltar la relevancia de los principios, DWORKIN presenta una concepción ficticia de las reglas; una que en el mejor de los casos es adecuada para juegos sumamente estructurados como el ajedrez, pero no para una práctica que se desenvuelve en la complejidad de la dinámica social, como el derecho. En un torneo de ajedrez, si muevo mi alfil horizontalmente, puedo estar seguro de que mi movimiento será sancionado. Pero si mi automóvil sufre un desperfecto y un oficial de tránsito me indica que aproveche y pase el semáforo rojo para orillararlo, tengo motivos para ser optimista en que no me impondrá una multa, y la regla de no avanzar con el semáforo en color rojo permanecerá vigente, no se puede negar que existe, esto a pesar de que no quede del todo claro si había una excepción respecto del permiso que el oficial me concedió. Incluso, la justificación de mi acción puede solamente ser compartida por mí y por el oficial, pero podría haber quien considere que no existe razón de pasar el semáforo en rojo bajo ningún supuesto debido a que involucra exponer a un riesgo a terceros, por improbable que éste sea. Como resalta ENDICOTT, el argumento de los desacuerdos de DWORKIN no comprende a las reglas, especialmente a las normas consuetudinarias¹⁸⁷, como las reglas de reconocimiento. Para su existencia, las reglas sólo requieren ser seguidas, constatar una cierta regularidad en el comportamiento. La gente razonable puede discrepar acerca de las reglas que guían sus prácticas, pero no existe razón para suponer que, aunque se siga un comportamiento uniforme, todos compartan un visión unánime acerca de éste.

En conclusión, el positivismo convencionalista no requiere asumir una postura interpretativista y es adecuado para dar cuenta de los desacuerdos en el derecho en términos descriptivos. Admitir concordancia en las prácticas que un grupo social sigue de conformidad con una regla no implica que nunca existan supuestos controvertidos sobre sus alcances. En todo caso, el convencionalismo no requiere embarcarse en una indagación de naturaleza hermenéutica acerca del modo en que los participantes puedan justificar sus argumentos para asentar la existencia de deberes jurídicos en casos controvertidos. En tono descriptivista, el convencionalismo no requiere más que señalar los problemas que conlleva el seguimiento y

¹⁸⁷ ENDICOTT, 2001: 216 – 217.

aplicación de reglas y; puesto que se trata de una visión no comprometida, el positivismo de esta naturaleza no debe encontrar problema en señalar que, efectivamente, el impase frente a las controversias suele solucionarse mediante una decisión discrecional en cierta medida. Por el contrario, el derecho como integridad no logra explicar los desacuerdos, puesto que no da cuenta siquiera de una práctica real o plausible.

5.2 Raciocinio y redención del convencionalismo

Parte del problema que ha sufrido el positivismo frente a la teoría del derecho como integridad es aceptar la crítica a sus propios postulados en los términos de DWORKIN y, en este tenor, aceptar como adecuada su caracterización del convencionalismo¹⁸⁸. En este sentido, también es un lugar común aceptar de manera tácita la visión del positivismo convencionalista como una teoría interpretativa que, en el entendido dworkiniano, es comprendida como una en la cual la justificación de la coerción, así como los derechos y obligaciones jurídicas, son determinados por los jueces mediante un esquema de principios que proporciona la mejor justificación de las prácticas políticas pasadas de una comunidad¹⁸⁹.

Pero la trampa no consiste solamente en caracterizar al positivismo convencionalista como una teoría interpretativa, sino que DWORKIN nunca emprende un análisis y debate apropiado con el convencionalismo en general. En *Law's Empire* se limita a decir que las convenciones que aborda LEWIS son bastante precisas y limitadas, tomando como ejemplo la práctica de las llamadas telefónicas¹⁹⁰, y con esto las desacredita por completo para señalar que las sociedades son mucho más complejas y esto es en parte porque se embarcan en

¹⁸⁸ No es este el espacio para ahondar en debate, pero autores no dworkinianos como ARENA, COLEMAN o TOH, parecen haber asumido que la caracterización de DWORKIN del convencionalismo es adecuada en grandes líneas. Y sería este hecho el que habría orillado a COLEMAN a reformular su visión del convencionalismo (por una más cercana a GILBERT y abandonando la de LEWIS) para dar cuenta de los deberes jurídicos; y a ARENA a escapar del convencionalismo, al igual que TOH, quien irónicamente, a mi parecer, crea una reconfiguración convencionalista inspirada en HARMAN). ARENA, 2019a, COLEMAN, 2001; y TOH, 2011.

¹⁸⁹ DWORKIN, 1986: 116 – 117; RAPETTI, 2019: 57.

¹⁹⁰ Las llamadas telefónicas es uno de los once ejemplos de convenciones que presenta LEWIS. En éste, se interrumpe la llamada telefónica entre dos personas. Si la persona que recibió la llamada vuelve a marcar mientras la otra espera, y esto resulta en una solución satisfactoria para el fin de retomar la comunicación, se vuelve un antecedente para ambas partes en caso de que en un futuro se vuelvan a sufrir el mismo problema. Si, con el tiempo, para los dos se vuelve un entendido común que quien recibió la llamada es quien tiene que volver a marcar mientras el otro espera, esta solución es una convención entre estas dos personas, una sobre la que posiblemente nunca hayan realizado una estipulación expresa. LEWIS, 2002 [1969]: 5, 36 – 37.

prácticas interpretativas¹⁹¹. Además, recalca, esta postura convencionalista no distingue entre actuar por convención y actuar por convicción¹⁹². Por supuesto, esto es una reducción injustificada de la labor de LEWIS, que presenta casos muy elementales para demostrar la manera en que nuestras convenciones pueden evolucionar en entramados cada vez más sofisticados hasta generar productos complejos como el lenguaje, y todo esto sin adentrarnos en problemas justificativos acerca de los motivos que tenemos para contar con esas convenciones.

Aparte de lo anterior, DWORKIN constantemente equipara a las reglas convencionales con acuerdos o pactos expresos; algo que no es supuesto en LEWIS quien, como se ha expuesto, buscaba mostrar que era posible crear convenciones en ausencia de acuerdos expresos¹⁹³. También, como apunta NARVÁEZ MORA, no distingue entre el entramado de expectativas recíprocas como una situación social de hecho y sus posibles efectos en las creencias y deseos de los sujetos, y el criterio de justificación que puedan tener los sujetos acerca de su comportamiento convergente. En este sentido, es importante tener en cuenta que no es lo mismo manifestar una convicción que tener una convicción; y es que la crítica que hace DWORKIN es posible únicamente porque sustituye el concepto de convención con el de acuerdo o pacto¹⁹⁴.

En efecto, las críticas al convencionalismo a menudo parten de una visión sesgada del mismo que no sólo no lo debate en sus propios términos, sino que incluso desconoce sus presupuestos. En particular, uno de los aspectos más frecuentes en los que suelen incurrir los ataques al convencionalismo es el de ignorar que éste fue pensado como una respuesta a lo que era misterioso hasta entonces, el hecho de que pudiéramos tener productos de entendimiento común sin nunca siquiera haber podido contar con las herramientas para negociar un acuerdo. Esta es una idea muy poderosa, que implica presupuestos acerca del raciocinio de los agentes que el convencionalismo no siempre hace manifiestos y que sus críticos tampoco se toman la molestia de explorar. Por lo tanto, para comprenderlo mejor, este apartado indagará acerca del raciocinio que presupone el convencionalismo y los ejes en

¹⁹¹ DWORKIN, 1986: 122.

¹⁹² DWORKIN, 1986: 145.

¹⁹³ LEWIS, 2002 [1969]: 35.

¹⁹⁴ NARVÁEZ MORA, 2004: 257 – 258.

los que lo sustenta. Con esto, como corolario, se busca deslindar a las convenciones de algunos equívocos conceptuales que se manifestaron a partir de las críticas de DWORKIN y, con ello, liberar al convencionalismo de una vez por todas de las trampas que dicha postura le ha tendido.

A. Entendimiento común, no pactos

Los acuerdos o pactos implican convenciones, pero las convenciones no necesariamente implican acuerdos o pactos; es decir, los segundos son especies de convenciones, pero no agotan la categoría. Los acuerdos o pactos necesariamente requieren una forma de comunicación convencional previa (como el lenguaje) para poder ser efectuados. Las convenciones requieren comportamiento convergente en el que los intereses recíprocos de los participantes se equilibren para lograr generar productos convencionales.

Conforme a la exposición de LEWIS¹⁹⁵, una regularidad R en el comportamiento de los miembros de una población P cuando son agentes en una situación recurrente S , es una *convención* si, y sólo si, es verdad que, y es de conocimiento común en P que, en cada instancia de S entre los miembros de P ,

- 1) la mayoría se conforman a R ;
- 2) la mayoría espera que los demás se conformen a R ;
- 3) la mayoría prefiere conformarse a R bajo la condición de que los otros lo hagan, puesto que S es un problema de coordinación y la conformidad uniforme a R es un equilibrio de coordinación en S ¹⁹⁶.

Me parece que un aspecto común que no ha sido bien aprehendido por DWORKIN –ni por varios de los que han encontrado problemas con el convencionalismo promovido por LEWIS en línea *humeana*, y en similar guisa por WITTGENSTEIN, y en cierto trasfondo por HART– es el núcleo de raciocinio que presuponen como impulsor de la acción de los participantes. Los acuerdos o pactos son instrumentos del razonamiento muy refinados con

¹⁹⁵ Asumo a la exposición de LEWIS como la teoría más refinada de las convenciones, siendo aquella que logró rescatar al convencionalismo de las duras críticas a las que fue sometido por QUINE. Asimismo, asumo que este modelo del convencionalismo es, en amplios términos, consistente con la visión de las reglas convencionales que HART adopta. También, cuando DWORKIN ataca directamente al convencionalismo, su blanco explícito es el modelo de LEWIS. DWORKIN, 1986: 122.

¹⁹⁶ LEWIS, 2002 [1969]: 58.

los que contamos para embarcarnos en proyectos comunes y producir resultados deseados muy precisos por las partes involucradas y, no obstante, esto no evita que en ocasiones se presenten dudas al respecto. Pero estos instrumentos solamente son posibles por la razón de que tenemos reglas convencionales más básicas y abstractas sobre los que los hemos construido. Lo que esto implica es que el nivel de razonamiento de las convenciones que fueron necesarias para concebir la existencia de los acuerdos o los pactos es más elemental.

LEWIS buscaba explicar la creación de convenciones en ausencia de un lenguaje o forma de comunicación común y, por ende, de que los sujetos puedan poseer siquiera la noción de que existe algo como «convenir». A WITTGENSTEIN le interesa explicar la manera en que los infantes de las más tempranas edades logran aprender a seguir reglas para comunicarse y adquirir un lenguaje. Con esto debe ser manifiesto que la racionalidad que consideran que impulsa las convenciones más elementales no es la de una persona calculadora que posee un complejo entramado de conceptos para razonar su acción. Se trata de una racionalidad más primitiva. Me he referido a este tipo de raciocinio como «intuitivo», pero es más apropiado denominarlo como «heurístico»¹⁹⁷. Este tipo de razonamiento ha sido abordado en la psicología comportamental. El postulado del razonamiento heurístico señala que, frente a un escenario de incertidumbre en que se requiere una acción por parte de un agente, pero éste no cuenta con información certera suficiente para decidir qué hacer, recurrirá a los elementos más elementales disponibles para formular un curso de acción que estime adecuado. En este sentido, la acción puede no ser óptima, definitivamente no es lógica, pero esto no significa que carezca de una forma de raciocinio que motive y pueda explicar el actuar del agente. Entre la información disponible se encuentran especulaciones acerca de cómo actuarán sus pares en relación con cómo han actuado en ocasiones pasadas¹⁹⁸.

Este es el núcleo de razonamiento con el cual LEWIS y WITTGENSTEIN instan a pensar en las reglas convencionales. Una vez que se cuenta con un lenguaje y herramientas conceptuales complejas, el razonamiento heurístico no es reemplazado por el raciocinio calculador y deliberativo. Por el contrario, ambos tipos de razonamientos confluyen en la

¹⁹⁷ KAHNEMAN, 2011: 98.

¹⁹⁸ Por cierto, como dato interesante, las consideraciones respecto del razonamiento heurístico también han tenido un importante lugar en la filosofía de la ciencia para hablar del descubrimiento científico Véase POPPER, 2002 [1935], LAKATOS, 1987 [1971].

toma de decisiones de las personas. Por este motivo, mediante nuestro actuar social habitual creamos una diversidad de reglas convencionales sin necesidad de una estipulación deliberada. Este actuar social público genera información a partir de la cual «planeamos» nuestras acciones. Esta información genera expectativas entre los individuos, expectativas de que el mismo curso de acción que ha funcionado en diversas ocasiones en el pasado vuelva a funcionar en el futuro. En este sentido, los ejemplos de convenciones no estipuladas que presenta LEWIS no son en absoluto banales y abarcan diversos aspectos de la vida social, como tener lugares de encuentro, división de la tierra y propiedad, división de trabajo, e incluso reglas de competencia y establecimiento de precios entre comerciantes¹⁹⁹.

Todas estas convenciones presentan estructuras de cooperación diversas. En el ejemplo de las llamadas telefónicas, se trata de un planteamiento de cooperación directa en donde los intereses de los dos participantes coinciden totalmente²⁰⁰. En los casos de reglas convencionales de competencia y división de trabajo, se trata de situaciones con conflicto parcial de intereses. Lo relevante para que se presente el escenario que puede dar lugar a reglas convencionales es que, por encima de los intereses egoístas, entre los participantes prevalezca como superior un interés de coordinación. El motivo de que este interés exista es que, una vez que los participantes han logrado por primera ocasión una solución que equilibra sus respectivas preferencias personales, encontrarán que ese curso de acción es más provechoso que los cursos de acción en los que obran ignorando las consideraciones de los demás. Esta dinámica de razonamiento se presenta en un bucle de información parcial y especulación acerca del comportamiento recíproco de los participantes: «frente a ciertas circunstancias similares a otras pasadas, y teniendo en cuenta ciertos hechos notorios, yo espero tú esperes que yo espere que tú esperarás que yo haga X...»²⁰¹.

En cierto punto, una vez consolidada la solución, será una regla convencional que funcione como una *segunda naturaleza* para los participantes²⁰², y violentar una regla convencional consolidada puede llevar diversas consecuencias negativas dependiendo del tipo de expectativas que cubre la convención. También, es importante destacar que tener una

¹⁹⁹ LEWIS, 2002 [1969]: 6 – 7.

²⁰⁰ El supuesto presenta a dos personas cuya llamada es interrumpida y la convención que generan acerca de quién debe llamar de vuelta cuando esto sucede.

²⁰¹ LEWIS, 2002 [1969]: 29 – 30.

²⁰² MURPHY, 2014: 20 – 21.

regla convencional y contar con una justificación para éstas son dos cosas muy diversas. Un hecho cierto es que cuando hemos llegado a este mundo ya había muchas reglas convencionales, y para funcionar en sociedad se nos entrenó para seguirlas. No conocemos el origen de muchas de estas reglas, tal vez de la mayoría, por ende, no sabemos con qué fin se crearon, pero las seguimos. Cuando nos cuestionamos por qué las seguimos podemos especular acerca del motivo de su existencia, el fin que persiguen, y elaborar una justificación acerca de por qué la seguimos. Pero esta justificación es algo personal, posiblemente otros conciban otras justificaciones diversas sobre la misma regla. Esto no significa que poseamos reglas distintas, y es comprobable en el hecho de que en el común de las ocasiones convergemos en seguir el mismo patrón de conducta que permite que nuestras acciones sean compatibles. Algunas veces se presentarán instancias dudosas, y nos detendremos a pensar sobre nuestras reglas, posiblemente no coincidamos del todo en su razón de ser, pero esto no significa que no contemos con una regla; de hecho, en otra infinidad de instancias que no nos generan dificultades seguiremos esa misma regla con toda seguridad. Y es que, respecto de tipos de circunstancias que se reiteran, seguir una regla es mucho más económico en tiempo y energía que debatir y razonar en cada ocasión acerca de cuál es el mejor curso de acción. Por así decirlo, esto es también parte de lo que otorga autoridad a las reglas por sí mismas²⁰³.

Este esquema también se presenta en el plano de la práctica del derecho más allá de las normas de origen promulgado. Entonces, es indudable que diversos jueces y funcionarios cuentan con diversas *formas de vida*, ideología, concepciones morales, motivos para asumir el papel institucional que desempeñan, e incluso no es sensato negar que esto influya en alguna medida en su práctica del derecho y en el hecho de que existan desacuerdos desde el punto de vista interno. Pero, por encima de todo, es pasible asumir que la gran mayoría de ellos comparte el objetivo común de seguir y aplicar las normas del derecho, lo que parece también es parte del punto de vista interno. Qué signifique seguir y aplicar las normas jurídicas no siempre es claro, como no siempre es claro qué signifique seguir y aplicar las reglas de otros ámbitos de la vida social. Por este motivo, uno de los indicios heurísticos de información más concretos para resolver qué hacer es observar lo que hacen los demás. Esto asiste a uniformar una práctica de seguimiento de reglas de manera extendida.

²⁰³ LAGERSPETZ, 1995: 77, 81.

Un paradigma histórico de la manera en que la imitación habitual asiste a la consolidación uniforme de un sistema de reglas es el *common law*. El sistema de *common law* fue particularmente promovido en Inglaterra con posterioridad a la conquista normanda²⁰⁴. Antes, la isla británica estaba dividida en diversos reinos, cada uno con su propio sistema jurídico basado en la costumbre. La conquista normanda supuso un intento de gobierno unificado de todo el territorio, algo muy difícil de lograr si cada territorio obedece reglas distintas y los tribunales de los distintos pueblos resuelven las causas de maneras distintas. La consolidación del *common law* supuso una estrategia de unificación de criterios jurídicos por parte de Enrique II, en donde se orilló a las cortes de los pueblos a que alinearan su actuar en relación con el de las cortes reales centrales; esto es, a que las imitaran. Lo que esto suponía era utilizar una forma de razonamiento casuístico propio del derecho de los pueblos germánicos y la creación de pliegos que informaban de las costumbres consideradas vinculantes por estas cortes y, eventualmente, narrativas de sus resoluciones, contribuyendo a la creación de la doctrina del precedente²⁰⁵. En este sentido, el *common law* se asentó sobre el sencillo principio de resolver el mismo tipo de casos con el mismo tipo de soluciones que los demás han implementado.

En este tenor, por ejemplo, ARENA ha dudado sobre la plausibilidad del convencionalismo debido a que la existencia de conflictos de intereses y a la alta exigencia epistémica que conlleva conocer con certeza el posible actuar de los demás jueces para generar las expectativas necesarias y entablar una empresa coordinativa común²⁰⁶. Pero como el razonamiento heurístico nos ha permitido comprender, no requerimos contar con total certeza en saber que los demás harán su parte en la convención, nos basta conjeturar con base en indicios, información acerca de cómo han actuado los demás en el pasado para suponer que lo harán de modo similar en el futuro. Esto, por supuesto, no es garantía de que en el futuro en efecto se comportarán de igual manera, pero es todo lo que tenemos, y de algún modo funciona en medida no menor, y este mecanismo siempre evoluciona. Incluso, si el flujo de información no fue un problema para la formación y consolidación de un sistema jurídico como el *common law* en la Inglaterra de los siglos XI y XII, mucho menos lo es

²⁰⁴ HOGUE, 1966: 33 – 36.

²⁰⁵ BAKER, 2019: Capítulo II.

²⁰⁶ ARENA, 2019a: 164; ARENA, 2019b: 53.

ahora. En la actualidad es posible acceder información bastante detalladas acerca del funcionamiento y resoluciones judiciales de diversos tribunales del todo el mundo. Cuando un ordenamiento hace exigible algún nuevo tipo de procedimiento o de derechos, no es infrecuente que lo haga tomando como referencia la práctica y criterios de otros tribunales. De hecho, por esta línea se han trazado muchos de los supuestos del *constitucionalismo global* que ha adquirido popularidad en los últimos años²⁰⁷.

Asimismo, en esta investigación se ha expuesto un supuesto del modo en que la creación de normas consuetudinarias entre jueces –las normas consuetudinarias *in foro*– asiste a explicar cierta convergencia y expansión en los criterios de la aplicación de una disposición jurídica como la que prohíbe dormir en las estaciones de trenes.

B. La autonomía conceptual de las reglas convencionales

Es menester deslindar al producto descrito por el positivismo convencionalista –esto es, el derecho como sistema de normas cuya existencia obedece a ciertos hechos sociales– de la justificación que los participantes de la práctica puedan tener para llevar a cabo sus acciones.

En el recuento dworkiniano, la exigencia de dar cuenta de la justificación estaría ligada al hecho de que cuando los jueces enuncian proposiciones de derecho lo hacen por convicción, y no por convención que, en su entendido, significa actuar por el motivo de que «los demás hacen lo mismo». De nuevo, la caracterización del convencionalismo expuesta por DWORKIN es sesgada.

Como se ha desarrollado, el convencionalismo lewisiano es un tanto indiferente respecto de la totalidad de motivos individuales que tienen los agentes en conjunto, esos motivos son sucesos contingentes. Este recuento del convencionalismo simplemente asume que entre el cúmulo de razones que la gran parte de los miembros de un grupo puede tener para seguir un curso de acción, se encuentra la expectativa recíproca de que los demás actúen de cierta manera y, a su vez, que el individuo presume que los demás esperan que él se comporte de cierto modo. Esto es, el bucle de expectativas recíprocas sería el germen de la normatividad de las reglas convencionales, el núcleo de razones que los individuos tienen

²⁰⁷ PETERS, 2009.

para considerar a un determinado curso de acción como debido. Después, de modo contingente, el convencionalismo asume que puede haber un sinfín de motivos justificativos que se agreguen a las razones que cada individuo tenga para seguir las reglas convencionales. Es decir, el convencionalismo no niega que existan razones independientes y que, además de la influencia de las expectativas mutuas los individuos pueden seguir las reglas convencionales también porque las consideran moralmente vinculantes, por evitar el castigo, porque les permiten llevar a cabo sus proyectos, porque las consideran necesarias para el funcionamiento social e, incluso, en ocasiones, por simple inercia.

Entonces, para la teoría positivista cobran especial relevancia las palabras de BULYGIN que insta a tener presente que «[...] es importante distinguir entre lo que los jueces *dicen* que hacen y lo que *hacen* realmente»²⁰⁸. Es decir, los enunciados por medio de los cuales los jueces realizan proposiciones de derecho son solamente un indicio de información con el que cuenta el teórico para dar cuenta de la práctica del derecho. Estos indicios se suman a los otros tantos enunciados que han emitido los demás jueces, así como a los hechos efectivos que es posible constatar en su actuar. De tal manera, como se ha dicho, no es lo mismo manifestar una convicción que tener una convicción, por lo que la «convicción» de las proposiciones pronunciadas por de los jueces han de ser analizadas en el contexto de la práctica efectiva del derecho.

Un juez puede manifestar «estoy convencido que conforme a los criterios que los jueces utilizamos para identificar y aplicar el derecho, la solución para a este caso es...». El juez ha manifestado una convicción, pero que está condicionada a atender los criterios que los otros jueces utilicen. Como propone TOH, si un juez tiene la mínima pretensión de utilizar los criterios que los demás jueces también utilizan, sería difícil imaginar que ese juez esté dispuesto a avanzar su propuesta incluso a sabiendas de su fracaso seguro en cumplir con esos criterios²⁰⁹. Lo más probable es que el juez busque adecuar la extensión de su convicción al marco de razones normativas aceptadas por los demás. En este sentido, la referencia a las normas jurídicas como productos convencionales se mantiene sólida, y deja lugar al espacio de discusión e interpretación de los diferentes puntos de vista de los participantes.

²⁰⁸ BULYGIN, 2005c: 74.

²⁰⁹ TOH, 2011: 130 – 131.

Por otro lado, si un juez manifestara «utilizaré este criterio para identificar el derecho aplicable y dictar una sentencia porque lo considero adecuado, a pesar de que nadie lo ha utilizado e incluso creo que ningún otro juez lo utilizaría nunca jamás», esta frase sin duda resultaría llamativa tanto para cualquier otro participante de la práctica como para el teórico, pues el derecho en general no supone que los criterios con los que cuentan los jueces para resolver casos dependan de sus elecciones (y convicciones) personales²¹⁰. Este es el caso de una convicción totalmente independiente, y el positivismo jurídico no niega que en ocasiones los jueces actúen con base en éstas. Lo que resultaría poco plausible es que un juez manifestará semejante indiferencia respecto de los criterios que los demás jueces en efecto utilizan. Normalmente los jueces recurren a diversos procedimientos para crear excepciones que justifican dejar de aplicar una norma que consideran injusta o inadecuada²¹¹. Pero el hecho de que hagan esto solamente advierte que en efecto reconocen que existen ciertos estándares compartidos y que, por lo tanto, se ven orillados a justificar su actuar cuando se apartan de ellos. En todo caso, para el positivismo convencionalista que se atiene a describir la práctica, no existe dificultad en señalar que, a pesar de los dichos del juez, lo que ha hecho es apartarse de las reglas convencionales vigentes, puesto que la excepción que ha introducido no está sustentada en ninguna norma verificable con antelación en la práctica.

Para el positivismo convencionalista el papel de las convicciones independientes se explica como uno de los potenciales motivos creadores de derecho. Cuando un juez actúa por convicción y resuelve un caso de modo inédito en una norma individualizada contenida en una sentencia, ha dejado un pedazo de información al que pueden llegar a recurrir sus colegas como precedente acerca de una manera de resolver ese tipo de casos en el futuro. Este fue el supuesto del ejemplo de la norma que prohíbe dormir en las estaciones de trenes y el juez que resolvió introduciendo una excepción para absolver de la sanción a quienes demuestren ser ciudadanos de provecho económico. Lo que sucedió es que otros jueces también sospecharon que la norma en cuestión fue creada para evitar que los vagabundos utilizaran las estaciones como vivienda temporal y no para sancionar usuarios corrientes del servicio de trenes, y la primera decisión del otro juez reforzó su intuición, frente a lo que considero legitimado resolver en el mismo sentido. Recordando el ejemplo, este criterio se difundió y

²¹⁰ NARVÁEZ MORA, 2004: 358.

²¹¹ BULYGIN, 2005c: 75.

consolidó mediante la creación de una norma consuetudinaria *in foro* que reprochaba a los jueces que resolvieran de manera distinta.

En general, las convicciones independientes asisten a explicar los cambios no formales en la práctica del derecho. En este sentido, SUNSTEIN ha creado una explicación para el fenómeno del cambio en las prácticas normativas que puede servir para ilustrar de mejor manera el papel de la convicción en marco intersticial de decisión con el que cuentan los jueces para identificar y aplicar el derecho²¹². Él parte de la idea de que las normas son conservadoras por definición, en el sentido de que una vez que se cuenta con ellas, propugnan por conservar ese estado de cosas. Así, muchos participantes pueden tener opiniones y preferencias contrarias a ciertas normas vigentes respecto de las cuales incluso se ha vuelto oscuro el motivo de su existencia o si en verdad sirven para algún fin socialmente valioso. No obstante, estas personas continúan observando la norma por el hecho de que es la norma, es lo que se debe hacer y, por lo tanto, presumen que es lo que se espera que hagan o habrá consecuencias. La existencia de normas es un factor que promueve la *falsificación de preferencias* que se ha mencionado con antelación. Esto es, en términos personales muchos repudian la existencia de la norma, pero acallan su opinión, pues el hecho de que los demás la obedezcan les incita a creer que el resto del grupo social concuerda con ésta²¹³; por tal motivo, ellos continúan obediéndola, con lo que contribuyen a que se perpetúe la falsificación de preferencias. Pero los grupos sociales eventualmente encuentran rebeldes, gente que no teme expresar su opinión contraria y desafiar a las reglas que considera injustas o absurdas sin importarles mucho las consideraciones de los demás.

Cuando los rebeldes no solamente manifiestan su opinión contraria o desafían alguna norma vigente, y dirigen la atención de los demás acerca de la estupidez, inutilidad o injusticia de las normas vigentes, e incluso, pueden insistir en que otros comparten su opinión, pero no la manifiestan, estos sujetos actúan como *emprendedores de normas (norm entrepreneurs)*, pues procuran cambiar la normativa vigente. Si su empresa prospera, pueden lograr romper la falsificación de preferencias que ocultaba el hecho de que muchas personas en realidad no

²¹² SUNSTEIN, 2019: 7 – 8.

²¹³ En sentido similar, el fenómeno que SUNSTEIN denomina *falsificación de preferencias* es llamado por BICCHIERI *ignorancia pluralista*. BICCHIERI, 2006: 186.

estaban de acuerdo con las normas, y envalentonarlas a generar un cambio, una *cascada normativa* que eventualmente abroge las normas vigentes y las sustituya por otras²¹⁴.

En nuestro ejemplo, el juez que por primera vez decidió introducir una excepción a la norma que prohíbe dormir en estaciones de trenes, probablemente pensó que era insensato sancionar a ciudadanos que son «trabajadores productivos» y que seguramente se trató de un error por parte del legislador, de una laguna axiológica. Es posible que incluso haya comentado el caso con algunos de sus colegas que pensaban del mismo modo, pero que no se atrevían a resolver en ese sentido. Finalmente, nuestro juez actúa con convicción, y en un acto emprendedor resuelve en una sentencia no sancionar a un ciudadano trabajador, y en la motivación expresa que no es razonable ni moral, que es contrario a algún supuesto principio inherente a la constitución que el legislador buscara sancionar a ciudadanos trabajadores y que pagan impuestos, que seguramente se trató de un error, que la solución correcta siempre fue absolver a los ciudadanos trabajadores y que pagan impuestos. Con este acto ha creado un pedazo de información, un indicio heurístico notorio que puede llegar a envalentonar a otros jueces que pensaban igual, que consideraban que la «respuesta correcta» siempre consistió en no sancionar a los trabajadores que pagan impuestos y que esta solución se difunda para, eventualmente, cambiar el derecho vigente.

Nótese, por cierto, que lo que importa en la descripción del derecho como la práctica de un sistema de reglas no refiere en ningún sentido a la calidad o justificación moral de las reglas jurídicas, lo cual es contingente. Incluso, eventualmente una norma puede dejar de ser servir al fin para el cual fue creada y los usuarios pueden no coincidir en su justificación moral, pero mientras siga siendo reconocida y aplicada continuará vigente, y será jurídica o, en algún sentido *válida*. Inclusive, por decir, si una norma constitucional estableciera como obligatorio un concepto moral, sería engañoso considerar que la norma efectivamente seguida y aplicada se encuentra moralmente justificada. Para esto no es necesario adentrarse en un debate acerca de si existen los hechos morales y una moral objetiva. Basta conjeturar que, si existe algo como una «moral objetiva» es cercano a la moral crítica; esto es, una moral que pretende ser correcta y verdadera a pesar de que nadie la siga.

²¹⁴ SUNSTEIN, 1996: 928 – 930.

La moralidad crítica no es equivalente a la moralidad social que, por así decirlo, se compone del conjunto de juicios que los miembros de un grupo social consideran justificados a la luz de las reglas morales que la mayoría observa; es decir, una moral convencional. La moral social puede disentir mucho de la moral crítica, y esto tiene efectos en el desempeño de las instituciones. Una sociedad puede ser machista, homófoba, racista, pero su texto constitucional puede contener normas que prohíben la discriminación por motivos de género, preferencia sexual o raza; a pesar de esto, creo que no será sorprendente para nadie que esto no evitará que los vicios morales inevitablemente se reflejarán en el desarrollo de sus instituciones jurídicas. Entonces, el concepto moral incorporado en la constitución, casi con toda probabilidad, será comprendido normativamente conforme a la moralidad (tergiversada) de un subgrupo social (jueces y funcionarios), y en nada se beneficia la empresa descriptivista ni convencionalista en señalar que eso «no es derecho»²¹⁵ por tratarse de juicios morales errados. También, la incorporación de conceptos morales hace más probables las discusiones normativas internas, pues incitan a los participantes a expresar sus convicciones, que responden a sus diversas formas de vida. En este sentido, son un buen aliciente para los emprendedores normativos rebeldes, pues presentan una arena en la que pueden expresar sus convicciones y que se presenten debates morales acerca de la mejor justificación de nuestras prácticas jurídicas. Pero, de esto no se sigue que prevalezca la postura moralmente correcta por sensata que parezca a primera vista. Por ejemplo, como señala RODRÍGUEZ, la sentencia del juez que absuelve a los ciudadanos trabajadores puede ser vista como un acto de discriminación que perpetúa injustificadamente un trato desigual ante la ley para con los indigentes²¹⁶.

5. 3 Colofón

El particular ideario filosófico DWORKIN no es motivo suficiente para justificar que el positivismo abandone su empresa descriptiva y aborde una línea normativa para justificar los enunciados de derecho que refieren a la coerción estatal, o a la determinación de los derechos y deberes ciudadanos. En esta misma línea, tampoco se encuentran razones de peso para

²¹⁵ Por cierto, considero que cualquier empresa reformista tampoco se beneficiaría en negar que esa práctica viciosa es derecho. Por el contrario, en espíritu benthamiano, para cambiar algo primero hay que conocerlo como en realidad es.

²¹⁶ RODRÍGUEZ, 2005: 155 – 157.

entender al positivismo convencionalista como una teoría meramente interpretativa. El positivismo convencionalista es una teoría acerca de la forma en que las prácticas (entre las que están las prácticas interpretativas) generan normas jurídicas y, en este sentido, considero que se ha mostrado como una postura con un vasto rendimiento explicativo.

En tanto una teoría de las prácticas convencionales, el positivismo es capaz de explicar la creación de reglas a partir de hechos sociales, y de tener un entendimiento no reducido de las reglas, sino uno más acorde con su operatividad en el complejo de las prácticas de la realidad social. En esta línea, el convencionalismo se aparta de las explicaciones místicas sobre la existencia de diversos tipos de reglas (entre las que considero se encuentran los principios), pero también otorga un espacio para una explicación no idealizada de los desacuerdos con base en reglas e, incluso, presenta un aparato conceptual competente para también explicar el cambio en el derecho manteniéndose fiel a la tesis de las fuentes sociales.

Capítulo V. Explicar derecho consuetudinario (el esquema dualista)

El derecho consuetudinario es un tema enigmático para la dogmática jurídica. Como hemos visto, varios filósofos del derecho han cuestionado tanto la autenticidad como la autosuficiencia de la costumbre como fuente del derecho o las condiciones para juzgar la legalidad de las normas consuetudinarias. No obstante, la cuestión que la filosofía jurídica – y la doctrina– ha abordado con primacía y mayor insistencia respecta a las condiciones que la costumbre debe cumplir para ser una fuente del derecho, esto es: *¿cómo es que la costumbre llega a ser derecho?* La pesquisa usualmente involucra los siguientes pasos en su razonamiento:

1. La costumbre es una propiedad que utilizamos para nombrar al hecho de que ciertas acciones son ejecutadas repetidamente con cierta consistencia a lo largo del tiempo.
2. Cuando esas acciones son realizadas por la mayoría, o por una parte significativa de la población en una sociedad, podemos decir que hay una costumbre social, al menos como una práctica compartida.
3. Entre estas prácticas compartidas, algunas deben tener alguna característica relevante puesto que son socialmente exigidas. Como consecuencia, algunas costumbres pueden adquirir una faceta normativa.
4. Además, entre las costumbres socialmente exigidas, algunas deben tener otro rasgo particular, puesto que pueden ser jurídicamente exigidas. Entonces, algunas costumbres pueden ser fuente de normas jurídicas.

Este razonamiento ha guiado a algunos estudiosos del derecho a indagar en las costumbres particulares que se han convertido en derecho, al buscar rasgos especiales que puedan explicar su relevancia para ser adoptadas como parte del fenómeno jurídico. Estas investigaciones son presentadas como cuestiones acerca de la «estructura» de las costumbres jurídicas; esto es, los elementos que componen a las normas jurídicas consuetudinarias. Tradicionalmente, la doctrina jurídica ha sostenido que las normas jurídicas consuetudinarias poseen dos características que, además, permiten identificarlas: un *usus regulae* y una *opinio juris sive necessitatis*. Este esquema se le atribuye a BARTOLO DE SAXOFERRATO, quien trató

de distinguir la *consuetudo* jurídica de los meros hechos de la conducta humana, concluyendo que la costumbre es derecho (*consuetudo est jus*) cuando se puede identificar el *usus*, esto es, una convergencia de comportamiento de varias personas en una cierta comunidad, y una *opinio juris*, que sería el dato jurídico relevante. Esto último consiste en una convicción reflexiva de los miembros de una comunidad respecto de que la conducta que siguen está jurídicamente prescrita (*consuetudo est jus quoddam moribus institutum, quod pro lege suscipitur*)¹. Desde entonces, el esquema dualista y la explicación de sus elementos ha perdurado casi incuestionado por la doctrina jurídica². Asimismo, el esquema dualista es el punto de partida común para la conceptualización filosófica del «derecho consuetudinario», puesto que analizar la doctrina jurídica para comprender cómo los juristas han abrazado y, de alguna manera, utilizado los conceptos jurídicos, es necesario para la comprensión general del fenómeno jurídico³.

No obstante, para los filósofos del derecho que han examinado los elementos que constituyen el derecho consuetudinario, el esquema dualista compuesto por el *usus* y la *opinio juris* no es del todo consistente. No se cuestiona que el *usus* es uno de los elementos por identificar cuando se habla de derecho consuetudinario. Casi no existe controversia sobre el hecho de que el *usus* consiste prominentemente en la convergencia de los miembros de una cierta comunidad en seguir repetidamente y aplicar ciertos comportamientos como estándares justificados de acción. No obstante, como se ha demostrado en el capítulo anterior, aquello en lo que consiste seguir y aplicar una regla no es tan incontestable.

Además, como se ha sostenido en el capítulo II, no existe una cualidad inherente en las normas que las haga «jurídicas». Con la única excepción de las reglas de reconocimiento, las normas jurídicas son tales porque han sido creadas o adoptadas por una norma previamente perteneciente a un sistema del orden. Entonces, ni el *usus* ni la *opinio juris* hacen propiamente a una norma jurídica, pero esto no significa que estas figuras doctrinales carezcan de relevancia conceptual, puesto que –de acuerdo con la tradición– la práctica jurídica continúa

¹ TAMAYO Y SALMORÁN, 2015: 60 – 61.

² Un ejemplo paradigmático de esto se encuentra en el «Tercer reporte sobre la identificación del derecho consuetudinario internacional» efectuado en el año 2015 por la Comisión de Derecho Internacional de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que continúa sosteniendo que en el derecho internacional la costumbre está formada por un *usus* más una *opinio juris*, y en donde el segundo elemento es comprendido como la «aceptación como derecho» de la práctica.

³ TAMAYO Y SALMORÁN, 2015: 25 – 26.

refiriéndose a ellas al abordar la existencia de normas jurídicas consuetudinarias como reglas practicadas que, de algún modo, el orden jurídico llega a respaldar. Como consecuencia, el presente capítulo buscará dar sentido a los elementos que componen el esquema dualista para la identificación de las normas consuetudinarias que pueden ser adoptadas dentro de los sistemas del orden jurídico.

1. *Usus*

El capítulo IV abordó ampliamente las cuestiones conceptuales relativas a la práctica y a los hechos implicados en seguir o aplicar reglas como una cuestión de comportamiento social recurrente y convergente. Sin embargo, la doctrina jurídica frecuentemente considera que para que una regla llegue a ser derecho consuetudinario debe atender a diversos criterios. Un ejemplo famoso es la lista de BLACKSTONE acerca de los elementos que hacen que una costumbre sea jurídicamente válida: que sea larga, continua, pacífica, razonable, cierta, vinculante, y consistente⁴. Y, también, es común sumar generalidad y publicidad⁵.

1. 1 Elementos analíticos (vinculatoriedad, generalidad y publicidad)

Desde una perspectiva analítica, la mayor parte de los elementos de la lista no son realmente condiciones necesarias o requieren elucidaciones ulteriores puesto que las normas consuetudinarias *per se* no cumplen con esos requisitos para llegar a existir, y el hecho de que se requiera una acción judicial (discrecional) para considerarlas jurídicamente válidas sugiere que la lista cuenta con pocos elementos para identificar de manera confiable a las normas jurídicas consuetudinarias. Las excepciones son la vinculatoriedad, la generalidad y la publicidad que, dejando de lado a la acción judicial, constituyen condiciones necesarias para la existencia de las reglas sociales convencionales.

Las reglas sociales son *vinculantes* en el sentido de que, como condición observable, habitualmente los agentes no pueden desatender la convención de manera unilateral sin encontrar alguna suerte de adversidad como consecuencia. Cuando una regla social es sostenida por un orden jurídico —entonces, siendo propiamente una norma jurídica

⁴ BEDERMAN, 2010: 32.

⁵ CANALE, 2008: 111.

consuetudinaria— las sanciones o consecuencias adversas por la no observancia tienden a ser institucionalizadas y más previsibles, mientras que las meras sanciones sociales suelen ser más aleatorias. La *publicidad* comprende el hecho de que la regla debe ser de conocimiento común en el grupo para ser *social*. Esto implica el truismo de que sólo las costumbres sociales —y no así las personales— pueden ser reglas sociales, pero no implica que todas las conductas relativas a la práctica de una regla social necesiten ser ejecutadas en la luz *pública*. Igualmente, la naturaleza del comportamiento —el *usus*— concerniente al cumplimiento de las normas ha de ser rastreable, de modo que, en principio, sea posible verificar que la regla ha sido observada o quebrantada.

La *generalidad*, en el contexto del *common law* de BLACKSTONE, significaba que la costumbre debe ser universal dentro del reino inglés para diferenciarla de las costumbres que son particulares de los condados, las ciudades o los pueblos. Ciertas normas consuetudinarias son reglas de los banqueros de una población, pero de todos los banqueros, y no solamente de algunos que siguen ciertas prácticas particulares. La jurisdicción establece el rango de generalidad de las normas consuetudinarias. De esta forma, la generalidad significa también que las normas regulan clases de casos, y no casos individuales directamente, y clases de individuos⁶. La generalización es una propiedad inherente de las normas consuetudinarias en cuanto a las clases de actos y de personas que regulan, pero también con relación a su persistencia en el tiempo, y esto, como señalara HART, es una cualidad inherente a las normas jurídicas en general⁷.

1. 2 Antigüedad

En el ideario de la Inglaterra de BLACKSTONE, la antigüedad de las costumbres que componen el derecho común (*common law*), el hecho de que fueran inmemoriales, era considerada prueba de su bondad. Se consideraba que la antigüedad de la práctica otorgaba a las costumbres peso y autoridad para ser *lex non scripta* del reino⁸.

⁶ Estas son las condiciones que AUSTIN estableció para que los mandatos puedan propiamente ser denominados normas jurídicas o *laws*. AUSTIN, 1995 [1832]: 21 – 22.

⁷ HART, 1994 [1961]: 22 – 24.

⁸ BLACKSTONE, 2016 [1765]: 51.

La antigüedad proporciona cierta solemnidad a las costumbres, pero las consideraciones sobre su bondad son contingentes. Las viejas costumbres pueden ser como los viejos vicios y las nuevas prácticas pueden ser cambios para mejorar.

La costumbre evoca la idea de un «lapso» dentro del cual ciertas clases de comportamientos son repetidos. Sin embargo, nada en el concepto de costumbre proporciona una pista acerca del tiempo que debe llevarse a cabo una clase de comportamientos para establecer una costumbre. Además, una vez que acordemos que en efecto hay una costumbre, incluso la acción inaugural es parte de la costumbre, aun si con antelación no había comportamiento repetido. Como consecuencia, la repetición es lo que hace que una práctica consuetudinaria se mantenga en su lugar, pero es una acción constitutiva original la que la hace existir.

Su existencia puede no ser antigua, pero eso no significa que no contemos con costumbres. Incluso, esto ha sido confirmado en el desarrollo ulterior de la doctrina jurídica contemporánea. Por ejemplo, la doctrina en el derecho internacional público ha sostenido la existencia de una «costumbre instantánea» cuando una práctica goza de popularidad inmediata, y la comunidad expresa un consenso de tal magnitud que indudablemente existe una *opinio* acerca de su validez jurídica⁹. Entonces, una norma jurídica consuetudinaria puede ni siquiera necesitar ser observada por un largo periodo para suceder.

1. 3 Continuidad

Puesto que el *largo tiempo* no es necesario para que exista una norma jurídica consuetudinaria, la *continuidad* sólo puede ser comprendida como un requisito para que la denominada regla prevalezca en la práctica. Al respecto, las consideraciones desarrolladas en el último capítulo son especialmente relevantes. En primer lugar, la prevalencia se refiere al tipo de circunstancias a las que se aplica la norma y no al curso cotidiano de los acontecimientos sociales. Esto es, las circunstancias de aplicación de una norma consuetudinaria pueden no ser frecuentes; en realidad, pueden ser muy inusuales, pero siempre que ocurren, la continuidad significa que las razones para aplicar y seguir esa norma persisten. Ese es el caso de la *intermitencia prolongada*. En segundo lugar, y como

⁹ CANALE, 2008: 113; BEDERMAN, 2010: 147.

consecuencia, la continuidad se refiere a la persistencia de razones para seguir una norma consuetudinaria cuando se presentan las circunstancias persistentes. Si esas razones cesan de operar, también lo hace la norma consuetudinaria, que cae en *desuetudo*. En este caso, la *continuidad* relacionada con las normas jurídicas consuetudinarias proporciona otra perspectiva que no se exploró en el capítulo anterior con respecto de las normas de origen promulgado. Ingeniosamente, BLACKBURN señala que la *continuidad* es necesaria puesto que la memoria acompaña la supervivencia de la costumbre. Entonces, la interrupción y subsecuente restablecimiento realmente significarían un nuevo comienzo y no la persistencia de una costumbre¹⁰. Las razones para la acción sobreviven dentro de la memoria de los agentes, de modo que la *intermitencia* no puede ser muy *prolongada* en el caso de las normas jurídicas consuetudinarias. Por lo tanto, a diferencia de las normas de origen promulgado, las normas consuetudinarias aplican solamente a los casos consuetudinarios¹¹.

1. 4 Uso pacífico

La idea de uso pacífico es ambigua, y esto debe ser atendido. En un sentido, el *uso pacífico* está pensado para revelar que una norma consuetudinaria ha sido adoptada como producto de un consentimiento común en su población. Así, esta característica se manifestaría en el hecho de que la norma ha sido aplicada de manera reiterada sin encontrar resistencia. Esto es, la práctica no está sujeta a controversias, a disputas o a resistencia. Pero este requisito es engañoso y uno no puede evitar contemplarlo como una suerte de ilusión, ya que se debe enfrentar una cadena de consideraciones. El hecho de que una práctica no sea disputada por la población no significa necesariamente que no sea violenta o pacífica; como mucho, solamente es una indicación *prima facie*, pero no una prueba concluyente.

El derecho es un tipo de orden normativo que se desenvuelve dentro de los órdenes políticos y sociales. Esto es, el derecho de una sociedad comúnmente refleja las visiones políticas predominantes y las prácticas (in)morales de los grupos más poderosos. Entonces, por ejemplo, en las sociedades patriarcales en donde las prácticas machistas son habituales,

¹⁰ BLACKSTONE, 2016 [1765]: 57.

¹¹ GRADONI, 2012: 704. Cabe mencionar, los «casos consuetudinarios» pueden presentarse entre intervalos de tiempo prolongados, por lo que, tal vez no sean asiduos, pero si habituales o recurrentes. Más adelante profundizará al respecto.

las normas sociales reflejarán estas actitudes dominantes. Esto no necesariamente significa que las mujeres consientan en lo sustancial estas prácticas por seguirlas, tampoco que las prácticas sean pacíficas porque es inusual observar resistencia. La práctica puede perdurar gracias al fenómeno del auto-silenciamiento inducido por la falsificación de preferencias¹². También puede ser el caso que una cantidad significativa de los hombres no concuerden con ciertas prácticas normativas, pero que callen y sigan la norma porque piensan que es ampliamente apoyada. Como consecuencia, no es que sea conceptualmente imposible la existencia de normas jurídicas consuetudinarias pacíficas *tout court*. Pero las normas jurídicas consuetudinarias son identificadas como derecho debido a una acción judicial u oficial. La cuestión yace en el hecho de que el desempeño pacífico de la práctica de las normas es evaluado por medio de la interpretación. Esto representa cierto grado de discreción judicial inevitable y la carencia de control totalmente objetivo de la decisión. Por tanto, es inevitable que ciertas normas jurídicas consuetudinarias no serán pacíficas. De modo que, el «uso pacífico» no puede ser uno de los requisitos conceptualmente necesarios de la existencia de normas consuetudinarias.

1. 5 Razonabilidad

Para BLACKSTONE, la invocación de la razonabilidad supondría la carta de triunfo en la revisión de la validez que los jueces efectúen respecto de una determinada costumbre como fuente de derecho. No obstante, las consideraciones planteadas al respecto son complicadas y oscurecidas por diversas ambigüedades no esclarecidas.

En ocasiones, por razonabilidad BLACKSTONE menciona a «la razón», dando a entender que, en realidad, la costumbre debería ser racional en el entendido de por lo menos atender a los principios de la lógica formal. Pero BLACKSTONE no consideraba que la costumbre debiera ser razonable de acuerdo con una «razón universal», sino más bien según las razones «artificiales» del derecho que son respaldadas por la autoridad jurídica. En este tenor, en principio se entiende que la costumbre, para ser razonable, habría de ser consistente

¹² SUNSTEIN señala que varias víctimas de estas reglas sociales incluso pueden internalizar las situaciones opresivas como algo normal y que no es digno de subordinación, por lo que *adaptan* sus preferencias en favor de la situación imperante considerando que es preferible a una situación alternativa incierta. SUNSTEIN, 2019: 12.

con los fines que persigue el derecho o, con mayor precisión, el ordenamiento jurídico en cuestión. Esto es, siguiendo a ATIENZA, que la norma consuetudinaria obedezca a una racionalidad teleológica¹³. Pero determinar cuáles son los fines que persigue el derecho en general, tomando en consideración su vasto campo de regulación, suele ser un tema muy abstracto y engorroso que no excluye que sea posible encontrar diversas regulaciones en un mismo orden que persigan fines que incluso lleguen a contraponerse. Así, en tiempos de BLACKSTONE, para mostrar la contrariedad de la costumbre con el derecho vigente, los jueces ingleses habitualmente invocaban a la razón como un argumento que, de manera no expresa, refería al hecho de que la costumbre bajo examen en realidad entraba en conflicto con un acto del Parlamento u otra norma consuetudinaria considerada más fundamental; esto es, invocaban un problema de lo que ATIENZA denomina racionalidad pragmática, pues la norma consuetudinaria no se insertaba de manera armoniosa con el ordenamiento jurídico¹⁴. No obstante, como es posible advertir, estos ámbitos de racionalidad referidos por ATIENZA se pueden confundir con facilidad al evaluar la supuesta razonabilidad de una norma consuetudinaria. En este sentido, BLACKSTONE esquivaba el problema de determinar cuál era el problema de razonabilidad que la norma consuetudinaria en cuestión enfrentaba y, así, proponía una solución sencilla y consideraba que, si no se podía encontrar un argumento en particular en favor de la razonabilidad de una costumbre, bastaría el hecho de que no se pueda asignar una razón en contra de ella¹⁵.

También, ATIENZA señala que la razonabilidad en el derecho puede predicarse de: 1) una disposición jurídica, un enunciado jurídico o una definición; 2) del actuar de un agente; o 3) de un acto de interpretación o aplicación del derecho¹⁶. Como es posible advertir, la costumbre no calza de manera cómoda en el primer supuesto, pues lo que estaría sujeto a examen de razonabilidad sería la (apropiada) formulación lingüística de la norma producto de la costumbre y no necesariamente la costumbre misma. Asimismo, este primer supuesto sería difícilmente distinguible del resultado del tercer caso, referente a evaluar la razonabilidad en la interpretación (y consecuente aplicación) de la norma que se aduce a partir de la costumbre. Frente a este turbio escenario, no es inusual que para evaluar a la

¹³ ATIENZA, 1997: 37 – 38.

¹⁴ ATIENZA, 1997: 36.

¹⁵ BEDERMAN, 2010: 37 – 38.

¹⁶ ATIENZA, 1987: 192.

costumbre se refiera al hipotético actuar de un agente, tanto si un agente razonable hubiera actuado de esa manera, como si un agente razonable hubiera considerado igualmente razonable el actuar consuetudinario en cuestión. Así, en la Inglaterra de BLACKSTONE la razonabilidad de la costumbre también solía ser evaluada por los tribunales tomando en cuenta lo que un hipotético jurado razonable habría considerado como una costumbre existente. Pero esta solución tampoco esquiva los problemas de determinación de la razonabilidad, pues no queda claro si la costumbre ha de considerarse existente porque el hipotético jurado razonable la considera asimismo razonable dado que, igualmente, un jurado razonable (siendo ciertamente razonable) podría considerar como existente una costumbre que, no obstante, estiman que no es razonable a la luz de otras ciertas consideraciones.

El aspecto de la razonabilidad es intrincado y aquí no se pretende agotarlo. Con esta breve análisis simplemente se han buscado ilustrar algunos ámbitos de vaguedad que supone determinar la razonabilidad de las costumbres y sus normas resultantes. Así, el afirmar que las costumbres y sus normas han de ser razonables para existir jurídicamente plantea dificultades considerables que lejos de arrojar luz sobre la cuestión la enturbian, puesto que evaluar la razonabilidad de una norma o costumbre atiende a varias consideraciones, dicha evaluación no logra escapar a un importante espectro de interpretación y de discrecionalidad que, en todo caso, funciona como muestra de que *la razonabilidad* no es una característica inherente de las normas jurídicas consuetudinarias. Como resultado, BEDERMAN recalca que todas estas son consideraciones de discrecionalidad jurídica que eran respaldadas por BLACKSTONE en el entendido de que consideraba que los jueces son capaces de emplear su razón jurídica para –inequívocamente– lograr invalidar a las costumbres como prueba de su irracionalidad¹⁷.

1. 6 Certeza

La *certeza* no es definida por BLACKSTONE, quien simplemente enlista algunas costumbres que ciertamente han existido. Sin embargo, la certeza había sido considerada de manera extensiva por los jueces mucho antes de que escribiera su tratado. Como destaca BEDERMAN, el requisito de la certeza se concibió principalmente como una forma en que los jueces podían

¹⁷ BEDERMAN, 2010: 36.

cuestionar las pruebas presentadas de que una costumbre referida realmente había existido¹⁸. En los tiempos de BLACKSTONE, las discusiones que giraban en torno a la certeza lograron invalidar con éxito las normas consuetudinarias o hacían que fueran consideradas como locales y no lo bastante generales como para hacerlas jurídicamente exigibles.

El requisito de probar la existencia de las normas consuetudinarias persiste en la actualidad, tanto en las jurisdicciones nacionales como en las internacionales. No obstante, siempre es posible recurrir al escepticismo kripkeano para cuestionar la existencia o generalidad de una norma consuetudinaria, planteando un dilema irresoluble sobre los jueces y los funcionarios que tienen la tarea de determinar su certeza y la generalidad de su práctica. Nuevamente, se recurre a la discreción judicial frente a la carencia de un método incuestionable para afirmar el verdadero imperio de las costumbres en una sociedad.

1. 7 Consistencia

La *consistencia* fue entendida como un requisito sistemático. BLACKSTONE expresó: «[...] customs must be *consistent* with each other: one custom cannot be set up in opposition to another»¹⁹. La noción subyacente que motiva a este postulado es que si las costumbres son el producto de un grupo que las consiente, decir que se consienten dos costumbres contradictorias entre sí sería absurdo. Dos alegadas costumbres contradictorias no pueden ser buenas ni convivir, de modo que una de ellas no es una costumbre.

BLACKSTONE no dice mucho acerca de la consistencia, pero esta imagen de las normas consuetudinarias es, sin duda, imprecisa. Las prácticas sociales normativas son complejas y dinámicas; de modo que no es posible prever todos los escenarios concebibles respecto del seguimiento de un conjunto de reglas; ya sea porque hay una laguna respecto de su alcance o porque dos o más reglas son incompatibles en una circunstancia dada. Seguramente, ni la vaguedad ni el conflicto implican que una regla no exista. Al igual que con las normas promulgadas, el razonamiento práctico exige resolver los problemas de la inconsistencia, y esto invita a pensar acerca de las normas no meramente en términos de conjuntos sino, más bien, de sistemas. En el mismo sentido, con las normas consuetudinarias, los grupos sociales

¹⁸ BEDERMAN, 2010: 34.

¹⁹ «[...] las costumbres deben ser *consistentes* entre sí: una costumbre no puede encontrarse en oposición con otra». BLACKSTONE, 2016 [1765]: 58.

pueden desarrollar la concepción de un Sistema Maestro basado en unos cuantos axiomas que permiten a los decisores resolver problemas y justificar sus decisiones. Comparar la antigüedad entre las costumbres usualmente es un criterio para elegir una norma sobre otra. En los ordenamientos jurídicos contemporáneos los criterios para resolver conflictos tienden a ser establecidos a través de la legislación, el precedente o la doctrina, pero al igual que en el caso de los conflictos y las lagunas relativos a normas de origen promulgado, respecto de la costumbre la interpretación y cierta esfera de discreción judicial son inevitables.

Cualesquiera que sean los axiomas para resolver los conflictos y las lagunas, la concepción de un Sistema Maestro que los promueve implica un ideal político y dogmático de la práctica normativa. Esto involucra la noción de que nuestras costumbres, para ser derecho válido, conllevan más que una práctica habitual. Consecuentemente, se ha sugerido que la exigencia de consistencia planteada por BLACKSTONE comprendía investigar acerca de la práctica. Esto es, que la gente que sigue una costumbre lo hace con un verdadero sentido de obligación. La norma jurídica consuetudinaria válida siempre será la que acarrea una *opinio juris sive necessitatis*²⁰.

2. *Opinio juris*

Inquirir sobre la *opinio juris sive necessitatis* arroja varias dificultades conceptuales y acarrea mucha controversia. En general, los filósofos analíticos del derecho no encuentran satisfactoria la afirmación, subjetiva e imprecisa, de que la *opinio juris* es «el sentimiento o creencia de los miembros del grupo de estar actuando conforme a derecho, o como si el comportamiento referido fuera jurídico».

Varios problemas han surgido acerca de la formulación de la *opinio juris* y, por tanto, se han propuesto soluciones alternativas. Además de la vaguedad y la imprecisión, algunos de los problemas comunes que involucra la *opinio juris* son:

1. ¿Cómo es posible que la *opinio juris* asista a constituir una norma consuetudinaria si, al mismo tiempo, la *opinio* implica una norma jurídica ya constituida?²¹

²⁰ BEDERMAN, 2010: 35.

²¹ BOBBIO, 2010 [1942]: 57 – 58; FINNIS, 2011 [1980]: 239; PARISI, 2001: 6.

2. Los estados mentales solamente son susceptibles de un conocimiento conjetural a través de señales externas. Entonces, ¿cómo es posible afirmar la existencia de estados mentales colectivos que suponga que ciertas reglas deben ser seguidas como si fueran parte del derecho?²²
3. Las razones para la adherencia a un patrón colectivo de comportamiento pueden variar ampliamente entre los miembros de una sociedad. Por este motivo, no es evidente que el patrón de conducta que siguen responda a una misma regla si es posible que cada uno realice una diversa formulación normativa de acuerdo con las razones que tiene para seguir ese patrón de conducta. Así, ¿si todos tienen en mente una diferente «regla» cuando adhieren a un patrón de conducta, es posible afirmar que siguen la misma regla?²³

Para resolver estos dilemas, los filósofos del derecho han propuesto diversas estrategias para proporcionar una mejor explicación de las normas jurídicas consuetudinarias. Estas estrategias pueden ser divididas en dos grandes categorías –erradicar la *opinio juris* y racionalizar la *opinio juris*– de las cuales presentaré sus principales argumentos.

2. 1 Normas jurídicas consuetudinarias sin *opinio juris*

A. Reglas esenciales

BOBBIO ahonda en los dilemas conceptuales sobre la *opinio juris* como un elemento del derecho consuetudinario. Así, encuentra que la noción es extremadamente vaga, al tiempo que existe una confusión común debido a la falta de distinción entre la *opinio juris* (entendida como convicción popular) como base de la legalidad, la validez de las normas consuetudinarias y de la *opinio juris* como elemento constitutivo de las mismas²⁴. Posteriormente, busca resolver el rompecabezas aclarando que, desde sus orígenes

²² BOBBIO, 2010 [1942]: 60 – 61; CHIASSONI, 2008: 115.

²³ POSTEMA, 2012: 716 – 718. DWORKIN presenta otra manera de formular esta cuestión cuando refiere a los desacuerdos que pueden existir acerca del alcance de las reglas para los casos particulares. El famoso ejemplo de DWORKIN refiere a los desacuerdos que pueden surgir entre los asistentes a la iglesia cuando determinan si una regla social de no utilizar sombreros en la iglesia es aplicable a los bonetes que las madres ponen a los bebés. DWORKIN, 1978: 54 – 55.

²⁴ BOBBIO, 2010 [1942]: 54 – 56.

doctrinales medievales, la *opinio juris* no concierne a al fundamento de las normas jurídicas consuetudinarias, sino que, en cambio, refiere a la modalidad de los comportamientos que componen la repetición constitutiva de las normas jurídicas consuetudinarias. La modalidad es la creencia individual que acompaña a esos actos constitutivos y que aparece al final, una vez que las reglas han sido creadas.

Con el camino despejado, BOBBIO busca resolver los dilemas conceptuales que la *opinio juris* acarrea como un elemento constitutivo de las reglas consuetudinarias. Las principales complicaciones que enfrenta refieren a lo que CHIASSONI denominaría como los «argumentos lógicos» y los «argumentos epistemológicos»²⁵ que, respectivamente, conciernen a las viñetas 1) y 2) mencionadas con antelación.

El argumento lógico produce un círculo vicioso, como BOBBIO expresa: «[I]a norma consuetudinaria non si costituisce se non c'è l'*opinio*; ma l'*opinio* a sua volta implica una norma già costituita»²⁶. Entonces, para el jurista turinés existen únicamente dos vías de salida. La primera sería presentar a la *opinio juris* como un ejemplo de una *teoría del error*, considerando que la *opinio* se origina sobre una convicción errada por parte de los agentes quienes obedecen a normas jurídicas no existentes. No obstante, BOBBIO considera que la solución debe ser abandonada, puesto que conllevaría apoyar la absurdidad de fundamentar todo el derecho consuetudinario en un error²⁷. La segunda salida consiste en explicar a la *opinio juris* como una creencia *verdadera* de seguir una regla jurídica²⁸; esto es, que el *usus* se condice adecuadamente con seguir una regla. Sin embargo, esta opción debe ser abandonada puesto que significaría que la *opinio juris* solamente implica una dimensión cognitiva y no una constitutiva²⁹, lo que significaría que la regla existe independientemente y con antelación a la práctica del seguimiento de la regla y, como consecuencia, que el elemento del *usus* no constituye a la regla sino, como rescata CHIASSONI, a lo mucho ayuda a su preservación, y la *opinio juris* tiene un papel empírico *a posteriori*³⁰.

²⁵ CHIASSONI, 2008: 113 – 114.

²⁶ «[I]a norma consuetudinaria non se costituisce se non c'è l'*opinio*; pero la *opinio*, a sua volta, implica una norma già costituita». BOBBIO, 2010 [1942]: 57.

²⁷ BOBBIO, 2010 [1942]: 57 – 58.

²⁸ CHIASSONI, 2008: 114.

²⁹ BOBBIO, 2010 [1942]: 58

³⁰ CHIASSONI, 2008: 114.

Mientras tanto, el argumento epistemológico arroja luz sobre la redundancia de la *opinio juris*, ya que los estados mentales sólo son susceptibles de conocimiento conjetural a través de indicios externos observables de la conducta, es decir, el *usus*. En consecuencia, para BOBBIO, la única solución disponible es deshacerse por completo de la *opinio juris* como un elemento constitutivo de las normas jurídicas consuetudinarias³¹, para lo cual, comprenderlas y diferenciarlas de otras regularidades de comportamiento conlleva identificar las normas jurídicas consuetudinarias con aquellas reglas que son esenciales para la constitución y conservación de cualquier sociedad³², normas que considera inevitables, como las que exigen observar los pactos o aquellas de deferencia a la autoridad.

B. Interacciones discursivas integracionales

Más recientemente, POSTEMA también ha propuesto una explicación conceptual del derecho consuetudinario que también pretende romper el esquema dualista y dejar de lado la *opinio juris*. Además, POSTEMA lamenta el estatus marginal que los relatos tradicionales otorgan al *usus* al enfocarse demasiado en la *opinio juris* con las dificultades que involucra³³. En particular, POSTEMA asume como especialmente relevante el problema expuesto en la tercera viñeta, pues la idea de la *opinio* se enfoca mucho en una perspectiva individualista³⁴ y parecería exigir que, en efecto, el comportamiento solamente sería genuinamente convergente cuando todos (o la gran mayoría de) los individuos tienen la misma regla en mente y asumen las mismas actitudes relevantes respecto de ella, lo cual parece sumamente improbable. Asimismo, también considera que el hecho de que un grupo de personas piense que un tipo de comportamiento es exigible no garantiza que estén practicando la misma regla³⁵.

Como consecuencia, POSTEMA piensa que para comprender las normas consuetudinarias no deberíamos preguntarnos qué es lo que hay que agregar al *usus* sino, más bien, atender al *usus* entendido como un acto intencional y no como mero comportamiento. Esto es, la manera en que el *usus* informa del pensamiento y de las acciones de los

³¹ BOBBIO, 2010 [1942]: 59.

³² BOBBIO, 2010 [1942]: 82 – 87.

³³ POSTEMA, 2012: 712.

³⁴ En el sentido de que exige enfocarse en la actitud interna de los individuos.

³⁵ POSTEMA, 2012: 715 – 716.

participantes. Esto se logra comprender si, como observadores, no miramos simplemente a lo que los participantes hacen, sino a lo que hacen de manera competente³⁶.

Por tanto, al plantear la imposibilidad de determinar la existencia de una norma por la convergencia del contenido de las actitudes *internas* de los miembros de una comunidad, POSTEMA sugiere erradicar la presencia engañosa de la *opinio juris* del análisis del derecho consuetudinario para en su lugar enfocar nuestra atención en el *usus*, y reconocer cuáles son las especificidades que lo diferencian de otros tipos de regularidades de comportamiento. Como consecuencia, propone una explicación *discursiva integracional* que considera que los actos convergentes que crean las reglas son tales porque son significativas dentro de un cierto contexto de las prácticas. Así, POSTEMA sugiere comprender a los comportamientos que componen el *usus* del «punto de vista interno» no como algo interno a los agentes, sino como el punto de vista desde *dentro* de la práctica que da cuenta de su carácter jurídico-normativo. Esta perspectiva tendría la ventaja de resaltar el hecho de que las normas consuetudinarias – en la medida en que son reglas sociales– refieren a *participantes comprometidos*, lo que significa que son seguidas por agentes racionales que se consideran participantes en una comunidad comprometida con la práctica³⁷.

Una regla desarrolla un contenido determinado debido a la red de razones para la acción y la red de rendición de cuentas que da forma a la *práctica normativa*. Lo primero implica el ámbito de la deliberación práctica para determinar si una determinada acción está justificada, mientras que lo segundo se refiere al juicio que todos hacen sobre las acciones de los demás para determinar si están actuando dentro del alcance de las razones de la práctica³⁸. Por tanto, la propuesta busca centrarse en el *usus*, entendido como un procedimiento más que como un simple comportamiento. Para POSTEMA, si se desea saber si una actividad habitual en la que se desenvuelve una comunidad es una norma jurídica consuetudinaria, hay que fijarse en cómo se «lee» la conducta dentro de la práctica normativa de un ordenamiento jurídico. Las costumbres son una especie de *práctica normativa* que se puede identificar

³⁶ POSTEMA, 2012: 718 – 719.

³⁷ POSTEMA, 2012: 722 – 723.

³⁸ POSTEMA, 2012: 716 – 717.

formalmente por el modo en que los agentes participan en las actividades, involucrándose con los siguientes compromisos³⁹:

- a) juzgar ciertas actuaciones como apropiadas y otras como erróneas.
- b) actuar cuando surja la ocasión de acuerdo con los juicios anteriores.
- c) para impugnar conductas que no cumplan con estos juicios.
- d) reconocer las apelaciones a los juicios como reivindicaciones de sus acciones.

POSTEMA señala que tales compromisos no se pueden reducir a estados subjetivos (creencias o deseos) ya que son esencialmente normativos e intersubjetivos. Son normativos porque imponen la responsabilidad por las acciones y juicios de uno, y reconocen la autoridad de los demás para asumir esa responsabilidad. Además, los compromisos son intersubjetivos porque establecen o presuponen una relación normativa entre los participantes de la práctica. Así, atrapado en la red de interacciones, «uno debe saber no sólo lo que otros han hecho, sino también cómo entienden lo que han hecho, lo que esperan que haga y, por tanto, cómo esperan que uno comprenda lo que ha hecho y lo que han hecho»⁴⁰. En este sentido, las costumbres son puntos relativamente estables en la red de *expectativas* cuyo significado surge típicamente de patrones salientes de acciones pasadas dentro del grupo.

Las normas jurídicas consuetudinarias son *discursivas* en la medida en que adquieren su contenido de los roles que juegan en una red de razones y argumentos. Las prácticas discursivas hacen posible un ajuste público reflexivo de las normas a las circunstancias cambiantes, renegociando sobre el terreno, por así decirlo, los términos de compromiso dentro de la práctica. Así, las normas consuetudinarias se establecen y maduran, no por repetición o imitación, ni por hechos ni creencias partidistas, sino más bien por su *integración* en la práctica discursiva. Como afirma POSTEMA⁴¹:

³⁹ POSTEMA, 2012: 724.

⁴⁰ POSTEMA, 2012: 725.

⁴¹ «Y si una norma consuetudinaria candidata tiene o no ese lugar, si está realmente integrada en el sistema, no se determina ni mediante la observación empírica del comportamiento de las partes, ni interrogándolas para determinar lo que creen o incluso lo que aceptan, sino más bien, demostrando mediante argumentos internos al sistema de esa práctica normativa que ocupan ese lugar en él. Este es un modo de demostración esencialmente normativo y discursivo, más que probatorio». POSTEMA, 2012: 730.

And whether or not a candidate customary norm has such a place, whether it is indeed integrated into the system, is settled neither by empirical observation of parties' behavior, nor by interrogating them to determine what they believe or even what they accept, but rather by demonstrating by argument internal to the system of that normative practice that they have such a place in it. This is an essentially normative and discursive, rather than evidential, mode of demonstration.

POSTEMA llega a la conclusión de que la cuestión específica sobre qué hace que una determinada norma jurídica consuetudinaria se resuelva determinando el papel que tiene en una práctica normativa discursiva y permanente, calificándose como jurídicamente significativa o vinculante dentro de un sistema jurídico sólo si se determina que la norma en cuestión se incorpora al conjunto más amplio de normas de ese orden jurídico. Además, es importante tener en cuenta que un orden jurídico puede especificar o limitar las circunstancias en las que una costumbre juega un papel, imponiendo así una especie de condición de pedigrí para la validez de la costumbre⁴².

PARISI y FON han desarrollado una explicación similar que denominan la «teoría de la articulación» enfocada sobre la costumbre en el derecho internacional⁴³. Ellos asumen que dos importantes características del derecho consuetudinario son: a) que es voluntario, y b) que es dinámico. Por ende, la propuesta aconseja ver más allá de la *opinio juris* y dejar de adivinar qué es y, en cambio, considerar cuidadosamente las declaraciones de los Estados y sus expresiones de creencia sobre las normas o el curso de acción que pretenden seguir.

2. 2 Racionalización de la *opinio juris*

A. Deseos consensuales

CHIASSONI considera que la *opinio juris* puede rescatarse de sus dilemas conceptuales si se distingue entre la *fase de formación* y la *fase de conservación* de la norma consuetudinaria. Para ello, CHIASSONI propone una reconstrucción a partir de las sugerencias de FINNIS para la caracterización de la costumbre en la rama del derecho internacional⁴⁴. La propuesta

⁴² POSTEMA, 2012: 735 – 736.

⁴³ PARISI & FON, 2006: 212 – 213; PARISI, 2001: 18 – 19.

⁴⁴ CHIASSONI, 2008: 124 – 125.

desarrollada por FINNIS implica diferenciar en la fase de formación dos tipos de juicios, el empírico y el práctico.

Según FINNIS, la formación de la *opinio juris* partirá de un juicio práctico PJ0 basado en un razonamiento contractualista que parte de dos consideraciones: (a) la apreciación de que sería deseable que para un determinado dominio exista un patrón estable de conducta, común y determinado, correspondiente a una regla con autoridad; y (b) que ese determinado patrón de conducta ϕ es (o sería si se aceptara y consintiera en general) un patrón adecuado para ser adoptado como una regla común con autoridad. Del juicio práctico PJ0 se seguiría el juicio empírico EJ1 sobre la constatación de la existencia de una amplia convergencia y aquiescencia del patrón de conducta ϕ por parte de los Estados, de lo que se desprendería el juicio empírico EJ2 que confirma que la *opinio juris* (PJ0) es ampliamente suscrita por los Estados, dando paso al juicio práctico PJ1 que establece que si PJ0 ha sido ampliamente difundido y aceptado por los Estados, entonces existen garantías para proceder al juicio práctico PJ2 que indica que ahora existe una norma consuetudinaria con autoridad que exige ϕ y que se exige (o permite) siguiendo una norma consuetudinaria de derecho internacional, que permite pasar por un juicio jurídico JJ1 por el cual, según el derecho internacional, ϕ se exige o permite⁴⁵.

B. Expectativas comunitarias de reciprocidad

Lazzaro propone lo que CHIASSONI considera una vía de escape a los problemas planteados por el argumento lógico de BOBBIO, al plantear al «sentimiento» del deber que supuestamente implica la *opinio juris* mediante una explicación sociológica y etnográfica acerca de la formación de las normas consuetudinarias que ponga en evidencia el papel fundamental de las *expectativas de reciprocidad*.

LAZZARO considera que las dos principales tesis de la explicación de BOBBIO son⁴⁶:

- a) Que la costumbre no necesita un fundamento distinto a la actitud de ser considerada como una regla de comportamiento.

⁴⁵ FINNIS 2011 [1980]: 240 – 242.

⁴⁶ LAZZARO, 1983: 231.

- b) Que el *usus* no requiere, como elemento esencial, una convicción particular por parte de sus sujetos para observarla y, en consecuencia, tampoco exige un juicio sobre su juridicidad.

Pero LAZZARO piensa que estas dos tesis pueden ser sostenidas al incorporar el elemento subjetivo de la *expectativa de reciprocidad* como base para la *opinio juris*. Como consecuencia, para LAZZARO, una norma consuetudinaria es el resultado de al menos cinco factores, tres externos y dos internos (psicológicos)⁴⁷:

1. Un contexto propicio en el que resulta ventajoso establecer formas de cooperación.
2. Adherencia a un principio ético-normativo (una actitud práctica compartida) de justicia sinalagmática; esto es, un principio de reciprocidad⁴⁸.
3. La disponibilidad de un efectivo «mecanismo de sanción».
4. Expectativa de reciprocidad.
5. Repetición generalizada del mismo modo de comportamiento, *i.e.*, *usus*.

Es importante notar que la *opinio juris* no descansa en la expectativa de reciprocidad, como podría parecer *prima facie*. La *opinio* también surge de una actitud normativa basada en el principio ético-normativo de reciprocidad acerca de lo que es justo hacer en ciertas circunstancias⁴⁹; también asume que los demás son maximizadores racionales de su propio interés y que ellos también han aceptado el principio de reciprocidad. A fin de cuentas, el principio produce una expectativa legítima sobre lo que unos y otros deben anticipar respecto de determinados comportamientos sociales.

De acuerdo con CHIASSONI, con tal incorporación, LAZZARO no necesariamente complementa el relato de BOBBIO incorporando una base para la *opinio juris*, pero al introducir la expectativa de reciprocidad abre la puerta al pluralismo conceptual. De ahí que, para CHIASSONI, ahora hay dos conceptos de «normas consuetudinarias», uno *tradicional* o *mimético*, basado en la intención de observar una costumbre para crear una norma, y uno *sinalagmático*, que enfatiza la adherencia a la costumbre por la expectativa de reciprocidad producida⁵⁰.

⁴⁷ CHIASSONI, 2008: 128 – 129.

⁴⁸ LAZZARO, 1983: 234 – 235.

⁴⁹ LAZZARO, 1983: 241.

⁵⁰ CHIASSONI, 2008: 131 – 132.

CELANO retoma el enfoque de la expectativa desde un ángulo analítico. Al igual que BOBBIO, CELANO considera que la definición doctrinal clásica de la *opinio* es insostenible y que lleva a un dilema lógico. La exposición de CELANO es compleja, no está centrada en lidiar con la cuestión conceptual de la *opinio juris* y, en todo caso, en este aspecto retoma muchos aspectos ya abordados por diversos autores (especialmente por LAZZARO), por lo que me centraré solamente en los argumentos distintivos de su aportación.

Para CELANO, el derecho consuetudinario consiste en reglas sociales que son «interiorizadas» por el ordenamiento jurídico elevándolas a normas jurídicas⁵¹. Este punto de vista conduce a un escape de las consecuencias paradójicas de la *opinio juris*. No tiene sentido considerar que la creación de reglas sociales atiende a una *opinio juris*. Pero las reglas sociales lo son porque llevan una «convicción del deber», una convicción genérica e interna que puede entenderse como una especie de *opinio* que llanamente puede ser concebida como un «convencimiento de deber»⁵². En esta línea, CELANO propone retomar una noción estratégica de la costumbre que reemplace el elemento subjetivo de la *opinio juris* con el requisito de las «expectativas recíprocas»⁵³.

Las reglas sociales consuetudinarias se desarrollan en una «situación estratégica de interacción» recurrente en la que el resultado de la elección de cada agente depende de la elección de los demás individuos involucrados. La regla consuetudinaria es una regularidad de comportamiento apoyada por 1) un conjunto de expectativas recíprocas de conducta; 2) un conjunto de preferencias condicionales de conformidad; y 3) una regularidad de comportamiento que es de conocimiento común para los agentes involucrados. La expectativa de reciprocidad constituye la hipótesis estratégica que funciona como *ratio* para que el ordenamiento jurídico afirme e «interiorice» las costumbres sociales para proteger las expectativas generadas por los agentes que se conforman a ellas⁵⁴.

Para CELANO, una ventaja de esta reconstrucción es que la *ratio* para asumir comportamientos convergentes repetidos que consideran las expectativas sociales recíprocas significa un reconocimiento por parte del orden jurídico sobre el papel que desempeña la

⁵¹ CELANO, 1996: 258.

⁵² CELANO, 1996: 260.

⁵³ CELANO, 1996: 261.

⁵⁴ CELANO, 1996: 263.

costumbre en la interacción social⁵⁵. Además, como enfatiza CHIASSONI, el modelo de CELANO rescata algunas características pertinentes de las normas consuetudinarias para el derecho⁵⁶:

1. La tesis de la naturaleza convencional.
2. La tesis de la justificación basada en el principio de protección de la confianza.
3. La tesis de la autenticidad nomopoyética. El derecho consuetudinario consistiría en auténticas normas autónomas y no simplemente en el producto de la discreción judicial. Esto tendría la ventaja de garantizar que la costumbre sea una auténtica fuente de derecho⁵⁷.

2. 3 Sopesar *opinio(nes)*.

Las propuestas esbozadas anteriormente sobre ambas estrategias son ilustrativas de aspectos importantes por considerar cuando se indaga sobre las costumbres y el derecho. Sin embargo, la mayor parte de ellas manifiestan dificultades persistentes para explicar el derecho consuetudinario y las paradojas y dilemas implícitos en los elementos constitutivos de la *opinio juris*.

Resalta LAZZARO que BOBBIO cuenta con el mérito de indicar que la costumbre no requiere de otro fundamento que plantearse como regla de conducta y, como tal, el *usus* no exige una particular convicción jurídica por parte de los sujetos que conforman la regla⁵⁸. En síntesis, la costumbre, como hecho normativo, se sustenta de manera autónoma. No obstante, su estrategia de erradicar la llanamente a la *opinio juris* como elemento conceptual para explicar el derecho consuetudinario deja un vacío que no puede colmarse satisfactoriamente con una concepción de las normas consuetudinarias como aquellas «imprescindibles para la constitución y conservación de cualquier sociedad». Primero, la propuesta arroja grandes dudas sobre cuáles podrían ser esas reglas más allá de los pocos y discutibles ejemplos que BOBBIO propone. Puede ser posible hacer una interpretación caritativa de la propuesta de BOBBIO considerando su concepto de derecho consuetudinario como algo análogo a lo que

⁵⁵ CELANO, 1996: 264.

⁵⁶ CHIASSONI, 2008: 138.

⁵⁷ CHIASSONI, 2008: 139.

⁵⁸ LAZZARO, 1983: 231.

HART llamó «el contenido mínimo del derecho natural»⁵⁹. Es decir, considerar el derecho consuetudinario como aquellas normas cuyo contenido alcanza el requisito mínimo para la supervivencia de una sociedad. Como observa HART, sin estas reglas no se puede establecer ningún sistema de leyes o código moral. Sin embargo, cuando la doctrina jurídica se refiere a la costumbre, no parece referirse a las condiciones necesarias ni al fundamento de la existencia de un orden jurídico. Al referirse a las costumbres y la aplicación de las normas consuetudinarias, la doctrina jurídica ya asume la existencia de un orden jurídico que debe proporcionar una resolución a las disputas jurídicas. Así, para resolver determinadas disputas, el orden puede aplicar normas que fueron creadas a partir de la conducta espontánea de los sujetos jurídicos en sus respectivos campos de acción.

Posteriormente BOBBIO rechazaría su propuesta inicial aceptando que la noción de «reglas esenciales» es oscura. Todavía considera a la *opinio juris* como un elemento fundamental del derecho consuetudinario y pretende simplemente reconocer las normas jurídicas consuetudinarias como aquellas que han sido adoptadas o internalizadas por un orden jurídico⁶⁰. Esto coincide con lo desarrollado en el capítulo II. No obstante, quien desee identificar una norma consuetudinaria reconocida en el papel (formalmente) por un orden jurídico, y distinguirla de las meras regularidades de comportamiento, aún tendría que buscar algo más que el mero *usus*. Este es el modo en que BEDERMAN aborda el tema de la relación con el derecho internacional consuetudinario⁶¹:

[...] there really is a need to have an extra element, an additional “ingredient” for the recipe [...]. Otherwise, international actors will be bound to follow practices that may not really reflect their own expectations of lawful international conduct, or, worse yet, may be unreasonable or anachronistic. Whether one thinks of an *opinio juris* requirement or instead focuses on the reasonableness or utility of a rule of custom,

⁵⁹ HART, 1994 [1961]: 193 – 200.

⁶⁰ BOBBIO, 1962.

⁶¹ «[...] realmente es necesario tener un elemento extra, un “ingrediente” adicional para la receta [...]. De lo contrario, los actores internacionales estarán obligados a seguir prácticas que pueden no reflejar realmente sus propias expectativas de una conducta internacional lícita o, peor aún, pueden ser irrazonables o anacrónicas. Ya sea que uno piense en un requerimiento de la *opinio juris* o en su lugar se centre en la razonabilidad o utilidad de una regla consuetudinaria, es necesario algo además del hecho de que los Estados y otros actores siguen la práctica». BEDERMAN, 2010: 144.

something in addition to the fact that states and other actors follow the practice is necessary.

En esta línea, la propuesta de POSTEMA de estudiar la práctica normativa discursiva de la costumbre no evita las actitudes psicológicas de los agentes que pueden incluirse en el concepto de *opinio*. Más bien, captar la comprensión normativa de las costumbres desde dentro de las prácticas parece presuponer necesariamente que, como observadores externos, buscamos pistas en las actitudes de los agentes de que las prácticas (individuales, pero controlables de manera intersubjetiva) que llevan a cabo son, de alguna manera, requeridas u obligatorias. Incluso si el estado mental por el que indagamos no está compuesto por creencias personales, emociones o deseos personales o individuales, no cabe duda de que los requisitos conceptuales que asume POSTEMA no pueden cumplirse con la mera observación de una práctica social.

El requisito de POSTEMA de considerar que una costumbre es jurídica porque satisface argumentos internos de la práctica normativa, parece sugerir que existe algún tipo de acuerdo entre los participantes sobre el tipo de cosas que se pueden desear y esperar dentro de un orden jurídico. Desde este punto de vista, la práctica discursiva se asemeja al modelo de FINNIS en el que los agentes son capaces de identificar las reglas deseables para los predicamentos comunes a la práctica y también son capaces de implementar un patrón común de comportamiento para que funcione como una regla con autoridad en ese sentido. El problema con esta explicación, sin embargo, es que está lejos de ser plausible, ya que hace imposible explicar la mayoría de las reglas sociales convencionales. El modelo de FINNIS sólo puede dar cuenta de las reglas expresamente acordadas dentro de grupos relativamente pequeños porque el juicio práctico PJO que hace la *opinio juris* de las reglas consuetudinarias únicamente es plausible para algunos individuos. Si la regla se extiende a una población más grande, es muy poco probable imaginar que todos sigan la regla porque todos reconocen las razones sintetizadas en PJO que fueron concebidas sólo por unos cuantos.

En resumen, el modelo de FINNIS acarrea las deficiencias de las posturas que confunden convenciones con acuerdos expresos. No obstante, la idea de expectativas mutuas no debe descartarse, ya que conlleva una característica explicativa relevante de las reglas

sociales que sigue un grupo. Esta es la idea principal de la explicación etnográfica de LAZZARO.

El modelo de LAZZARO es una representación material bien fundamentada del entendimiento común e intuitivo sobre las razones para tener reglas sociales. En efecto, es comprensible que, para participar de una práctica pública, un agente espere hacer su parte solamente si es que espera que los demás también hagan lo que les corresponde. En este sentido, el principio de la *expectativa de reciprocidad* es consecuente con el modelo convencionalista inspirado en LEWIS con el que nos hemos comprometido.

En contra de la opinión de CHIASSONI, el problema de la exposición de LAZZARO no es necesariamente que abra la puerta a un presunto pluralismo jurídico, o que se aleje de un dudoso entendimiento «tradicional» de las normas consuetudinarias como algo creado de manera conscientemente voluntaria. El problema con la explicación de LAZZARO es que no permite discernir entre reglas de moral social y reglas de otro tipo, como las jurídicas. El dilema encuentra una solución *prima facie* una vez que comprendemos –como hace CELANO– que cualquier tipo de norma se vuelve jurídica porque ha sido adoptada o creada siguiendo un orden jurídico. En este sentido, es más sensato asumir simplemente que los agentes no necesitan considerar a las reglas sociales como jurídicamente requeridas (*opinio juris*) en ningún sentido, sino que su vinculación al menos implica una *opinio sive necessitatis*; es decir, que los agentes siguen la regla social porque de alguna manera creen que es obligatoria⁶².

A pesar de los beneficios explicativos del modelo de expectativas, la forma en que LAZZARO y CELANO caracterizan las motivaciones y razonamientos del agente al abordar situaciones de interacción estratégica, es inadecuada para explicar la creación de reglas sociales convencionales espontáneas. En sus explicaciones, los agentes son calculadores perfectos, actuando de manera similar al modelo de FINNIS. Esto significa no sólo que los modelos tienen deficiencias similares en cuanto a la asociación de convenciones con acuerdos, sino que también excluyen el razonamiento heurístico y, seguidamente, no son

⁶² OROZCO HENRÍQUEZ, 1993: 41; PARISI, 2001: 4 – 5; CANALE, 2008: 116.

adecuados para explicar reglas que proporcionan resultados no óptimos respecto de la persecución de los intereses de los participantes.

3. El curso de las reglas

El derecho consuetudinario consiste en reglas que son reconocidas como parte de los sistemas que componen el orden jurídico. Así, estrictamente, no es necesario afirmar la existencia de una *opinio juris* inherente a las normas para validar su existencia jurídica. No obstante, esto no resulta en el rechazo de la existencia de una suerte de estado mental intersubjetivo entre los seguidores de tales reglas (al menos en una parte relevante de su población). Las reglas sociales deben involucrar alguna consideración por parte de los agentes de que el comportamiento es vinculante, de lo contrario, no tendría sentido de su parte criticar a los transgresores y justificar sus acciones. Incluso, la referencia a una clase de estado mental es conceptualmente relevante para distinguir a las reglas de las meras regularidades de comportamiento social, como lo son los hábitos. Como se expresó con antelación, es posible afirmar que las reglas consuetudinarias sí involucran una *opinio sive necessitatis*, una noción que con mayor familiaridad—desde la irrupción de HART en la teoría jurídica contemporánea—ha sido denominada *punto de vista interno*.

En la teoría general *hartiana* las reglas sociales son elementos para la explicación de (el concepto) del derecho. En este sentido, HART solamente menciona las características de las reglas sociales que son relevantes para identificar ordenes jurídicos. Por un lado, como sugiere CHIASSONI, para una comprensión de las reglas sociales como fuente del derecho es menester tratarlas como objetos de una investigación analítica autónoma⁶³. Esto es, si las reglas sociales difieren de los meros hábitos, las regularidades de conducta, y de las acciones guiadas por las razones (morales) concurrentes, se requiere investigar las peculiaridades que dan lugar al punto de vista interno que hace que las prácticas sean normativas.

En este trabajo se han abordado con antelación las reglas sociales convencionales que involucran situaciones estratégicas en las que los cursos de acción recurrentes funcionan como soluciones estables de equilibrio⁶⁴ entre diversas expectativas individuales. El objetivo

⁶³ CHIASSONI, 2008: 106.

⁶⁴ En palabras de BICCHIERI: «An *equilibrium* is a situation that involves several individuals or groups, in which each one's action is a best reply to everyone else's action. It is a situation of stable mutual adjustment: Everyone

de esta sección es inquirir sobre las dinámicas de interacción social con mayor profundidad para ilustrar el modo en que puede generarse una suerte de «estado mental colectivo y abstracto» como el punto de vista interno u *opinio sive necessitatis*. En este sentido, la explicación procura elucidar las fases de formación de las reglas sociales convencionales asumiendo:

- a) En términos de SEARLE, la relevancia de distinguir entre hechos brutos y hechos (convencionales) institucionales⁶⁵.
- b) Que la creación de reglas sociales convencionales involucre un razonamiento heurístico. Esto demanda considerar la aleatoriedad de los elementos que involucran las situaciones estratégicas de coordinación⁶⁶.
- c) Que las razones morales pueden jugar un papel en la formación y preservación de las reglas sociales, pero se trata de una cualidad contingente. Por lo tanto, es prudente dejar de lado toda perspectiva moral para evitar ensombrecer las cualidades necesarias que explican a las reglas sociales⁶⁷.

3. 1 *Ritual de lo habitual*

La sabiduría popular sostiene que los humanos somos creaturas de hábitos, una afirmación que amerita ser explorada para entender el esquema de formación de las reglas sociales convencionales. Como GUIBOURG afirma⁶⁸:

Cuando un individuo repite un mismo modelo de conducta frente a circunstancias semejantes, decimos que tal modelo de conducta constituye en él un *hábito*. Cuando un grupo o comunidad de individuos comparte el mismo hábito a lo largo del tiempo, nos sentimos inclinados a aceptar la existencia de una *costumbre*. Cuando una

anticipates everyone else's behavior, and all these anticipations turn out to be correct». [«Un *equilibrio* es una situación que involucra varios individuos o grupos, en donde la acción de cada uno es la mejor respuesta a las acciones de los demás. Es una situación de ajuste mutuo estable: [t]odos anticipan el comportamiento de los demás, y todas estas anticipaciones resultan ser correctas»]. BICCHIERI, 2006: 22.

⁶⁵ SEARLE, 1995: 27 – 35.

⁶⁶ Como plantea BICCHIERI: «We should not confuse adopting a belief/desire explanatory framework with assuming awareness of our own mental processes». [«No debemos confundir la adopción de un marco explicativo de creencias/deseos con asumir la conciencia de nuestros propios procesos mentales»]. BICCHIERI, 2006: 10.

⁶⁷ «How we justify our abidance does not bear on the fact that we follow a norm». BICCHIERI, 2006: 21.

⁶⁸ GUIBOURG, 2000: 181.

costumbre provoca que los intereses de las personas se adecuen a ella, de modo tal que las conductas divergentes lesionan expectativas y generan quejas, nos parece razonable hablar de una *norma consuetudinaria*. Cuando esta norma es efectivamente reconocida por los jueces u otros órganos del poder coactivo comunitario como fundamento de sus decisiones, ya no tendremos duda alguna: nos hallamos ante una *norma jurídica consuetudinaria*.

La economía comportamental proporciona un enfoque interesante y herramientas útiles que sirven de auxilio para comprender la manera en que el comportamiento reiterado y público de los individuos puede generar información heurística que promueve la creación espontánea de patrones de conducta que forjan expectativas recíprocas y, eventualmente, se consolidan en reglas sociales convencionales. En esta línea, ARIELY elucida que somos susceptibles a una combinación de sesgos cognitivos cuyos efectos dan lugar al surgimiento de hábitos a largo plazo⁶⁹. Por ejemplo, el *efecto de anclaje* sostiene que el valor inicial que otorgamos a un hecho fija el rango de nuestras futuras decisiones, no sólo acerca de ese hecho sino también de futuras instancias de ese tipo o de hechos similares⁷⁰. El valor puede ser puesto por nosotros mismos o por alguien más y, aunque podemos realizar ajustes respecto de instancias futuras de acuerdo con diversas circunstancias, el efecto de anclaje conlleva que nuestra percepción de ese hecho está tan puesta en nuestra mente que el valor ajustado usualmente sería insuficiente o no adecuado respecto del nuevo caso⁷¹. Por decir, si queremos comprar un tipo de objeto y realizamos una búsqueda en Google para indagar acerca de sus precios, la primera cifra que encontremos se fijará como una vara para juzgar cualquier otro precio que hallemos.

Posterior al efecto del *anclaje* se encuentran los efectos del *pastoreo* y el *auto pastoreo*. Una vez que mantenemos un valor y, por cualquier circunstancia, una acción es juzgada como buena, mala, adecuada, apropiada, o impropia, casi con seguridad, repetiremos la misma acción para futuras instancias hasta que algo nos diga que el caso ahora es relevantemente distinto. Cuando el juicio se realiza sobre la acción de otros y decidimos repetir su comportamiento, se habla entonces de *pastoreo*. Por ejemplo, cuando vemos que

⁶⁹ ARIELY, 2008: 36 – 39.

⁷⁰ ARIELY, 2008: 25 – 33.

⁷¹ TVERSKY & KAHNEMAN, 1974: 1128 – 1130.

mucha gente hace fila para comer en un restaurante, casi con seguridad asumiremos que la calidad de la comida ese lugar es buena y nos uniremos a la fila o regresaremos para comer allí en un futuro. El otro caso, el *auto pastoreo*, sucede cuando el juicio se basa en nuestra propia experiencia, esto es, con el placer o displacer que nos causó realizar una acción⁷². Por ejemplo, cuando enfrentamos un problema Y_1 , decido hacer X_1 , y valoro que X_1 soluciona el problema, casi con seguridad en futuras instancias similares Y_n realizaré una acción del tipo X_n , incluso si es posible que exista una solución mejor para cualquier instancia de Y . La calve para romper el ciclo y comenzar un distinto tipo de comportamiento sería introducir una característica novedosa que de manera prominente modifique la experiencia del sujeto y lo incite a modificar el patrón de sus decisiones pasadas⁷³. Estos sesgos cognitivos tienen efectos sociales en la medida en que producen indicadores sociales de que otros agentes pueden llegar a seguir las mismas acciones y, de manera sencilla, pueden incrementarse para crear una regularidad de comportamientos fácilmente observable.

El anclaje y el pastoreo tienen efectos sociales en la medida en que las señales que producen son públicas. No obstante, algo más ha de ser añadido al esquema explicativo puesto que estos fenómenos no son suficientes para explicar en su totalidad la normatividad de las reglas sociales, sino simplemente las tendencias y las moda⁷⁴.

3. 2 De tendencias a expectativas, y de expectativas a convenciones

Recordando a HART, una característica relevante de las reglas sociales es la *actitud crítico-reflexiva* que involucra el punto de vista interno. La actitud crítico-reflexiva puede ser mejor explicada como el producto de la coordinación social y de las expectativas que yacen en la reiteración de la práctica social. A partir de la regularidad social, el miembro de un grupo

⁷² ARIELY, 2008: 36 – 37.

⁷³ ARIELY, 2008: 37 – 39.

⁷⁴ Es posible que algunos lectores encuentren perplejidad en el hecho de que en el capítulo anterior se encuentra un ejemplo que ilustra a una sociedad en la que los estándares de la moda son considerados tan relevantes que, de hecho, son reglas sociales convencionales. «Las tendencias y la moda» refieren a lo que BICCHIERI ha denominado *normas descriptivas*. Esto es, reglas convencionales que no involucran ni fuertes expectativas sociales (normativas) ni motivaciones. La conformidad a las normas descriptivas siempre se encuentra dictada por el interés propio: puesto que hace más fácil «encajar», pero su transgresión no suele implicar mucho más que un sentido de extrañeza por parte de los demás. Ciertamente, lo que es una norma descriptiva en un grupo puede ser una norma social consolidada en otro, y nada impide que una norma descriptiva convencionalmente evolucione hacia una norma social. BICCHIERI, 2006: 29 – 34.

puede formar una expectativa respecto de ulteriores acciones –sin tener en cuenta si la valora como buena, justa, práctica, viciosa, etc.

Imaginemos una sociedad en donde las notificaciones personales se deslizan debajo de la puerta cuando el destinatario no está presente. En un inicio, esto puede ser meramente un hábito, pero en la medida en que pasa el tiempo la práctica se consolida y la gente comienza a desarrollar expectativas, sintiéndose frustrados cuando alguien desatiende la práctica. Es relevante tener en cuenta que, aunque esta práctica puede imperar en una sociedad, también es posible que nunca nadie haya expresado explícitamente su existencia. Sencillamente, la práctica es llevada a cabo por los individuos del grupo. Esto pudo haber ocurrido, quizás, porque alguien pensó que ese proceder constituía la solución ideal para un problema práctico, y por ese motivo llevó a cabo esas acciones por primera vez. Pero podría ser, al mismo tiempo, que las demás personas nunca hayan sabido de ello. Incluso, podría ser el caso que otros consideren que la práctica actual es deficiente o poco inteligente. No obstante, la gente sigue la práctica porque presume que los demás harán lo mismo y que, si no se comportan de ese modo, no alcanzarán la coordinación deseada, de modo que cualquier juicio personal respecto de la práctica resulta irrelevante⁷⁵.

La idea de la posibilidad de coordinación sin un acuerdo expreso fue desarrollada por vez primera por HUME, que sugirió el siguiente ejemplo⁷⁶:

I observe, that it will be for my interest to leave another in possession of his goods, *provided* he will act in the same manner with regard to me. He is sensible of a like interest in the regulation of his conduct. When this common sense of interest is mutually express'd, and is known to both, it produces a suitable resolution and behavior. And this may properly enough be call'd a convention betwixt us, tho' without

⁷⁵ MATTEI-GENTILI, 2020: 105.

⁷⁶ «Noto que será de mi interés dejar a otro en posesión de sus bienes, *provisto* que él actuará de la misma manera respecto de mi persona. Él es sensible a un interés similar en la regulación de su conducta. Cuando este sentido común de interés se expresa mutuamente, y ambos lo conocen, produce una resolución y un comportamiento adecuados. Y esto puede ser llamado apropiadamente una convención entre nosotros, aunque sin la interposición de una promesa; dado que las acciones de cada uno de nosotros tienen una referencia a las del otro, y se realizan sobre la base de la suposición de que algo debe realizarse por la otra parte. Dos hombres, que tiran de los remos de un barco, lo hacen por acuerdo o convención, aunque nunca se han prometido mutuamente. Tampoco la regla relativa a la estabilidad de la posesión se deriva menos de las convenciones humanas, que surge gradualmente y adquiere fuerza por progresión lenta y por nuestra repetida experiencia de los inconvenientes de transgredirla» HUME, 1960 [1739 - 1740]: 490.

the interposition of a promise; since the actions of each of us have a reference to those of the other, and are perform'd upon supposition, that something is to be perform'd on the other part. Two men, who pull the oars of a boat, do it by an agreement or convention, tho' they have never given a promise to each other. Nor is the rule concerning the stability of possession the less deriv'd from human conventions, that it arises gradually, and acquires force by slow progression, and by our repeated experience of the inconveniences of transgressing it.

Inspirado por HUME, y aprovechando el enfoque en la teoría de juegos desarrollado por VON NEUMANN y MORGENSTERN⁷⁷, LEWIS decidió enfocarse en los *juegos de coordinación* pura para explicar la forma en que las convenciones sociales pueden emerger de manera espontánea y preservarse, estableciendo instituciones que van desde los contratos, las reglas, e incluso el lenguaje. La idea de LEWIS no es comprometerse inmediatamente a presentar una definición coherente de *convención*, sino estudiar varios casos paradigmáticos de convenciones, investigar las condiciones en que surgen, identificar un posible conjunto central de fenómenos convencionales de reglas sociales y ofrecer una explicación filosófica acerca de cómo funcionan tales reglas⁷⁸.

Entonces, LEWIS propone entender las convenciones como referidas a problemas de coordinación frente a situaciones de decisión interdependiente por parte de dos o más agentes en donde la coincidencia de intereses predomina, y en donde hay dos o más equilibrios propios de coordinación⁷⁹. Los equilibrios serían una combinación de acciones en donde cada agente ha hecho lo mejor que ha podido en consideración de las acciones de los demás agentes. En la combinación de equilibrios, ningún agente podría haber producido un resultado más de su agrado actuando de manera diferente a menos que las acciones de los demás hubieran sido diferentes. Es importante destacar que el equilibrio producido no es necesariamente el mejor posible (pues aún sería plausible imaginar una mejor solución), y que esto no excluye la posibilidad de otros resultados igualmente o más beneficiosos⁸⁰.

⁷⁷ LEWIS, 2002 [1969]: 3.

⁷⁸ POSTEMA, 2012: 721.

⁷⁹ LEWIS, 2002 [1969]: 24.

⁸⁰ LEWIS, 2002 [1969]: 8.

Simplemente significa que ese equilibrio constituye el mejor resultado que se pudo obtener dadas las elecciones tomadas por los agentes en esa situación.

Uno de los ejemplos famosos que presenta LEWIS es uno en el que dos personas están hablando por teléfono e inesperadamente se corta la conexión. Ambos quieren que se restaure la conexión lo antes posible, lo que sucederá solamente si uno vuelve a llamar mientras el otro espera. Poco o nada importa quién es el que debe devolver la llamada y quién debe esperar. Existe un interés común y dos posibles conjuntos de acciones que alcanzan un equilibrio de coordinación deseado.

	C1	C2
R1	0	1
R2	1	0

En donde R1 o C1: llama de vuelta.

R2 o C2: no llama de vuelta.

Como es posible ver, si ambos agentes realizan las mismas acciones {R1, C1}, {R2, C2}, no concretarán sus expectativas y no lograrán retomar la llamada, mientras que, si se realizan distintas acciones, sea {R2, C1} o {R1, C2}, logran cumplir con su interés común sin importar cuál de los posibles cuadros de resultados elijan.

Distinto del famoso *dilema del prisionero*⁸¹, el caso en cuestión no trata de intereses opuestos y tampoco es un juego que se pueda resolver solamente en una oportunidad. Los jugadores pueden fallar en sus primeros intentos de coordinarse, y una vez alcanzado un equilibrio seguramente apreciarán la recompensa, ya que podrían prever

⁸¹ El famoso *dilema del prisionero* es un juego de motivos mixtos en el que ambos agentes son egoístas racionales y no se preocupan por la retribución de los demás, buscando individualmente el mejor resultado para cada uno sin preocuparse de cuánto puede perjudicar a las expectativas de su contraparte.

fácilmente situaciones de interacción similares en el futuro. Por lo tanto, no importa cómo alcanzaron cualquiera de los equilibrios, lo que importa es que lo alcanzaron, y lo más probable es que se convierta en un precedente destacado de acción para situaciones futuras cuando se interrumpa una llamada telefónica.

Como hemos aprendido de la economía conductual, lo expuesto es probable gracias a los efectos del *anclaje*, el *pastoreo* y el *auto pastoreo*. Por lo tanto, supongamos que yo soy la persona que llama originalmente por teléfono y la llamada se corta por lo cual, como consecuencia, espero que el otro agente vuelva a llamar, porque asumo que es su obligación dado que yo realicé la llamada original. Así, importa poco o nada cómo personalmente valoro esa acción, lo que importa es que mi acción ayude a lograr un equilibrio de coordinación, porque, en efecto, mi contraparte volvió a llamar para alcanzar nuestro interés común de retomar la charla. Tal vez mi contraparte no pensó que fuera su obligación volver a llamar mientras yo aguardaba, es posible que ella simplemente me devolviera la llamada por impulso. Una vez más, lo que importa es que se alcanzó una adecuada coordinación de equilibrio entre nosotros, y lo valoramos por el resultado positivo de satisfacer nuestro interés mutuo. A partir de allí anclamos un valor al resultado de nuestras acciones coordinadas, haremos pastoreo y auto pastoreo en ocasiones futuras en que se presenten situaciones similares. Sin embargo, este no es un juego de una única oportunidad y es posible que la regularidad no llegue de inmediato. En una ocasión futura, aunque yo fui la persona que llamó originalmente, esta vez mi contraparte –por el motivo que sea– puede pensar que debería ser yo quien vuelva a llamar mientras ella espera, pero constatando que esa acción no genera el resultado deseado, ella, una vez más, vuelve a llamar. La clave está en la expectativa que se genera con la continuación de la regularidad. Desde los primeros equilibrios de coordinación, lo más probable es que se haya creado un conjunto de expectativas para ocasiones futuras. Por lo tanto, para ocasiones futuras, si mi contraparte es la persona que llama originalmente, lo más probable es que sea yo quien llama ante el corte, ya que espero que ella tenga una expectativa sobre mi llamada, ya que creo que ella cree que tengo una expectativa de que ella espere mientras vuelvo a llamar.

Las situaciones y las acciones nos asisten para construir puntos de referencia que funcionan en nuestras mentes como signos que nos ayudan a construir marcos de acciones

para ocasiones futuras. Así es como funcionamos. Esto se explica puesto que los fenómenos y estímulos en el mundo son infinitos y particulares, de modo que, si nos detuviéramos a analizar en cada ocasión y cada fenómeno para racionalizar cómo actuar, nuestro cerebro se saturaría por el duro trabajo y no seríamos funcionales. En cambio, el mecanismo creado en nuestra mente es contextual y funciona para identificar fenómenos similares o análogos, comparando cosas y hechos entre sí⁸² para encontrar similitudes y construir categorías o marcos que nos permitan aprehender nuevos fenómenos de manera sencilla y actuar de manera concorde sin vacilar mucho para ser funcionales.

Una vez que ese conjunto de expectativas es generado por factores comúnmente identificados que representan una situación determinada, esas señales prominentes nos impulsan a repetir con frecuencia el mismo patrón de comportamiento entre nosotros, e incluso entre cualquier otra persona que entre en nuestra dinámica. Así, podemos decir que tenemos una regla social convencional que es así porque hemos ejecutado el mismo tipo de comportamientos en ocasiones pasadas similares y, además, sirve para coordinar nuestras intenciones debido a las expectativas asentadas que se han consolidado entre nosotros.

La dinámica de formación de reglas consuetudinarias se asemeja a la explicación de WITTGENSTEIN del *seguimiento de reglas* para el lenguaje, en donde el uso y comprensión de los conceptos evoluciona gradualmente a través del proceso de prueba y error hasta que las dominamos. Así, los conceptos operan como reglas con condiciones de identidad para su *correcta* aplicación⁸³. En este sentido, al igual que con las convenciones de LEWIS, en el proceso podemos tropezar y caer. No obstante, en la medida en que las situaciones y expectativas se consolidan a través del proceso de repetición de la acción, funcionan como condiciones de la correcta aplicación de la regla social.

3. 3 La relevancia de las expectativas y las reglas sociales

LEWIS consideraba que su modelo era apropiado para explicar los fenómenos convencionales como lo son las reglas sociales. Aunque su definición y análisis no incluye términos normativos como *deber* o *tener que*, considera a las convenciones como una especie de

⁸² ARIELY, 2008: 3 – 10.

⁸³ WITTGENSTEIN, 1958: 800 – 801; CELANO, 2016: 25.

reglas. Además, las convenciones son reglas sociales, ya que pueden imponerse provocando respuestas desfavorables de los demás si no se ajustan a ellas⁸⁴. Sin embargo, en este esquema todavía parecen faltar algunas especificaciones para entender en dónde se puede encontrar algo así como la normatividad incrustada en la idea de *opinio sive necessitatis*.

Las exposiciones doctrinales tradicionales del derecho consuetudinario son engañosas, ya que tienden a representar cualquier posible *opinio* que los agentes pudieran tener como un juicio positivo u optimista sobre la observancia y la permanencia de esa práctica social. Pero, como se ha expuesto, esto no necesariamente es así. Los participantes pueden tener mayoritariamente una opinión negativa acerca de varias de sus convenciones y, además, la creación de convenciones también puede estar influenciada por sesgos cognitivos que impidan que los participantes hayan actuado en su mejor beneficio para generarlas. Esto nos orilla a abrir el ámbito epistémico para considerar también como posibles normas consuetudinarias a las prácticas sociales que son equilibrios subóptimos (*Pareto inferior*), es decir, reglas con resultados poco sólidos. Además, dado que el resultado podría estar lejos de ser óptimo (con beneficios bajos o nulos) e incluso de alguna manera perjudicial, es probable que una gran cantidad de los miembros de la sociedad tengan una percepción evaluativa negativa de la práctica y prefieran un cambio⁸⁵. Esto plantea la pregunta: si una gran parte de la población –quizá incluso la mayoría– considera mala a una práctica, ¿puede ser ésta considerada una regla social susceptible de ser utilizada para su aplicación jurídica? ¿Puede haber algo así como una *opinio sive necessitatis* en esta «regla social» defectuosa?

A primera vista, cualquier perspectiva contractualista (propia de razonamiento supuesto del *homo economicus*) respondería de manera negativa a los cuestionamientos planteados. El seguimiento de una práctica juzgada negativamente y que produce pocos o cero resultados es algo contrario a ese tipo de racionalidad. Ninguna explicación conceptual podría justificar un acuerdo hipotético de este tipo entre agentes racionales en esta perspectiva. Por este motivo, la perspectiva estándar de *Law and Economics*⁸⁶ sugiere

⁸⁴ LEWIS, 2002 [1969]: 97 – 100.

⁸⁵ ANOMALY & BRENNAN, 2014: 263.

⁸⁶ La expresión «perspectiva estándar de *Law and Economics*» refiere generalmente a la escuela de Chicago que entiende al derecho (al *common law*) como el resultado de un esfuerzo por inducir resultados eficientes. No obstante, la escuela de Yale, con su postura normativa respecto de las políticas de intervención de cara a corregir resultados inequitativos, también puede ser incluida en esta categoría. Véase PARISI, 2004.

considerar como derecho consuetudinario –esto es, como normas aplicables– solamente a aquellas reglas que superen el *test* de la *eficiencia de Pareto*⁸⁷. El enfoque estándar de *Law and Economics* argumentaría ser una postura adecuada con respecto al derecho consuetudinario, dado que los agentes racionales sólo considerarían convenientes y exigibles aquellas reglas que mejoran el bienestar para ellos mismos. Además, desde un punto de vista práctico, las reglas que son *Pareto eficientes* fomentaría la estabilidad de la práctica, ya que son útiles para evitar estrategias de deserción porque tienden a ser consideradas como reglas genuinas de reciprocidad para un juego que presenta constantes recompensas socialmente deseables⁸⁸.

	C1	C2	C3
R1	6 6	7 2	8 -2
R2	2 7	3 3	4 -1
R3	-2 8	-1 4	0 0

⁸⁷ «A particular situation is said to be *Pareto* or *allocatively efficient* if it is impossible to change it so as to make at least one person better off (in his own estimation) without making another person worse off (again, in his own estimation)». [«Se dice que una situación particular es *Pareto* o *asignativamente eficiente* si es imposible cambiarla para que al menos una persona mejore (en su propia estimación) sin empeorar a otra persona (nuevamente, en su propia estimación)»]. COOTER & ULEN, 2012: 14.

⁸⁸ PARISI, 2001: 13 – 15.

Entonces, el modelo estándar de *Law and Economics* considera que las reglas sociales exigibles jurídicamente deben ser sopesadas como soluciones a problemas de coordinación como los juegos del dilema del prisionero de más de una oportunidad. Solamente puede ser considerada como una norma jurídica consuetudinaria cuando el resultado alcanza un resultado *Pareto optimo* {R1, C1}.

El enfoque del *Law and Economics* es una reconstrucción interesante para analizar los resultados en las reglas sociales, pero no es el producto de una empresa conceptual y, como consecuencia, no debemos confundir las observaciones normativas con la explicación teórico-descriptiva de la práctica. Bajo esta postura, varias reglas que en efecto funcionan y que de hecho son aplicadas por los tribunales –por seres humanos imperfectamente racionales– serían expulsadas de la explicación teórica, aunque logren coordinar expectativas y resolver situaciones sociales –aunque no necesariamente de una manera óptima. Este sería el caso del resultado {R2, C2} que, aunque es un equilibrio de *Nash subóptimo* respecto de {R1, C1}, todavía es un equilibrio y puede efectivamente ser una regla social. Las reglas sociales no necesitan ser perfectas para existir y para proporcionar soluciones –no necesariamente buenas– para situaciones sociales.

Como FITTIPALDI y TOMOSHINA enfatizan, es importante no confundir la empresa de explicar el derecho consuetudinario con la del punto de vista de una política jurídica⁸⁹. Puede existir la creencia generalizada de que la práctica de una regla imperante no es la solución ideal, pero eso no deja de convertirla en una regla efectiva⁹⁰. Una norma jurídica promulgada puede ser considerada como injusta por la mayor parte de la población, pero eso no hace que deje de ser una norma ni excluye el hecho de que –bajo ciertas circunstancias– pueda preverse que ella será generalmente obedecida por la población o aplicada por los tribunales. Así, una norma jurídica puede ser utilizada por alguien para justificar su propio comportamiento –incluso si es considerada injusta– o esgrimida por un juez como fundamento para castigar a quienes incumplen con ella. Lo mismo se sostiene para el derecho consuetudinario. Se trata de normas en la medida en que son útiles para justificar el propio comportamiento o para castigar a quienes las desobedecen⁹¹. Por tanto, cualquier relato sobre un estado mental o

⁸⁹ FITTIPALDI & TIMOSHINA, 2017: 107 – 108.

⁹⁰ BICCHIERI, 2006: 14.

⁹¹ BULYGIN, 1965: 32

elemento análogo a lo que podría llamarse una *opinio sive necessitatis*, debería ser capaz de explicar que la práctica social conlleva una regla en la medida en que puede utilizarse para justificar o criticar acciones independientemente de consideraciones de moralidad o idoneidad que cualquier agente podría tener.

Para BICCHIERI, las convenciones han de ser seguidas para poder existir, y siempre coincidir con nuestro propio interés para obedecer a las situaciones de coordinación pura en donde los motivos de los agentes no estén en oposición. Por otro lado, las normas sociales pueden existir sin «ser seguidas» y a menudo van en contra de nuestros intereses egoístas, puesto que suponen un juego original de motivos mixtos que se convierte en un juego de coordinación gracias a la presencia de esa norma. No obstante, como BICCHIERI advierte, estas distinciones minuciosas son bastante borrosas en la vida real⁹².

La cautela exige aclaraciones, ya que las distinciones propuestas no sólo son borrosas en la vida real, sino que también son conceptualmente erróneas. El interés propio no es un parámetro objetivo, depende del punto de vista que se adopte y los individuos suelen ponderar entre un conjunto de intereses diferentes e incompatibles que pueden tener. Por lo tanto, incluso las meras convenciones pueden ir en contra de nuestros motivos egoístas. Por ejemplo, supongamos que llevar traje y corbata en los tribunales es simplemente una convención. El interés propio de miles de abogados sería usar un atuendo más informal, ya que es más cómodo, especialmente cuando se toma el transporte público y se mueve por los tribunales. Sin embargo, el abogado común sabe que no es prudente llegar al tribunal con pantalones deportivos. A pesar de que no existe una regla jurídica formal que dicte el modo en que los abogados deben presentarse en el recinto de un tribunal, no usar el atuendo adecuado puede significar ni siquiera ingresar al lugar. En consecuencia, el abogado común considera preferible llevar traje y corbata al acudir a los tribunales, aunque sería más cómodo llevar pantalones deportivos. Con las normas sociales sucede algo análogo. Desde un punto de vista, seguir las normas va en contra de los motivos egoístas; por el otro, seguir las normas sociales facilita el proceso y la consecución de objetivos en la vida grupal.

La cuestión de seguir convenciones y normas sociales adolece de las mismas líneas borrosas conceptuales. Cuando BICCHIERI dice que las reglas sociales pueden existir «sin ser

⁹² BICCHIERI, 2006: 39.

seguidas», quiere decir que es posible no seguir la norma si la gente evita la situación a la que es aplicable, pero la norma sigue vigente, a pesar de que la situación en la que rige no sea asidua. Por ejemplo, en una tribu existe una norma social que exige distribuir el botín cuando se caza un ciervo de manera colectiva. Por alguna razón, con el tiempo se vuelve más común que las personas vayan a cazar conejos individualmente y, por lo tanto, la norma para la caza colectiva permanece sin «ser seguida» durante bastante tiempo. Pero siempre que resurge la situación de la caza colectiva, la norma social vuelve a estar en vigor y se sigue⁹³. Sin embargo, lo mismo se aplica a las convenciones. Las situaciones en las que las reglas de una convención pueden no suceder por un tiempo, pero eso no significa que no haya más convención.

Como consecuencia, posiblemente sea conveniente no adoptar las distinciones conceptuales de BICCHIERI dado que pueden llevar a equívocos. Las reglas sociales son convenciones y viceversa. Si existe una diferencia entre las meras convenciones y las reglas sociales cuya inobservancia causa malestar social y un reproche tangible, esto es acerca de la importancia que el grupo otorga a la regla convencional y las expectativas involucradas. Esto es, la *opinio sive necessitatis* implica la intensidad normativa de una regla social convencional. Si la regla transgredida no es relevante y las expectativas son pocas o superfluas, entonces se puede decir que es una «mera convención» y que el reproche no es sino una advertencia, incluso ser una trivialidad y pasar inadvertido. Por otro lado, la violación de las «reglas sociales estrictas» causa enojo y un reproche tangible; las expectativas incluso pueden ser consideradas de tal relevancia que el caso es presentado ante un tribunal.

Esto nos permite entender mejor las dificultades de la vida real y los desacuerdos involucrados en identificar unos y otros. Por ejemplo, la abuela puede considerar imperioso mandar notas de agradecimiento después de una invitación a cenar a una casa, mientras que su nieta considera a esa práctica como meramente una excentricidad pasada de moda. Entre una y otra perspectiva existe un inevitable rango de subjetividad, pues es posible que la madre considere que mandar notas de agradecimiento es una regla que gradualmente ha caído en desuso, pero todavía una regla social. Si un observador externo imparcial desea resolver la

⁹³ BICCHIERI, 2006: 40.

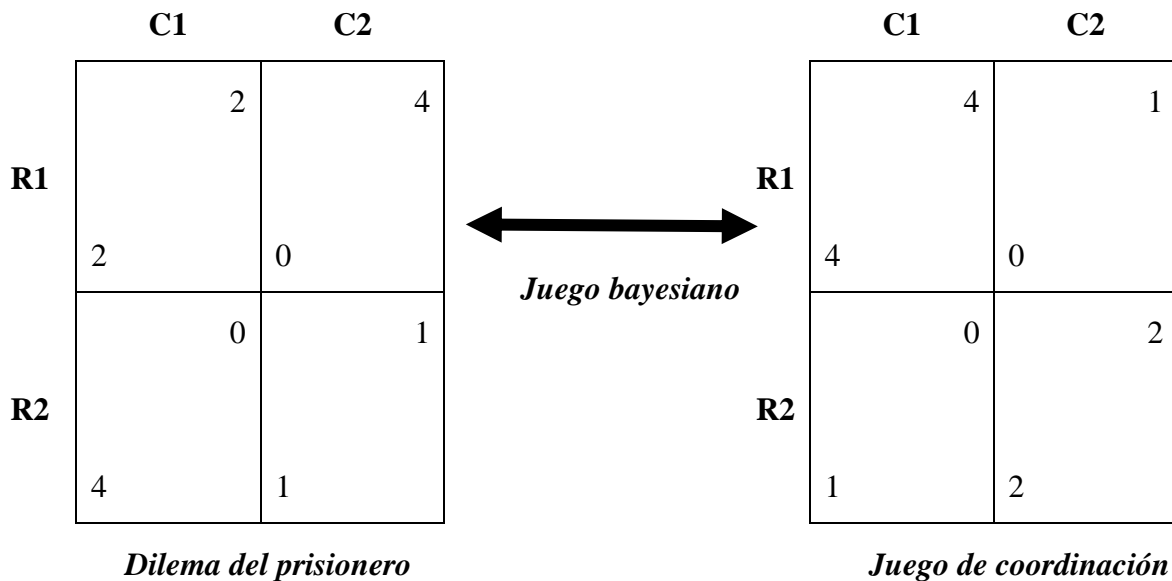
controversia con la mayor precisión posible, la advertencia teórica sería que sea consciente de la vaguedad y la imposibilidad de la objetividad total. Sin embargo, la labor no es imposible; como HART dijera: «[t]he proof that ‘binding’ rules in any society exist, is simply that they are thought of, spoken of, and function as such»⁹⁴. Siguiendo en cierta medida la propuesta de POSTEMA, el indicador más adecuado a seguir para saber si una práctica se trata de una regla social vigente es verificar que funciona bien dentro de la gramática de reglas sociales de ese grupo, es decir, dentro del racimo de razones sociales que reflejan las expectativas sociales que un parte relevante del grupo lo considera valioso. Esta tarea requiere inevitablemente un cierto grado de discreción evaluativa por parte del observador, pero eso no significa una arbitrariedad abierta y que no existen indicadores sociales en contra los cuales su decisión sea contrastable.

BICCHIERI considera que su explicación de las normas sociales es distinta de las convenciones de LEWIS. No obstante, la explicación de BICCHIERI no contrasta mucho con el esquema de las convenciones trazado por LEWIS. En cambio, sería un complemento al cual atender para buscar indicios para un análisis más detallado de las reglas sociales⁹⁵. Por ejemplo, BICCHIERI está en lo correcto al enfatizar que muchas reglas sociales no surgen del propio interés, aunque eso no excluye que muchas otras sí lo hagan, como en la explicación de LEWIS. Además, incluso BICCHIERI afirma que, eventualmente, las reglas sociales que surgen de los juegos de motivos mixtos (el *dilema del prisionero*) evolucionan hacia juegos de coordinación a través de un *juego bayesiano*. Este último caso surge en la situación de dilema del prisionero cuando los agentes descubren que su mejor opción es cooperar, transformando así el ranking de la selección de criterios en un juego de cooperación⁹⁶. Por ende, al apreciar que el otro agente tiene las mismas opciones a la mano, y que, al elegir la misma opción egoísta ambos perderían y obtendrían el peor resultado, es mejor que lleguen a un acuerdo eligiendo la opción del *equilibrio de Nash* en la que ninguno obtiene la mejor recompensa posible que pudieran obtener por sí solos, pero no terminan perdiéndolo todo.

⁹⁴ «[I]a prueba de que en cualquier sociedad existen reglas ‘vinculantes’ se haya simplemente en el hecho de que son pensadas como, habladas como, y que funcionan como reglas». HART, 1994 [1961]: 231.

⁹⁵ MATTEI-GENTILI, 2020: 111.

⁹⁶ BICCHIERI, 2006: 25 – 26.



Entonces, es posible afirmar que, en una situación de juego de motivos mixtos, para que exista una regla social, debe haber un seguidor condicional con un juego bayesiano que cambie sus preferencias si se cumplen las expectativas normativas y empíricas. La expectativa empírica es la creencia de los agentes de que un subconjunto suficientemente grande de la población se ajusta a la regularidad de un cierto tipo de situación⁹⁷ para elegir esa opción y no la egoísta⁹⁸. La expectativa normativa –que podría ser equiparada a la *opinio*– es la suma de las expectativas empíricas más la «sanción» posible y tangible previsible en caso de transgresión⁹⁹. La explicación es concordante con la noción bien establecida de que las reglas implícitas surgen y alcanzan su fuerza práctica de la interdependencia de expectativas y objetivos¹⁰⁰.

Sintetizando, las observaciones de BICCHIERI son oportunas para resaltar algunas importantes características de las reglas sociales:

- a) En un inicio, el interés de los agentes puede oponerse debido a motivos egoístas;
- b) las reglas sociales implican expectativas empíricas y normativas;

⁹⁷ CELANO, 1995: 194 – 195.

⁹⁸ BICCHIERI, 2006: 28.

⁹⁹ BICCHIERI, 2006: 11.

¹⁰⁰ POSTEMA, 1994: 364.

- c) aunque son consuetudinarias, existe la posibilidad de evitar la práctica de las reglas sociales al evadir la situación en la que rigen; y
- d) la forma en que las reglas sociales involucran expectativas mutuas refiere a intereses correlacionados que excluye opciones egoístas en favor de aquellas que dan lugar a la cooperación.

Capítulo VI. La costumbre en el derecho internacional

Mientras que en el ámbito de la teoría enfocada primordialmente en el derecho nacional o estatal la costumbre es considerada como una fuente relegada y en ocasiones irrelevante, desde la perspectiva del derecho internacional la dogmática suele considerarla una fuente suprema que supera en relevancia a los tratados como fuente convencional de derecho de origen promulgado o estatutario. En principio estas consideraciones suponen no solamente las coordinadas epistémicas que apuntan al derecho internacional público como un objeto de estudio en principio distinto del derecho nacional, sino también la posibilidad de cuestionar que se trate incluso de «derecho» propiamente dicho. En efecto, son conocidos los cuestionamientos que HART planteara en torno a cuánto sea oportuno considerar al derecho internacional como *derecho*, al menos en el sentido contemporáneo de lo que comprendemos con este término. Estas observaciones se dirigen finalmente a señalar que el derecho internacional; a diferencia de los regímenes estatales, carece de reglas secundarias y que, por ende, consiste en una estructura cuasi estática con sólo reglas primarias¹. Carecer de una regla secundaria de reconocimiento condena al derecho internacional a ser –en el mejor de los casos– una forma primitiva de derecho, y esto se debe, en gran medida, a su preponderante composición y funcionamiento entorno a las normas consuetudinarias.

Sumado a los problemas sistemáticos referidos, la dependencia en la costumbre como fuente primordial del derecho internacional ha generado no pocas complejidades por sortear para lograr explicaciones satisfactorias de este fenómeno como constitutivo de deberes y potestades entre los Estados y, en general, de los sujetos de derecho internacional. Los estudiosos en la materia constantemente han encontrado problemática la idea de que la costumbre sea un modo de creación de derecho a la par de ser también un medio para la verificación de la existencia de normas jurídicas. En consonancia, también se presenta una aparente paradoja en el hecho de que los órganos creadores de las normas internacionales sean idénticos a los sujetos sometidos por ellas². Como consecuencia, no es infrecuente que se considere dudosa la noción de que los Estados supediten su soberanía a normas de carácter

¹ HART, 1994 [1961]: 227.

² KELSEN, 2012 [1939]: 36.

internacional que en apariencia no provienen de autoridad jurídica alguna. Como razonamiento correlacionado, resulta sospechosa la noción misma de que pueda existir un *corpus* consistente de normas jurídicas internacionales no sólo por la ausencia de un organismo central que las promulgue, sino especialmente de uno que logre sancionar de manera efectiva su incumplimiento.

Los problemas sistemáticos y conceptuales se aglutinan de manera persistente al grado de que publicistas como GUZMAN no tienen reparo en denunciar que tanto él como la mayoría de sus colegas consideran que la doctrina del derecho internacional consuetudinario es –literalmente– un desastre³. A pesar de que los estudiosos del derecho internacional cuentan con un cúmulo de nociones oportunas acerca de la sistematicidad del orden jurídico internacional, la dogmática ha encontrado diversos obstáculos para poder presentar un esquema sistemáticamente consistente de un ordenamiento de derecho internacional en el que la costumbre sea la fuente primigenia y comúnmente preponderante. Considero que un factor que ha impedido avanzar en esta línea es que la pretensión descriptiva de las reglas que conforman el orden del derecho internacional suele verse oscurecida por ser emparejada con pretensiones de justificación de la práctica de dichas reglas, así como una tendencia constante a realizar crítica al modelo internacional que es acompañada por el intento de realizar propuestas de *lege ferenda* para subsanar los defectos que son identificados. La usual combinación de este diverso tipo de empresas ha llevado a una comprensión imprecisa de los componentes normativos del derecho internacional, así como de su operatividad sistemática. También, la preocupación por la justificación y corrección de la práctica jurídica internacional suele acarrear confusiones entre problemas que sería oportuno tratar de manera separada, como lo son la elucidación conceptual de los componentes del derecho internacional y las consideraciones afrontadas por los jueces y actores internacionales para identificarlos.

El presente trabajo ha asumido como ejes centrales la comprensión de la naturaleza ontológica de las normas con especial referencia al hecho de que sean producto de prácticas sociales o consuetudinarias, también ha asumido que toda norma es jurídica por el hecho de pertenecer a un sistema jurídico. Posteriormente se ha explorado un esquema explicativo de

³ GUZMAN, 2005: 117.

los sistemas jurídicos que tome en cuenta el papel que juegan las normas consuetudinarias. Como consecuencia, se han explorado las implicaciones conceptuales que se siguen de afirmar que en la base de todo orden jurídico existan reglas últimas que son consuetudinarias. De modo adyacente se buscó una explicación consistente respecto de la caracterización que la doctrina jurídica ha realizado en torno a los componentes necesarios para identificar a las normas consuetudinarias. Estos desarrollos configuran una suerte de esquema explicativo en función de la comprensión de lo que implica afirmar que existen normas jurídicas consuetudinarias. Un esquema que, para ser medianamente satisfactorio, considero debe ser capaz de dar cuenta de los problemas y perplejidades que encuentra la explicación del derecho internacional en tanto orden jurídico preponderantemente consuetudinario. En este tenor, las herramientas de este esquema serán utilizadas en la primera parte para despejar fuentes de escepticismo, y también de confusión sobre la conceptualización de las normas consuetudinarias como componentes del derecho internacional, mientras que la segunda etapa estará enfocada en abordar los aspectos relativos a la reconstrucción sistemática del orden internacional a la vez que se aprovecha la oportunidad para proporcionar explicaciones sobre cuestiones centrales relativas a su operatividad sistemática.

1. Escepticismo y perplejidad en el núcleo de los componentes del derecho internacional

1. 1 La (nada) excepcional vinculatoriedad de la costumbre

El primordial motivo del escepticismo frente a la costumbre como fuente primordial del derecho internacional se encuentra enfocado en dilucidar la vinculatoriedad de sus normas. Las explicaciones que han procurado subsanar estas aparentes deficiencias no han faltado. Por decir, KELSEN considera que toda norma jurídica se encuentra aparejada con una sanción o acto coercitivo en caso de incumplimiento de la obligación. En el caso del derecho internacional, en ausencia de un organismo centralizado que imponga sanciones, éstas son constituidas por los actos de represalias e incluso actos bélicos que ejerza un Estado contra otro por violación de una norma de derecho internacional. También, en esta perspectiva, la gran parte de las normas serían incompletas, pues requerirían ser perfeccionadas con normas de derecho nacional entre las cuales se encuentran las prerrogativas de los Estados para manifestar por medio de su soberanía su aquiescencia con las reglas del derecho

internacional⁴. No obstante, esta explicación es insatisfactoria no solamente por la inherente imagen que presenta de dependencia del derecho internacional respecto de los ordenamientos de derecho nacional, sino porque reducir el derecho internacional a represalias y manifestaciones bélicas parece una contracción tosca de lo que sucede en este ámbito jurídico.

Los postulados hartianos proporcionan importantes indicios para avanzar hacia una comprensión más consistente y refinada del derecho internacional. De tal forma, igual que como sucede con las teorizaciones en materia de derecho nacional, estos postulados reiteran que es un error conceptual considerar que el derecho internacional no es vinculante por carecer de sanciones que respalden sus normas como si fueran órdenes. En este sentido, señala que lo único que requieren las normas del derecho internacional es que sean razonadas y operadas como siendo vinculantes, cuestión que se materializa en su proceder consuetudinario mediante la presión generalizada por la conformidad, las declaraciones y admisiones que se basan en éstas tanto para justificar el propio actuar como para reprochar el comportamiento discorde de los demás. Como prueba –ilustra HART– cuando las reglas son ignoradas, los actores internacionales no lo hacen argumentando que no existen o no son vinculantes; en cambio, se realizan esfuerzos por justificar el propio comportamiento disconforme o se procura ocultar su incumplimiento⁵.

Otra fuente de duda se encuentra en el cuestionamiento de que, en rigor, los Estados y los organismos internacionales sean susceptibles de generar costumbres. Esta objeción se dirige a señalar que, si las normas consuetudinarias son esencialmente reglas sociales entonces, propiamente hablando, solamente las personas físicas son capaces de llevar a cabo actos creadores de costumbres. Las diferencias entre las interacciones de las personas humanas y las de los actores institucionales en el ambiente global son notorias, pero no suficientes como para negar la práctica normativa de la costumbre en la comprensión del derecho internacional consuetudinario⁶. A fin de cuentas, como enfatiza KELSEN, el comportamiento de los Estados y los actores institucionales se reduce al comportamiento de

⁴ KELSEN, 1982 [1960]: 323.

⁵ HART, 1994 [1961]: 217 – 220.

⁶ POSTEMA, 2007: 300.

individuos que los representan⁷. Las acciones de los Estados e instituciones solamente son posibles gracias a las posiciones y capacidades ejercidas por los individuos al interior de sus prácticas normativas.

El objetor escéptico puede señalar que, debido al constante cambio en los actores que representan a los organismos internacionales, aunado a la gran multiplicidad de grupos y naciones, es difícil imaginar una comunidad consolidada en la que se puedan generar lazos comunitarios y una identidad común en la que se sustenten los actos consuetudinarios. Incluso, lo que es considerado como el *régimen consuetudinario internacional* carece de uniformidad y también es posible constatar que las denominadas reglas *erga omnes* encuentran constante resistencia. De hecho, las exigencias que los Estados realizan respaldados en supuestas reglas consuetudinarias en extraña ocasión son incontrovertidas y, por lo tanto, en qué consistan estas normas es algo que nunca queda del todo claro. En general, POSTEMA responde que estas objeciones son muy exigentes. No se requieren de relaciones comunitarias robustas para que se genere interdependencia en las acciones de los actores internacionales⁸. En la medida en que los agentes representantes de los actores internacionales son capaces de comprender las acciones de los otros agentes, entonces existe un canal de comunicación informativa suficiente para generar relaciones que gradualmente se robustezcan para consolidar significados normativos comunes, esto es, normas consuetudinarias internacionales. En esta línea, los regímenes consuetudinarios, así como *las gramáticas*, son notablemente resistentes, pues cuentan con una notoria capacidad de flexibilidad para transformarse y fluir diacrónicamente como los ríos de HERÁCLITO, o continuar existiendo, como el navío de NEURATH.

Finalmente, la resistencia no es sino manifestación de la existencia de una norma consuetudinaria y, en todo caso, por decirlo con BEDERMAN, este comportamiento por parte de los actores internacionales solamente se comprende al interior de la dinámica de la «lucha por el derecho» en donde las naciones compiten de manera activa en un *mercado* de las reglas⁹ para procurar generar nuevas normas entre las previamente existentes. En el capítulo III se señaló que el espacio de mediación normativa propio de la dinámica consuetudinaria

⁷ KELSEN, 2003 [1945]: 364.

⁸ POSTEMA, 2007: 301 – 304.

⁹ BEDERMAN, 2010: 150.

deja abierto un espectro de posibilidades para la acción política en donde los actores procuraran que sus intereses se consoliden de manera normativa. En el derecho nacional los grupos de intereses llevan a cabo diversas prácticas con estos fines, así sean los cabilderos que presionan por lograr cierta legislación, así sean los abogados en materia mercantil que de manera estratégica argumentan ante tribunales supuestos cambios en los criterios de las prácticas de *lex mercatoria*.

El derecho internacional no es ajeno a las dinámicas del «mercado de normas», y los Estados usualmente llevan a cabo actos tanto para crear nuevas normas consuetudinarias internacionales como para buscar derrocar a las existentes cuando las consideran perjudiciales para sus intereses. Sus acciones pueden o no ser exitosas, pero esta es una consideración distinta de la existencia de las normas consuetudinarias. Las acciones de lucha de intereses, si son exitosas, efectivamente pueden crear nuevas normas. Tanto los Estados como los tribunales internacionales son conscientes de esta dinámica, la cual ha dejado importantes antecedentes. El famoso caso de la *Plataforma Continental del Mar del Norte* de 1969 es un claro ejemplo. Mediante el principio de equidistancia que se encuentra apuntalado en la Convención de Ginebra de 1958 sobre la Plataforma Continental, los Países Bajos y Dinamarca pretendían exigir la delimitación de extensión marítima que correspondía a Alemania en relación con su costa en el Mar del Norte. Alemania se negó a ratificar la Convención y rechazó consistentemente el principio de equidistancia arguyendo que era injustificado puesto que su costa es cóncava, a diferencia de las de Dinamarca y Países Bajos que son convexas, de modo que, si ese principio le hubiera sido aplicado, Alemania tendría una plataforma continental menor y con menos recursos naturales respecto de estos países con los que comparte el Mar del Norte. Países Bajos y Dinamarca sostenían que tanto la firma del Convenio, el trabajo en la Comisión de Derecho Internacional, así como las respuestas de los gobiernos y las actitudes adoptadas por los Estados en la conferencia de Ginebra eran prueba de la existencia de dicha regla como una práctica consuetudinaria consistente. A pesar de que Alemania había realizado actos que repudiaban la exigibilidad de la regla de la equidistancia, la Corte Internacional de Justicia rechazó las pretensiones de los Países Bajos y Dinamarca bajo otro argumento, sosteniendo que ésta no era una norma consuetudinaria

vigente, que los actos realizados por estas naciones habían tenido intenciones de *lege ferenda* y, en todo caso, se trataba de una regla en formación, no una regla consolidada¹⁰.

1. 2 ¿Costumbres con elementos disociados?

Superado el escepticismo acerca de la vinculatoriedad de las normas consuetudinarias se encuentran las perplejidades propias de trabajar un modelo normativo que es disperso, a diferencia de los sistemas estatales, que tienden a la centralización tanto de las autoridades que pueden crear derecho como de las que pueden aplicarlo.

El estudio de la costumbre internacional carece de posturas consolidadas y no es infrecuente encontrar visiones que consideran que, en cualquier modo en que algo denominado «costumbre» sea fuente del derecho internacional, se trata de algo distinto a la costumbre que es fuente del derecho nacional. Estas consideraciones suelen confundir al objeto «costumbre» con las condiciones y problemas epistémicos de su identificación, pero la diferencia de ámbitos no es base justificada para considerar que la costumbre internacional sea distinta –en el plano ontológico– de cualquier otra forma de derecho consuetudinario¹¹. En este sentido, existe una sucesión de distinciones mal concebidas que, a mi parecer, han evolucionado para dar entrada a elaboraciones conceptuales acerca de la costumbre internacional cada vez más complejas, pero no por ello acertadas, sino al contrario. De tal modo, la evolución de estos escenarios teóricos ha pasado por tres etapas. La primera, disociar a los actos materiales de los actos declarados. Esta distinción lleva a la segunda etapa, que ha propuesto considerar que las costumbres internacionales existen en un espectro delimitado por dos extremos entre los que se componen exclusivamente de hechos materiales, el *usus*, y las que existen exclusivamente debido a la *opinio juris*, que es cognoscible por medio de las declaraciones de los actores internacionales. La tercera etapa –mucho más ambiciosa en términos teórico-conceptuales– pretende conciliar los actos materiales que componen el *usus* con el elemento intencional de la *opinio* en una modelo que explique y justifique normativamente a la costumbre como una fuente legítima para regular y resolver los conflictos en el derecho internacional.

¹⁰ AKEHURST, 1976: 5.

¹¹ BEDERMAN, 2010: 137.

A. Primera etapa. Lo hecho y lo dicho

En la doctrina internacionalista es conocida la postura de D'AMATO que plantea que el *usus* que constituye la costumbre solamente puede consistir en actos materiales que, en particular, se manifestarían en actos coercitivos por parte de los Estados. Para esta postura, las declaraciones pueden articular normas jurídicas, pero no pueden constituir el componente material de la costumbre¹². La perspectiva de D'AMATO es minoritaria en la doctrina contemporánea¹³ pero manifiesta el origen de algunos de los malentendidos más frecuentes que se enfrentan en la determinación de los hechos que constituyen la costumbre internacional. De hecho, esta distinción ha influido de manera notoria en un grupo considerable de doctrinarios que cada vez se encuentran más inclinados a desestimar la supuesta relevancia y centralidad de la costumbre como fuente del derecho internacional, puesto que el estudio de casos suele demostrar que los tribunales y los comentaristas confían en mayor medida en lo que los Estados dicen que en lo que hacen y en porqué lo hacen¹⁴.

No existen motivos que justifiquen excluir a las declaraciones de los actos que pueden componer una costumbre. La exigencia conceptual para la formación de reglas consuetudinarias simplemente supone la realización de actos que proporcionen información pública a la comunidad de que una práctica ha sido realizada. Las declaraciones, orales o escritas y signadas, son especímenes perfectos de actos que proporcionan la información necesaria para que la comunidad genere estos «objetos conceptuales» que comprende como normas, como normas consuetudinarias. Por cierto, dado que la información pública debe ser patente, los actos no pueden sino ser materiales, es decir, dejar una manifestación en el mundo. Valga la obviedad, las declaraciones orales se concretan en la acción física de emitir ciertos sonidos con los cuales un actor manifiesta su voluntad o parecer; las declaraciones escritas son por definición expresión material en tinta y papel. En esta línea, entre los teóricos del derecho internacional, AKEHURST ha abogado por entender que las declaraciones también tienen que ser comprendidas como parte de las acciones a partir de las cuales los Estados constituyen derecho consuetudinario¹⁵. Por su parte, desde la perspectiva filosófica,

¹² D'AMATO, 1971: 88.

¹³ FOCARELLI, 2008: 86.

¹⁴ GOLDSMITH & POSNER, 1999: 1115 – 1116.

¹⁵ AKEHURST, 1976: 53.

POSTEMA defiende esta postura. En la formación de la costumbre, la acción y la palabra trabajan juntas, mediante la articulación de reclamos y respuestas, la acción adquiere un significado relevante para la costumbre; el comportamiento visto aparte de tal articulación es «un acto sin nombre»¹⁶.

El problema que D'AMATO identifica en realidad no es referente de lo que conceptualmente constituye una norma consuetudinaria –aspecto al cual no se asoma siquiera. En el caso *Nicaragua contra Estados Unidos*, la Corte Internacional de Justicia determinó que Estados Unidos había violado el derecho internacional vigente al apoyar a los Contras en su rebelión contra el gobierno Sandinista. Esto, se sostuvo, constituía una violación a la regla de no intervención en el territorio y política de otras naciones, así como una violación a la regla de respeto a la soberanía ajena. Para abordar la supuesta prueba de estas reglas consuetudinarias de no intervención, la Corte recurrió a tratados, resoluciones de las Naciones Unidas y a otras diversas fuentes declarativas firmadas por los Estados Unidos. Para D'AMATO éstas no pueden ser pruebas de una costumbre sino meramente de *opinio juris* carentes de *usus*, esto es, algo similar a los buenos deseos¹⁷. Según su postura, la Corte cometió un gran desacierto de doctrina jurídica en la identificación de la costumbre internacional al no contrastar la práctica efectiva de los Estados Unidos, la cual, como es notorio, persistentemente ha violado la regla de no intervención.

B. Segunda etapa. La escala móvil

La presunta ausencia de la práctica constitutiva de un *usus* que deja patente *Nicaragua contra Estados Unidos* ha llevado a lugares conceptualmente insólitos a la doctrina internacionalista. La opinión generalizada de los tratadistas del derecho internacional es que para acertar esta norma consuetudinaria bastó la simple *opinio* manifestada en la rúbrica de documentos declarativos con lo cual sería en principio posible que existan normas consuetudinarias sin un *usus*¹⁸. En este sentido ha cobrado popularidad la teoría de la *costumbre sobre una escala móvil (custom on a sliding scale)* de KIRGIS. De manera llana, esta teoría sostiene que no es cierto que necesariamente todas las normas consuetudinarias se

¹⁶ POSTEMA, 2007: 291.

¹⁷ D'AMATO, 1987: 101 – 102.

¹⁸ MURPHY, 2014: 110.

encuentren compuestas de los elementos *usus* y *opinio juris*. Pero puede haber casos en los que la práctica sea tan consistente que no se requiera indagar por una *opinio juris*, una intención normativa o alguna convicción. En el otro extremo de la escala, una *opinio juris* claramente manifestada puede ser indicio inequívoco de una regla consuetudinaria sin que sea requerida una práctica de conformidad consistente por parte de los Estados¹⁹. Este último extremo en particular sería útil para soportar la prevalencia de reglas consuetudinarias en materia de derechos humanos (en donde existe suma inobservancia material, pero alta convicción acerca de su exigibilidad) o de supuestos como el de las denominadas *costumbres instantáneas* en las que la práctica es casi nula pero el consenso acerca de la deseabilidad de llevar a cabo ese curso de acción es casi unánime.

C. Tercera etapa. Legítima integración

La postura de KIRGIS no ha carecido de objeciones por su simplicidad, frente a lo cual no ha faltado quien ha alzado la mano para proponer soluciones incluso más peculiares para explicar los problemas que afronta la elucidación del derecho internacional consuetudinario. Tal es el caso de ROBERTS, quien considera incompleta la escala móvil de la costumbre internacional y, en cambio, piensa que ha existido una falta de refinamiento en la doctrina para distinguir entre la *costumbre tradicional* y la *costumbre moderna*. ROBERTS considera que la costumbre tradicional resulta de una forma general y consistente de la práctica efectuada por los Estados a partir de un sentido de obligación jurídica. Se enfoca primordialmente sobre la práctica en la forma de acción entre Estados y la aquiescencia. La costumbre tradicional es evolutiva y se la identifica a través de un proceso inductivo en el que la costumbre general es derivada de instancias específicas de la práctica estatal.

Por su parte, la costumbre moderna es derivada de un proceso deductivo que inicia con afirmaciones generales en vez de instancias particulares de la práctica. Se enfoca en la *opinio juris* más que en la práctica porque confía más que nada en las afirmaciones que en los hechos. De tal modo, la costumbre moderna se puede desarrollar con rapidez porque se deduce de tratados multilaterales y declaraciones en foros internacionales como la Asamblea General, que puede declarar costumbres existentes, cristalizar costumbres emergentes y

¹⁹ KIRGIS, 1987: 149.

generar nuevas costumbres. El hecho de que estos textos se conviertan en una costumbre depende de factores tales como si están redactados en términos declarativos, si son respaldados por un cuerpo de Estados generalizado y representativo de la comunidad internacional, y si son confirmados por la práctica estatal²⁰.

La propuesta de ROBERTS avanza para señalar que la costumbre tradicional está alineada con la empresa *descriptiva* o puede ser comprendida como derecho descriptivo, esto es, normas que son identificadas a partir de la observación y el razonamiento pues se manifiestan en enunciados acerca de lo que la práctica *ha sido*, esto es, el *usus*. En contraste, la costumbre moderna no se determina primordialmente por la observación de los hechos puesto que se manifiestan en las exigencias (*opinio*) que enuncian los Estados acerca de lo que la práctica debe ser; es decir, es *prescriptiva*. El caso *Nicaragua contra Estados Unidos* sería una instancia clara de costumbre moderna. Finalmente, confundiendo las empresas teóricas descriptivas con las justificativas, ROBERTS aboga por un modelo explicativo/propositivo de la costumbre internacional que conjugue los méritos justificativos (morales) tanto de la costumbre tradicional con los de la costumbre moderna a partir de un ejercicio de interpretación reflexiva inspirado en los postulados dworkinianos²¹.

1. 3 El objeto que se busca y la forma en que se lo encuentra

Un equívoco común que estas posturas comparten se encuentra en no distinguir entre la cuestión «¿qué es una norma consuetudinaria de derecho internacional?» y la cuestión «¿qué es lo que los jueces hacen cuando dicen que identifican normas consuetudinarias de derecho internacional?». Dilucidadas estas cuestiones, metodológicamente es oportuno analizar la práctica judicial para identificar en qué medida ésta puede ser explicada a la luz de concepto de *norma consuetudinaria*, y el modo en que se condice con las prácticas de los actores en la escena normativa internacional.

De este modo, asumo que en principio una preocupación implícita en D'AMATO es precisamente distinguir a las normas consuetudinarias del derecho proveniente de las fuentes promulgadas, particularmente de formas escritas, como los tratados. Habré de profundizar

²⁰ ROBERTS, 2001: 758.

²¹ ROBERTS, 2001: 788.

más adelante en este aspecto y, en la interacción que existe entre las fuentes consuetudinarias y las convenidas por escrito (tratados y convenciones). Por el momento basta reiterar que la visión de lo que constituye el *usus* de la costumbre por parte de D'AMATO es inadecuada no sólo porque no se puede excluir que las declaratorias que realizan los Estados sean actos constitutivos de costumbre, sino en general porque su crítica al procedimiento realizado por la Corte está mal dirigida.

D'AMATO no distingue entre el cuestionamiento de si efectivamente existe una norma internacional de no-intervención con el problema de si los medios recurridos por la Corte fueron adecuados para probar la existencia de dicha práctica. Si se profundiza el análisis acerca de cómo es posible acertar la existencia una norma consuetudinaria que se define porque su cumplimiento consiste en una omisión o falta de acción²², no existen otros modos de acción que «encajen» en la coordinación de la manifestación de las expectativas de los participantes que las declaraciones tanto para expresar aquiescencia con la idea no-intervención como con las expresiones de desaprobación respecto del Estado que interviene contra otro. Ante estas consideraciones, en principio, no parece desacertado recurrir a documentos como los mencionados para constatar la práctica que da lugar a la norma de no-intervención.

La contrarréplica podría argüir que Estados Unidos en realidad no ha participado ni aceptado dicha norma pues sus acciones materiales claramente son expresión de su rechazo a la misma y que, en todo caso, la firma de dichas convenciones y declaraciones ha de comprenderse como la simple realización de actos protocolarios sin ulteriores pretensiones normativas de su parte. Pero esto no sería suficiente por al menos dos consideraciones. Primero, en su crítica, D'AMATO omite mencionar que la regla de no-intervención es considerada como *jus cogens* puesto que es piedra angular en los esfuerzos por buscar la paz mundial²³. La práctica del derecho internacional suele reiterar que las normas de *jus cogens* son perentorias y no admiten inobservancia incluso si un Estado persistentemente ha

²² La doctrina reconoce que una costumbre puede surgir de la abstención. WOLFKE, 1964: 69. También, conceptualmente, nada impide esto cuando se considera que las costumbre se desarrollan en una red de prácticas sociales entre las cuales, algunas pueden consistir en omitir una determinada acción dadas las circunstancias del contexto determinado.

²³ Esto es expresado con claridad por el entonces Ministro Presidente de la Corte, SINGH. *Nicaragua contra Estados Unidos* 1986, CIJ.

mostrado rechazo a alguna de estas reglas. Considero que la prueba más fehaciente de que la regla de no-intervención se encuentra vigente, que es *jus cogens* y *erga omnes*, no se encuentra en el equívoco hecho de que la mayoría de los Estados habitualmente no intervienen en la política y territorio de los otros Estados, sino en las declaraciones que reprochan incluso los potenciales actos de intervención, así como en la manifestación de la aprobación de esta regla. Como segunda consideración, aunque algunos Estados efectivamente intervienen con frecuencia tanto política y territorialmente sobre otros Estados, esto no significa que no exista una norma consuetudinaria puesto que, en todo caso, estas normas se conforman por la práctica de la comunidad internacional en general, y no por la práctica de un Estado en lo particular.

Con estas consideraciones, la *escala móvil* de KIRGIS no puede ser comprendida como un modo de conceptualizar la costumbre internacional, no al menos la de los Estados. Lo que esta escala refleja es la práctica de los tribunales internacionales, con mayor precisión, las consideraciones y tipos de circunstancias que suelen tomar en cuenta para determinar que en un caso existe una costumbre entre los Estados y los organismos internacionales y dictar sentencias. La práctica de los tribunales para estos efectos puede o no ser adecuada; esta es otra cuestión. Lo relevante en el análisis de la costumbre jurídica internacional es analizar si, entre los jueces, dicha práctica es tal que presente los elementos que permitan considerar que conlleva una norma *in foro*. Asimismo, el sistema del juez y el sistema del súbdito no se encuentran inconexos, de modo que también parece oportuno estudiar el modo en que las acciones de uno influyen sobre el otro y viceversa. Si la Corte considera que las declaraciones y la firma de convenios constituyen actos que prueban la existencia de una norma consuetudinaria, no parecerá extraño que los propios Estados asuman este estándar y utilicen las declaraciones como forma de incitar a la formación de nuevas normas consuetudinarias²⁴.

Por supuesto, si se admite que las declaraciones pueden formar parte de los actos constitutivos de la costumbre, permanece abierta la cuestión de discernir entre lo que los Estados dicen que hacen y lo que en realidad hacen. No es impensable que algún gobierno perverso realice múltiples declaraciones y firme diversas convenciones con el fin de reunir

²⁴ Esto es justamente lo que buscaron hacer los Países Bajos y Dinamarca en el caso *Plataforma Continental del Mar del Norte*.

documentación suficiente que muestre su conformidad con ciertas normas a pesar de que, en los hechos, sus actos concretos manifiesten una práctica contraria. Aunque en el papel esto pueda parecer problemático, en los hechos no representa grandes dificultades para los tribunales. En principio, habría que atender si se trata de una costumbre de *jus cogens* o una norma consuetudinaria dispositiva.

Tratándose de *jus cogens*, directamente la práctica contraria constituye una violación de la norma consuetudinaria. Las normas dispositivas son de observancia general, aunque la doctrina señala que, en principio, los Estados pueden buscar modificar su contenido e incluso existe la posibilidad objetarlas. Para objetar la práctica de una norma consuetudinaria un Estado debe protestar de manera persistente y expresa en los momentos de su aplicación²⁵. Pero el caso que nos ocupa no es el de un objetor ni el de un Estado que pretende modificar una norma consuetudinaria, sino el de uno que ha realizado actos para dar a entender que aprueba la norma y que cumple con ella, pero, a la vez, realiza actos concretos violatorios de ésta. En este supuesto, la firma de convenciones y las declaraciones son parte de los actos mediante los cuales los Estados dan lugar a la creación de normas consuetudinarias, y son también hechos a los cuales se puede recurrir para acertar la vigencia de la costumbre y las expectativas que acarrea, pero no se excluyen otros medios.

El derecho nacional es un componente que contribuye de manera relevante al desarrollo de las costumbres internacionales y una de las principales fuentes a las que recurren los tribunales para la verificación de su cumplimiento. La legislación, las resoluciones judiciales, pero también los actos de gobierno, son considerados como las bases más tangibles del proceder jurídico de los Estados. Un gobierno puede firmar tratados y realizar declaraciones en favor de una causa, y este es un modo en que –en lo individual– contribuye con sus acciones a la formación y conservación de una norma consuetudinaria, pero, a su vez, su legislación interna y los actos de sus gobiernos pueden contravenir la norma internacional. Serán estos últimos factores los que los tribunales atenderán para determinar que se viola la norma consuetudinaria internacional. Finalmente, no hay que caer en el equívoco de considerar que existe una paradoja en el hecho de que un Estado realice actos en favor de la creación y conservación de una norma consuetudinaria –incluso si lo hace de

²⁵ HERDEGEN, 2019: 154

mala fe— a la par que realiza actos violatorios de ésta. Crear una norma e infringirla son dos aspectos distintos, aunque ciertamente en el caso del derecho consuetudinario pueda resultar intrigante el hecho de que sean los mismos creadores de las normas sus destinatarios y, a su vez, sus transgresores. Pero esto puede suceder —y sucede— también con las normas de origen promulgado; los legisladores están compelidos a seguir las propias normas que promulgan, y también pueden infringirlas, no sólo en su calidad individual, sino también como cuerpo colegiado²⁶.

Es cierto que las situaciones pueden no ser tan cristalinas. Después de todo, como se ha visto con antelación, la cuestión del seguimiento y aplicación de reglas a menudo dista de ser algo diáfano de elucidar. Nada obsta que los Estados acusados de violar las reglas que han declarado aceptar arguyan que su legislación y sus actos de gobierno interno han sido interpretados de manera errónea y que, en realidad, se condicen con las normas jurídicas internacionales. De tal modo, frente a cualquier rastro de vaguedad —al igual que con las normas de origen promulgado— no queda sino a las instancias judiciales determinar si se ha cumplido o no con la norma. Pero el ámbito de discrecionalidad que esto representa es problemático para la doctrina internacionalista imperante.

La doctrina asume que una parte importante de la legitimidad y justificación del derecho internacional reside en una suerte de consenso democrático en torno a los valores y reglas que la comunidad internacional acepta y lleva a cabo. La vaguedad de la costumbre puede llevar a la discreción judicial y a un consecuente déficit de legitimidad si se cuestiona la arbitrariedad de la decisión de los tribunales para determinar cuáles son las normas consuetudinarias que los Estados deben observar. Esta consideración ocupa gran parte de las preocupaciones de ROBERTS —y de gran parte de los estudiosos del derecho internacional público— que procuran «soluciones» para evitar que sus explicaciones revelen que existen ámbitos de decisionismo y, así, mantener incólume la legitimidad del orden internacional. En

²⁶ Por cierto, en la realidad esto no es nada inusual como puede suponerse. Los legisladores en efecto suelen contravenir con frecuencia la legislación que ellos mismos votaron y promulgaron (en tiempos recientes, en México esto ha sucedido de manera patente). Pero esto habla del estado patológico del sistema político en cuestión y de la calidad profesional de los legisladores en turno, lo que no significa que ese Estado carezca de un ordenamiento jurídico.

este sentido, las teorías moralistas de DWORKIN y ALEXY han cobrado especial popularidad en este ámbito²⁷.

El modelo de ROBERTS, no obstante, y con independencia de la propuesta de carácter normativo que desarrolla, presenta una distinción insostenible conceptualmente. Carece de total sentido decir que existen normas consuetudinarias antiguas que obedecen a procesos de razonamiento inductivo y normas consuetudinarias antiguas que responden a razonamientos deductivos. La ontología de la costumbre, y de las normas que conlleva, es una, la de *ser una forma de significado*. Las formas de razonamiento inductivo y deductivo son procesos intelectuales que, en este caso, sirven para llegar a conocer las normas consuetudinarias. ROBERTS confunde los modos de razonamiento conforme los cuales los jueces pueden llegar a conocer las normas consuetudinarias con las normas mismas. En este sentido, sería cierto que es posible que los jueces realicen procesos inductivos al recolectar una colección de hechos con aspectos comunes para elucidar la existencia de una norma o axioma, incluso esto puede hacerlo mediante intuición directa²⁸, pero no habría modo en el que la norma resultante no fuera aplicada a un caso sino por medio de un razonamiento deductivo. Asimismo, también sería cierto que los jueces pueden conocer (y aplicar) una norma consuetudinaria mediante un razonamiento deductivo directo si simplemente se limitan a reconocer su existencia por ser mencionada en una declaración, un convenio, o por haber sido evocada por alguna de las partes en juicio, pero esto no significaría que la norma no se condiga con una práctica y que, en este sentido, se condiga un aspecto «descriptivo». De tal modo, a ROBERTS le llama la atención que en tiempos contemporáneos los tribunales recurran cada vez más a razonamientos directamente deductivos como en *Nicaragua contra Estados Unidos* para verificar la existencia de una *opinio juris* sin atender a los *usus*, pero se trata de un método de comprobación, no de las normas mismas.

Como se adelantó, el modelo de ROBERTS culmina en una propuesta normativa que pretende conciliar dos extremos mediante la integración interpretativa. La autora considera

²⁷ Véase ROBERTS, 2002; GRADONI, 2012; ARAJÄRVI, 2014. En rigor, ARAJÄRVI define a su propuesta como una de «positivismo incluyente», no obstante, el método normativo que propone asume también que existen principios morales objetivos a los cuales apuntan las normas consuetudinarias y que sirven como criterios últimos de validez y corrección de las decisiones judiciales; asimismo, también considera que existen formas de controlar la corrección de esas decisiones.

²⁸ Véase, TAMAYO Y SALMORÁN, 2004: 79 – 80.

que las normas consuetudinarias antiguas, que son descriptivas, son reglas prominentemente «facilitadoras» pues promueven la coexistencia y la cooperación, pero no suelen lidiar con cuestiones morales sustantivas las cuales, por su parte, habitualmente son abordadas por las normas consuetudinarias modernas, que son prescriptivas. En su visión, esta dualidad lleva al derecho internacional a fluctuar entre la apología (la dimensión descriptiva) y la utopía (la dimensión prescriptiva)²⁹.

No pretendo adentrarme más en la exposición de ROBERTS, pues continua para explicar el modo en que considera que la teoría de DWORKIN puede ayudar a los operadores jurídicos a conciliar los supuestos extremos descriptivos y normativos en el derecho internacional –idea que como se ha expuesto, es conceptualmente inconsistente. Pero esto me da pauta para abordar uno de los aspectos más peculiares que es posible encontrar en gran parte de la dogmática internacionalista contemporánea, y que apunta a este tipo de equívocos. Denominaré a este factor el «vestigio iusnaturalista» del derecho internacional.

1. 4 El problema del vestigio iusnaturalista

La doctrina del derecho internacional encuentra sus orígenes ampliamente en la dogmática del *ius gentium* romano que era considerado, en parte, como un derivado del derecho natural, distinto pero complementario del *ius civile*, que eran las normas que aplicaban a los ciudadanos romanos. De este modo, la idea de un derecho que por naturaleza era universalmente aplicable a las personas de todas las civilizaciones fue retomada y arropada a inicios del siglo XVI con un manto de tomismo aristotélico en la obra de VITORIA y su idea de la *communitas orbis*, compuesta de pueblos o Estados entre los cuales el *ius gentium* impera respaldado por la razón natural. Pero, a pesar de haber tornado a los Estados en los principales protagonistas del derecho internacional, el aspecto que apunta a la modernidad al pensamiento de VITORIA es la relevancia que recibieron los derechos en sentido subjetivo, como el *ius communicationis*, el *ius commercii* o el *ius migrandi*, es decir, cuestiones concretamente reguladas por el *ius civile*, el derecho positivo particular de cada población. Como consecuencia, este modelo de tradición escolástica encuentra su fundamento teológico en el *ius gentium* como derecho natural o derivado de él, cuya obligatoriedad se conjuga con

²⁹ ROBERTS, 2002: 766 – 767.

el derecho positivo, el que cada población se da para sí. Esta visión propia del iusnaturalismo racionalista es heredada por los reconocidos padres de la doctrina del derecho internacional GROCIO y GENTILI en donde lo decisivo –como señala RUIZ MIGUEL– es que el derecho natural y el derecho positivo no son presentados en relación de diferenciación y de posible contraste, sino en un esquema ecléctico de desarrollo de una práctica normativa en correspondencia con la supuesta esencia moral de todo derecho³⁰.

Hubo propuestas que también apuntaban hacia un modelo explicativo de corte positivista. El pensamiento de SUÁREZ se distingue entre el de sus colegas escolásticos porque consideraba que el fundamento del *ius gentium* se encontraba directamente en la costumbre como manifestación de la práctica y consenso entre las naciones y no tanto así en la naturaleza³¹. Asimismo, en los siglos XVII y XVIII, ZOUCHE y VAN BYNKERSHOEK propusieron estudiar al derecho internacional desentendiéndose de sus fundamentos morales o naturales, y se enfocaron en las prácticas y reglas realmente seguidas por los Estados de su tiempo³².

No pretendo desarrollar una exposición del pensamiento de los primordiales forjadores de los cimientos de la dogmática del derecho internacional público. Pero considero relevante señalar que el modelo ecléctico inspirado en VITORIA, GROCIO y GENTILI resulta triunfante en la dogmática contemporánea al ser adoptado por pensadores como VATTEL en los albores de la revolución industrial, y cuya obra *Le Droit des Gens* se difundiría con éxito para ser conjugada con el pensamiento de KANT acerca de una liga de naciones para mediar los conflictos entre las naciones con miras a lograr una paz perpetua, y con esto, forjar el pensamiento moderno imperante acerca de lo que es y de lo que justifica la existencia del derecho internacional público³³. Concurren señales que permiten también explicar el éxito imperante de esta visión. De tal modo, BEDERMAN recuerda que, desde inicios del siglo pasado, instancias como el Comité Asesor de la Corte Permanente de Justicia Internacional han adoptado –aunque de manera torpe– una visión positivista de la costumbre como fuente del derecho internacional³⁴. No obstante, el preponderante proyecto del *jus cogens* es

³⁰ RUIZ MIGUEL, 2009: 250 – 251.

³¹ BEDERMAN, 2010: 139.

³² RUIZ MIGUEL, 2009: 258.

³³ NUSSBAUM, 1954.

³⁴ BEDERMAN, 2010: 142.

reminiscente de los idearios de un derecho natural que se impone por su fuerza de racionalidad moral sobre las naciones.

Con estas consideraciones en mente, a la fecha parece ser un lugar común entre los estudiosos del derecho internacional asumir que, en efecto, en este ámbito conviven un derecho positivo junto con una especie de derecho natural, y que a la doctrina corresponde tender un «puente» explicativo, pero también –y más importante– justificativo entre estas dos formas de existencia del derecho que conlleva la costumbre internacional. En este sentido, por decir, la práctica de la costumbre, el *usus* como hecho social, constituiría el aspecto de derecho positivo que habría de ser empatado con una *opinio juris* que la valide normativamente en tanto manifestación del reconocimiento o aceptación de ciertos principios morales que impulsan y justifican la existencia del derecho internacional consuetudinario³⁵.

Esta visión ha de ser desechada por incongruente y alimentar equívocos conceptuales. Para la teoría positivistas el único derecho susceptible de ser estudiado y conocido de manera intersubjetiva es el derecho positivo en cuanto derecho «puesto», esto es, que proviene de una fuente social, que su creación es producto exclusivo de la actividad humana. El derecho natural, entendido como la existencia de una suerte de *ley superior* es un dogma, algo en lo que se cree de modo subjetivo, y cuya supuesta existencia no obedece ni a hechos humanos ni a físicos como los estudiados por las ciencias, por lo cual no puede ser verificado de manera intersubjetiva ni, en consecuencia, conocido en modo controlable de manera objetiva alguna. Entendido esto, es algo muy distinto que el desarrollo de la práctica del derecho internacional ocupe insumos conceptuales provenientes de la dogmática iusnaturalista medieval al hecho de que el derecho natural exista como un derecho vigente. En todo caso, lo que es posible decir es que la creencia en alguna forma de derecho natural, en la exigencia de perseguir ciertos valores como si fueran *imperativos objetivos*, motiva los actos que dan lugar a la creación de derecho positivo. A su vez, esto no significa que lo que se concreta en normas de derecho positivo logre un fin moral objetivo. Por ejemplo, una persona puede realizar obras motivada por lo que considera que es un mandato divino, de lo que no se sigue que el resultado de sus acciones sea objetivamente bueno o divino.

³⁵ ARAJÄRVI, 2014: 153 – 155.

Desmitificado el vestigio iusnaturalista, es menester retomar, recalcar y esclarecer la idea de que para que la costumbre forje normas se requiere la puesta en práctica de acciones convergentes (*usus*) que empaten expectativas recíprocas acerca del comportamiento de los participantes del grupo. Fijadas las expectativas, la práctica se manifiesta con su dimensión normativa en la medida en que es posible percibir que entre los miembros del grupo esas conductas son pensadas y expresadas como debidas (*opinio sive necessitatis*), frente a lo cual es indistinto si algunos consideran que esas conductas son debidas por ser moralmente virtuosas, otros porque consideran que son racionalmente eficaces, y así. Importa solamente que se las considere como debidas, y como tal, se las invoca como reglas, sin importar los motivos que cada parte en lo individual tenga para considerar justificada la existencia de estas reglas más allá del hecho de que responden a la práctica imperante en la comunidad.

Posteriormente, como exigencia de «justicia epistémica», es necesario desmitificar otras dos asunciones que no es infrecuente encontrar en la doctrina contemporánea. La primera consiste en recalcar que, del hecho de que el derecho internacional se valga de la costumbre como fuente primigenia, no se sigue que por este motivo sea un derecho con carácter «democrático». El segundo mito, y de desarrollo más reciente, se ha forjado a partir del intento de derrocar varios dogmas de la doctrina tradicional –incluyendo el carácter democrático de la costumbre– poniendo énfasis en el carácter racional de los comportamientos consuetudinarios a partir de los modelos inspirados en la teoría de juegos. En esta línea, la suposición moderna es que todo aquello en lo que consista la formación, conservación (observancia) y mutación de la costumbre internacional puede ser explicado en términos de comportamientos enteramente racionales, en términos de cálculos de costos y beneficios.

En lo que sigue me centraré en el análisis de ambos supuestos para revelar los errores conceptuales que encubren.

A. La contingencia democrática en el derecho consuetudinario

Desde la perspectiva doctrinal que busca salvaguardar la legitimidad del derecho internacional, el hecho de que se fundamente en la costumbre de los Estados y actores internacionales representa un factor eminentemente democratizador, puesto que demanda

aquiescencia por parte de estos para su concreción³⁶. Esta aquiescencia o aceptación es, sin embargo, un *falso amigo* que no se traduce del mismo modo en la explicación de los sistemas de decisión democráticos que en la formación de reglas sociales o normas consuetudinarias, aunque es inevitable encontrar semejanzas.

Si por democracia entendemos simplemente que cierto curso de acción responde a la *regla de la mayoría*, en el sentido de que la generalidad de los integrantes de un grupo lo ejecuta, pues la costumbre es por definición democrática, pero bajo esta lupa también lo son sucesos no naturales y ampliamente difundidos como consumir lácteos, operar con dinero, utilizar calzado, etc. Pero si a estas consideraciones se suma la exigencia de que el curso de acción que se acostumbre seguir ha de obedecer a los intereses y deseos imperantes entre la mayoría del grupo, entonces no necesariamente las normas consuetudinarias son democráticas, es decir, que sean «democráticas» es una propiedad contingente. Todavía más, en materia de derecho internacional, es casi imposible constatar de manera efectiva que cientos de Estados pertenecientes a la comunidad internacional participan de la misma práctica con la misma consistencia, por lo cual en la determinación de las costumbres internacionales vigentes suelen considerarse ciertas instancias de prácticas estatales como «muestras» de la existencia de una costumbre. Habitualmente las prácticas que constituyen la «muestras» son las de los Estados más poderosos o que logran mayor visibilidad³⁷ debido a su peculiaridad o alcance.

Existe otro *falso amigo* con el cual lidiar, el de las expectativas. En las decisiones democráticas, los deseos o expectativas personales de todos los integrantes del grupo son puestos en plano de igualdad para concursar en la adopción de una regla mayoritaria respecto del curso de acción a implementar en torno a un asunto social. Un vez adoptada la regla por medio del proceso de decisión mayoritario, los deseos o expectativas personales pasan a segundo plano, y existe una expectativa compartida de que se siga el curso de acción previsto por la regla, por el hecho de que ha sido la opción vencedora. Pero las expectativas en el plano de la formación de normas consuetudinarias refieren a un fenómeno o una dinámica distinta. En el supuesto de la creación de las normas consuetudinarias nunca existe un

³⁶ BESSON, 2010: 180.

³⁷ GOLDSMITH & POSNER, 2005: 24.

«momento decisorio» y, en cambio, aquí la especulación juega un papel fundamental. En la formación de las normas consuetudinarias las expectativas de los participantes son el resultado de un ejercicio de especulación acerca de lo que los actores creen que sus intermediarios realizarán frente a ciertas circunstancias para entonces ellos poder actuar en consecuencia y de acuerdo con su mejor cálculo. Por consiguiente, en la costumbre, la expectativa es, por decirlo, en principio descriptiva (pues parte de un ejercicio de observación) y también es conjetural, pues no necesariamente obedece a la forma personal en que los agentes desean que los demás se comporten, sino al modo en que consideran que *de hecho* lo harán tomando en consideración el modo en que se han comportado en el pasado. Por estos motivos, las expectativas en la formación de la costumbre nunca están en un «plano de igualdad» y siempre obedecen a las condiciones dispares de la realidad. De modo que las expectativas adquieren una dimensión normativa en la medida en que los agentes realizan cálculos acerca de sus propias acciones frente a la previsión de que sus intermediarios deberían comportarse en conformidad con el curso de acción acostumbrado; *i. e.*, la norma consuetudinaria.

La creación de las costumbres y, como consecuencia, de las normas consuetudinarias, se encuentra inminentemente condicionada por las circunstancias materiales en las que se desenvuelven las acciones de los agentes, pues éstas son parte de lo que conforman los insumos de las expectativas primigenias a partir de las cuales se desenvuelve una práctica. En una sociedad primitiva es comprensible que frente a la necesidad de cazar se versen mayores expectativas sobre los sujetos con físicos más atléticos para concretar esta labor. Esto, a su vez, significa que los individuos que tienen esta capacidad cuentan con una ventaja, un poder con el cual moldear las expectativas de otros en su comunidad en torno a su propia acción. Quien se encuentre en la necesidad de intercambiar bienes con un cazador habrá de ser consciente de la posición ventajosa con la que éste cuenta y habrá de ser sensato en sus expectativas respecto de lo que pueda obtener del cazador; *aceptará* lo que considere que es el mejor resultado que pueda obtener de un acuerdo con un cazador, a pesar de que, si de su voluntad irrestricta dependiera, procuraría un resultado que le fuera más ventajoso o por lo menos equitativo.

En las sociedades contemporáneas es innegable que muchas reglas sociales se inclinan en favor de quienes cuentan con posiciones económicas y estructurales más ventajosas, y éstas no son revertidas sino mediante grandes esfuerzos y en muchas ocasiones con poco suceso. La comunidad internacional no es muy distinta en este aspecto. El sólo hecho de que existan miembros permanentes en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas es un indicio claro de que existen posiciones ventajosas en el establecimiento de expectativas alrededor de las cuales se pueden crear costumbres. Pero esto sería solamente lo más evidente. WOLFKE acentuaba que es innegable el peso de los «grandes poderes» para forjar las costumbres alrededor de las cuales se mueve la comunidad internacional³⁸. No sólo factores como el poderío económico son consideraciones relevantes; el tamaño territorial, la densidad poblacional, la posición geográfica, los recursos naturales, todos estos aspectos son cartas con las cuales las naciones juegan para impulsar que ciertas normas consuetudinarias se inclinen más en favor de sus intereses y menos en favor de las preferencias de otras naciones. Como recalcan GOLDSMITH y POSNER, la dogmática tradicional suele descartar que cualquier modo de coerción o presión genere derecho consuetudinario internacional, pero las regularidades de comportamiento entre las naciones suelen resultar de alguna forma de dominio, puesto que los Estados débiles no actúan en favor del interés de los Estados fuertes meramente por un sentido de obligación jurídica, sino primordialmente para evitar consecuencias más perjudiciales a las presentes que el estado actual de cosas³⁹.

Por ejemplo, son pocas las naciones que cuentan con las mayores reservas de petróleo, pero es difícil negar que son las que llevan la batuta en materia de las prácticas que regulan el comercio internacional de esta materia prima. Asimismo, no es posible ocultar el hecho de que el derecho internacional también es forjado en importante medida por sujetos que no son Estados, como las organizaciones internacionales, sino también por sujetos con gran poder económico. Estos agentes también intervienen en el espacio de intermediación normativa de la costumbre internacional esperando influenciar en la conducta de los Estados. Como conclusión, las expectativas se forman en torno a lo que es sensato esperar dado el escenario contextual de distribución de posiciones ventajosas y desventajosas. Por el contrario, en el ideal democrático se procuran desvanecer las posiciones ventajosas para poner las

³⁸ WOLFKE, 1964: 81 – 82.

³⁹ GOLDSMITH & POSNER, 2005: 38.

pretensiones de los agentes en nivel de igualdad para que resulte vencedora y se acepte como regla imperante la que obtenga mayor consenso.

Lo anterior no significa tampoco la afirmación de un ámbito de poder irrestricto que, como consecuencia, niegue la existencia de reglas consuetudinarias. Si bien es cierto que el poder fáctico asiste a un cúmulo reducido de actores internacionales para, en cierta medida, imponer su voluntad, las normas consuetudinarias forjadas en conformidad con gran parte de sus intereses, al final, siguen siendo normas. Siguen siendo pensadas e invocadas como reglas que pueden tornarse en su contra si ellos mismos las violentan. El poder puede ser mucho, pero nunca es absoluto. El abuso de una posición ventajosa para romper con las normas de manera discrecional a menudo es confrontado colectivamente, si bien abanderados por los otros sujetos con posiciones aventajadas que también se han visto afectados por el actuar irresponsable del Estado infractor. Confirmando su existencia, la justificación de la reacción adversa u hostil por parte de la comunidad será producto de la infracción de normas internacionales. Por decirlo de manera diáfana, incluso para los poderosos es conveniente alinear su actuar en alguna medida con las expectativas que los débiles tienen de ellos, por flacas que éstas sean.

En oposición con este trágico escenario de tensión entre poderosos y débiles, y en favor del carácter consensualmente democrático *à la* ROUSSEAU⁴⁰ respetuoso de las soberanía de los Estados en el derecho internacional, es usual invocar en la doctrina la regla del *objeto persistente* en donde, como en el caso *Mar del Norte*, se reafirma que una norma consuetudinaria no es exigible a aquel Estado que de manera clara y persistente ha objetado la observancia de esa regla durante su fase de formación, por lo cual se aparta expresamente de toda forma de participación en la creación de dicha regla⁴¹; para lo cual la doctrina suele demandar que haya objetado su aplicación incluso en casos que no le involucran⁴².

La regla del objeto persistente, bien vista, no es una regla democrática y su consolidación en la comunidad internacional es dudosa. En principio existe poca evidencia de que la regla existiera como una práctica aceptada por la comunidad internacional con

⁴⁰ Véase KELSEN, 2012 [1939]: 52 – 54.

⁴¹ KELSEN, 2012 [1939]: 43.

⁴² GREEN, 2016: 7, 123.

antelación a 1945 y de cara a la creación de las Naciones Unidas⁴³, siendo los primeros casos en los que la Corte Internacional de Justicia reconoce su existencia el *Caso Asilo* y el *Caso de las Pescaderías* en los años de 1950 y 1951 respectivamente. Desde entonces, como destaca GREEN, la regla es invocada en contadas ocasiones, y la mayoría de las reglas de derecho internacional consuetudinario son creadas sin ningún objetor persistente⁴⁴. Estos indicios permiten cuestionar que en principio se trate de una norma consuetudinaria propiamente, en el sentido de haber surgido espontáneamente de la práctica de los Estados y no de alguna forma de creación judicial llanamente. Sumado a esto, para poder invocarla frente a un tribunal internacional, los Estados (únicos sujetos con capacidad para invocarla) deben poder demostrar que han objetado con consistencia y claridad diversas instancias de aplicación de la regla, inclusive en casos ajenos a su propio interés. Frente a esta exigencia, son pocos los gobiernos que cuentan con un equipo jurídico y diplomático que pueda realizar una labor de mapeo de casos y circunstancias como para objetar normas consuetudinarias nacientes alrededor del mundo⁴⁵. Esta fuerte exigencia sin duda es uno de los factores que explica que se trate de una regla poco invocada y, normalmente, como último recurso. Pero, cuando la regla es invocada – incluso por un objetor subsecuente – con éxito ante un tribunal, no suele ser el caso que lo hayan hecho naciones como Uganda, Paraguay, Moldavia o Laos, por ilustrar.

B. La racionalidad habitual de los «malos Estados»

En tiempos recientes ha cobrado relevancia el uso del modelo de la *elección racional*, esto es, del análisis comportamental de la teoría de juegos para explicar el derecho internacional consuetudinario. Uno de los aspectos que motivan este tipo de estudios es justamente desenmascarar los mitos que arrojan a la doctrina tradicional del derecho internacional consuetudinario. Procurando desarroparse de romanticismos; aunque no tanto así de pretensiones justificativas, este tipo de estudios asume la premisa de que los Estados son

⁴³ GREEN, 2016: 32.

⁴⁴ GREEN, 2016: 274 – 275.

⁴⁵ BEDERMAN identifica que sólo naciones como Estados Unidos, Japón o el Reino Unido cuentan con oficinas especializadas que publican periódicamente compendios de sus prácticas y posiciones sobre los sucesos concernientes al desenvolvimiento del derecho internacional público. BEDERMAN, 2010: 145.

agentes racionales, fríos calculadores, cuyas elecciones, al igual que las del *homo economicus*, siempre están inclinadas a procurar el mayor beneficio al menor costo.

A pesar de su popularidad, lo cierto es que todavía no existe un esquema de axiomas consolidados que lleven a que esta forma de análisis procure un modelo teórico más o menos consistente, lo que es constatable en el hecho de que entre sus proponentes es frecuente encontrar puntos de vista diametralmente opuestos respecto de aspectos elementales. No obstante, esto no significa que no compartan algunas visiones comunes al asumirse como estudios de la *elección racional* y, que en este sentido sean susceptibles de una crítica generalizada.

Remembrando, el modelo de PARISI propone considerar como normas consuetudinarias solamente a aquellas prácticas normativas que alcanzan una *eficiencia de Pareto* bajo la consideración de que hipotéticamente ningún agente racional consentiría llevar a cabo un curso de acción que valora negativamente debido a los dividendos deficientes que le proporciona. Los Estados, en tanto agentes racionales, solamente podrían tener una *opinio juris* favorable acerca de la observancia de la práctica en la medida en que ésta promueve y protege sus intereses y bienestar. Por su parte, GOLDSMITH y POSNER deciden ignorar la idea de una *opinio juris* para directamente estudiar las motivaciones que pueden tener los Estados para comprometerse con cursos de acción reiterados. GUZMAN busca rescatar a la *opinio* de semejante despecho, y de lo que considera como una visión escéptica, presentando un análisis más agudo acerca de las motivaciones que tienen los Estados para actuar.

En una reconfiguración de la teoría jurídica imperativista, GUZMAN considera que el principal aliciente que tienen los Estados para realizar ciertos cursos de acción son las sanciones. No existiendo una autoridad central que logre imponer sanciones de manera eficiente, en el derecho internacional las sanciones serían de dos tipos: las directas, como las acciones bélicas o los bloqueos comerciales, y las reputacionales, esto es, el costo de la mala fama que puede ganar un Estado que se considera que ha violado reglas internacionales. Entre éstas, las más frecuentes y relevantes, son las reputacionales, pues son más generalizadas e implican un menor costo para el Estado afectado, para el cual podría resultar gravoso procurar una sanción directa contra el Estado infractor. Frente a estas consideraciones, GUZMAN

propone que la *opinio juris* no sería otra cosa que la opinión que tienen los Estados de que la acción de un Estado constituiría o constituye una infracción del derecho internacional⁴⁶. De tal modo, la *opinio* constituiría en sí misma a la regla, motivo por el cual la práctica estatal material sería contingente, y bastarían las declaraciones para acertar la existencia de una norma de derecho consuetudinario, mientras que la práctica estatal (entendida como actos materiales) sería contingente y, de existir, su función sería la de proporcionar evidencia de la existencia de la *opinio* en un determinado sentido. Entonces, en síntesis, las reglas de derecho internacional consuetudinario no serían sino el resultado del cálculo que realizan los Estados acerca de las posibles sanciones (especialmente reputacionales) que podrían enfrentar dependiendo del curso de acción que ejecuten. Los Estados procurarían evitar todo curso de acción que afecte su reputación internacional y los aisle de la comunidad impidiéndoles realizar convenios de cooperación en materia comercial y de otros tipos.

Estas posturas son realistas respecto de las posiciones ventajosas de los Estados poderosos y, en este sentido, se desentienden de toda pretensión de legitimidad democrática del derecho internacional. De tal modo, GOLDSMITH y POSNER no niegan que lo que motive a los Estados pequeños a seguir varias reglas de derecho internacional no sea otra cosa que el temor de las sanciones tanto directas como reputacionales que les puedan imponer los Estados poderosos, siendo lo más conveniente cumplir, aunque posiblemente no tengan buena estima respecto de la regla. GUZMAN también reconoce que lo que comprendemos por derecho internacional consuetudinario no son sino las reglas que son sostenidas en general por los Estados poderosos, pero también va un paso más allá para señalar que, puesto que su reputación se ve más afectada si violan las reglas y el costo de seguirlas es poco, el orden internacional se ve beneficiado del hecho de que los Estados poderosos tengan mayor influencia en la configuración de las reglas del derecho internacional⁴⁷.

En el capítulo V se señaló que la propuesta de PARISI caía en el equívoco de asumir como cierto el dogma de la racionalidad perfecta propio del *homo economicus* y de ignorar los sesgos cognitivos a partir de los cuales los agentes toman decisiones de hecho, lo que influye en las prácticas que desenvuelven y que pueden dar lugar al surgimiento de diversas

⁴⁶ GUZMAN, 2005: 146 – 147.

⁴⁷ GUZMAN, 2005: 151.

prácticas ulteriores y, en consecuencia, de normas consuetudinarias. Esta observación es extensiva a las propuestas de GUZMAN, y de GOLDSMITH y POSNER, que también asumen el mismo principio dogmático para su método de análisis. Frente a estas consideraciones, la propuesta de las normas consuetudinarias basadas en la elección racional (perfecta) de los agentes no resulta en una propuesta descriptiva –o no al menos en una descripción fidedigna– pues propone considerar exclusivamente como normas consuetudinarias a un cúmulo muy reducido de prácticas, condenando al resto de prácticas que no cuadren en estos modelos de cálculo a sinsentidos o actos arbitrarios aislados por parte de los Estados.

Existen otros dos problemas que se siguen de estos análisis. Primero, confunde proceso con producto. En este caso, equipara a los incentivos que los Estados tengan para actuar con las prácticas que implican la observancia de las normas. Para el análisis conceptual lo relevante es que los sujetos llevan a cabo ese comportamiento y que, entre ellos, una parte significativa lo hace porque (desde el punto de vista interno) lo considera debido, es decir, reconocen que se trata de una norma pues piensan y actúan como tratándose de una norma, siendo contingente el hecho de que algunos puedan seguir la norma también por motivos morales y otros por evitar consecuencias punitivas, o por motivos de cualquier otro tipo.

El segundo problema es que, al asumir que los únicos motivos que pueden incitar a la conducta de los Estados son los cálculos autointeresados acerca de los costos y beneficios, se ha descartado de manera injustificada la posibilidad de que observen la práctica por otro tipo de motivos, entre ellos, por el hecho mismo de que se trata de una norma de derecho internacional. Es decir, se trata de una reconfiguración de la visión imperativa del derecho, de análisis enfocados en la perspectiva del «mal hombre» ya criticado por HART –en este caso el «mal Estado». Se trata de sujetos que obedecen las reglas solamente debido al cálculo que realizan acerca de la probabilidad de que ser sancionados⁴⁸; un análisis que también es deficiente en el ámbito del derecho internacional cuando se observa que existen sujetos cuyos incentivos de acción superan estos cálculos. Como consecuencia, el énfasis en la reputación como sanción que propone GUZMAN tiene un alcance explicativo limitado y vacilante. Sin duda para la mayoría de los Estados la reputación en ciertos ámbitos de acción internacional es relevante, especialmente en materia comercial, considerando que la gran parte del mundo

⁴⁸ HART, 1994 [1961]: 40.

consiste en Estados «en vías de desarrollo», por lo que confían mucho en la inversión internacional. Pero en varios ámbitos, y en particular respecto de los Estados poderosos, la reputación en estos términos parece no tener mucha relevancia. Estados Unidos, China o Rusia, por decir, a menudo violan las reglas del derecho internacional en diversos ámbitos, y si su reputación es una cuestión de importancia para ellos, entonces se trata de una especulación muy vacilante; otras tantas cosas seguramente también importan a los representantes de estos gobiernos, y posiblemente con mayor peso, como, por ejemplo, mantener su reputación como naciones poderosas. Retomando la sugerencia de HART expuesta con antelación; y que también parte de un tipo de análisis comportamental, es más oportuno simplemente detenerse en el hecho concreto de que se habla y piensa sobre estas prácticas internacionales como reglas, al grado que cuando son violentadas, los Estados buscan justificar que su acto no constituyó la infracción de una regla o, en su defecto, procuran ocultar el incumplimiento. Como conclusión, los incentivos autointerésados que los Estados puedan tener para cumplir o no con las reglas consuetudinarias pueden ser útiles para comprender aspectos importantes de las dinámicas que nutren a las relaciones internacionales, pero no para esclarecer conceptualmente en qué consiste la existencia del derecho internacional.

2. Entorno a la sistematización del derecho internacional

Como se anticipó, el hecho de que el derecho internacional se componga primordialmente de normas consuetudinarias motiva a HART a sospechar que se trate de derecho en el mismo sentido en que el derecho estatal. En particular, de ser derecho, el régimen internacional sería una suerte de derecho primitivo, carente de posibilidades sistemáticas debido a que carece de reglas secundarias y, especialmente de una regla de reconocimiento.

Es cierto que en la actualidad existe una tendencia cada vez mayor hacia la formalización de los tratados, que la Unión Europea hoy presenta una dimensión de centralización normativa multinacional considerable, y que ámbitos regionales como el abarcado por la Organización de Estados Americanos cada vez tienen mayor influencia sobre sus miembros, con una Corte Interamericana que ha generado criterios y doctrina propios. Pero, a pesar de que el derecho internacional no manifestaba estas características cuando HART escribió su teoría, el escepticismo que manifestó frente a las posibles cualidades

sistemáticas del orden internacional fue impopular desde su concepción. D'AMATO –que era su coetáneo– observa que, de acuerdo con la teoría de HART, si el derecho internacional carece de una regla de reconocimiento, entonces no puede ser un sistema, sino un mero conjunto de reglas. Por este motivo podría comprenderse que se trata de un «derecho» (si es que merece ese nombre) de calidad inferior al estatal. Sin embargo; observaba D'AMATO, el derecho internacional no puede justificadamente ser considerado como «menos derecho» que el derecho estatal pues con éste comparte un conjunto de principios, métodos y conceptos. En este sentido, es posible constatar que al igual que los sujetos del derecho nacional, los Estados son conscientes de que sus acciones tienen consecuencias jurídicas, y que sientan precedentes dentro de un sistema en el que ampliamente se acepta que ciertas acciones deben tener consecuencias jurídicas. Por lo tanto, existe una interrelación en las prácticas estatales entre la formación y la interpretación del derecho: la regla de reconocimiento internacional es el producto de estas prácticas estatales⁴⁹. Las observaciones de D'AMATO culminan señalando que el motivo de que se realicen esas prácticas convergentes es una cuestión de estudio sociológico, pero no cabe duda de que suceden.

Considero que D'AMATO planteó observaciones muy certeras a HART en los términos de su propia teoría. Incluso, la flaqueza de las críticas que HART dirige al derecho internacional se refleja en su inconsistencia conceptual, puesto que no es concebible que existan meros conjuntos de reglas dado que éstas siempre forman cuanto menos sistemas estáticos si se toma en cuenta que la existencia de normas derivadas, es decir, de sus consecuencias lógicas. Esto, a mi parecer, invita a cuestionar si la diferencia entre el «derecho primitivo» y el «derecho contemporáneo» es que el segundo es un sistema y el primero no lo es. Pero si de cuestionar se trata, incluso en los sistemas primitivos es difícil vislumbrar que no existan por lo menos unas cuantas reglas de adjudicación, por imprecisas que sean; así sea la comunidad que levanta el brazo para decidir si alguien merece un castigo o no. En todo caso, considero que, si alguna distinción existe entre los sistemas contemporáneos y los primitivos, es de grado, respecto de la centralización y la refinación de sus reglas secundarias para evitar la dimensión estática y para promover la dimensión dinámica, y que los cambios

⁴⁹ D'AMATO, 1965: 322 – 323.

sean cada vez más controlables y menos imprevisibles, como sucedería en un sistema con pocas reglas de cambio y adjudicación.

El esfuerzo por vislumbrar o proponer en qué podría consistir la regla de reconocimiento del derecho internacional ha sido una preocupación que no han desatendido los estudios en este ámbito, como se puede constatar en las propuestas de BESSON y ARAJÄRVI. No obstante, pocos esfuerzos teóricos se han realizado por explicar en qué sentido el derecho internacional es susceptible de ser presentado en términos de *sistemas jurídicos* «contemporáneos» más allá de mostrar la (posible) existencia de una regla de reconocimiento internacional. Esto, como he dejado entrever, consiste primordialmente en explicar que existen reglas de cambio y reglas de adjudicación, y la peculiar forma en que operan tratándose de un ámbito que confía primordialmente en la costumbre como fuente de su operatividad.

En lo que sigue buscaré trasladar los supuestos que he desarrollado a lo largo de este trabajo de investigación acerca de los *sistemas jurídicos* para exponer en qué maneras el derecho internacional forma un orden compuesto de sistemas, y la forma en que en este ámbito operan las reglas (primordialmente consuetudinarias) para formar jerarquías, cierto grado de centralidad, y en síntesis, sistemas que, aunque presentan diferencias relevantes en relación con el derecho estatal, cuentan con complejidad y características específicas que, si bien no son idóneas en términos de previsibilidad, hacen que no sea plausible llanamente decir que se trata de meros conjuntos de normas de derecho primitivo.

2. 1 Preámbulo al escenario de la sistematicidad del derecho internacional

El escepticismo hartiano frente a las posibilidades de sistematización del derecho internacional parte de la observación de que no existen instituciones como una legislatura internacional, tribunales con jurisdicción obligatoria y sanciones centralmente organizadas. Por estos motivos es posible argüir que el derecho internacional carece de reglas secundarias de cambio y de adjudicación, así como una regla de reconocimiento unificadora que especifique las fuentes y que proporcione criterios generales para la identificación de sus reglas⁵⁰. En síntesis, y conforme a lo expresado en el capítulo III, este ámbito carecería de

⁵⁰ HART, 1994 [1961]: 214.

una división de trabajo que distinga entre autoridades que generan y aplican reglas, y súbditos a quienes se les imponen estas reglas, pero que también recurren a estas autoridades para dirimir sus conflictos y conocer de manera definitiva el derecho vigente. Si en efecto este fuera el escenario, el derecho internacional consistiría exclusivamente de casos resueltos por tribunales instaurados *ex professo* y cuyas resoluciones –supuestamente basadas en normas consuetudinarias seguidas por los Estados– no guardan relación alguna. En efecto, frente a este panorama, hablar de un orden internacional (entendido como una sucesión de sistemas) parece una exageración.

Es casi indudable que a lo largo de la historia aquello que ha sido denominado «derecho internacional público» en gran medida ha consistido en sistemas estáticos configurados *ex professo*, y que los mayores indicios de una sistematicidad dinámica que permitiera vislumbrar un orden internacional se encontrarían en cierta consistencia (si es que es posible encontrarla) en la aplicación precedente de las reglas consuetudinarias de *jus gentium* invocadas y aplicadas en dichas resoluciones. Pero incluso en los años sesenta en que HART escribía, el derecho internacional público había evolucionado considerablemente, y contaba con instancias judiciales como la Corte Internacional de Justicia, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y recién se había instaurado el Tribunal de Estrasburgo en materia de derechos humanos. También, la existencia de las Naciones Unidas era un hecho, ya se habían firmado el Tratado de Roma que diera lugar a la Comunidad Económica Europea (antecedente inmediato de la Unión Europea), y la Carta de la Organización de los Estados Americanos, y recientemente se había conformado Organización Marítima Internacional. Aunado a esto, ya se había firmado la Declaración Universal de Derechos Humanos, y se habían creado importantes tratados y convenios como la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio o la Convención sobre el estatus de los refugiados. También, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas ya trabajaba en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aunque este documento no sería suscrito sino hasta 1969 y entraría en vigor en el año de 1980. Es decir, en la época ya existían bastantes indicios como para no subestimar al derecho internacional y considerar con seriedad las condiciones de su sistematización en un orden.

Como contrapartida al escepticismo de HART se encuentra el optimismo de KELSEN. El jurista austriaco vaticinaba la eventual superación de la costumbre por una centralización de la producción del derecho internacional en una forma de legislación. En la instauración de las mencionadas organizaciones internacionales y la promoción cada vez más frecuente y extensiva de la creación de tratados veía una evolución neta y constante del derecho internacional, al grado de no dudar de la existencia de una *norma básica* internacional que restringe el ámbito de validez de los órdenes jurídicos nacionales, orillando a una concepción monista de un orden jurídico universal⁵¹.

Considero que entre el escepticismo hartiano y el entusiasmo kelseniano, existen puntos medios que permiten vislumbrar diversas reglas de reconocimiento de derecho internacional que admiten reconstruir diversos órdenes y sistemas dependiendo del ámbito y la materia; no obstante, argüiré en contra de la existencia de una *norma básica* internacional y de la consecuente concepción monista que conlleva. Concebir en el derecho internacional una unidad y cohesión como la que KELSEN propugnaba parece algo aún muy alejado de la realidad. Asimismo, sostendré que el derecho consuetudinario no ha sido superado (pues conceptualmente es inverosímil que esto suceda) y que sigue siendo fuente primordial en el derecho internacional. A pesar del predominio de la fuente consuetudinaria, la evolución en el recurso y uso de los tratados, en conjunción con la costumbre, ha promovido el desarrollo del derecho internacional a un ritmo sin precedentes. Esto, a la fecha, permite hablar con sensatez de órdenes y sistemas internacionales complejos compuestos por reglas primarias y secundarias, con cierta división de trabajo y alguna escueta jerarquía normativa; si bien es cierto, con mecanismos toscos que impiden que su operatividad presente la fluidez y (presunta) previsibilidad del derecho estatal.

2. 2 Normas internacionales, entre la costumbre y el tratado

El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia presenta una lista de fuentes a las cuales sus jueces habrán de recurrir para resolver controversias de conformidad con el derecho internacional. En esta lista se señalan a las convenciones o los tratados (particulares o generales), a la costumbre, los principios generales del derecho, decisiones judiciales

⁵¹ KELSEN, 2003 [1945]: 363.

precedentes y doctrina de los publicistas. La lista no supone un orden jerárquico, no obstante, la doctrina tradicionalmente concuerda en señalar que, en los hechos, la costumbre tiende a imponerse como la fuente primordial a la que se supeditan las demás⁵². Esto parece acertado en general, no obstante, la normativa consuetudinaria se alimenta y evoluciona persistentemente de sus insumos contextuales. En este sentido, las normas jurídicas consuetudinarias en una jurisdicción se ven inherentemente forjadas por los influjos de información que suponen las decisiones judiciales y la doctrina sobre el derecho internacional.

Entre estas fuentes, los tratados o convenios han venido a ocupar cada vez más protagonismo, y han sido patrocinados con aprecio por quienes consideran que la costumbre internacional es un mito⁵³ o una fuente sumamente deficiente que carece de autoridad y legitimidad⁵⁴. Más allá de estas consideraciones de carácter axiológico, lo cierto es que los tratados han entrado en apogeo en el siglo pasado y, en consonancia, han representado el eje en torno al cual es posible comprender la evolución y la operatividad del derecho internacional contemporáneo. KELSEN consideraba que eventualmente las normas de derecho internacional que encontraran su fuente en los tratados predominarían sobre las de la costumbre. Por su parte, BEDERMAN piensa que el proceso de maduración de los ordenamientos jurídicos tiende a sustituir a la costumbre como fuente principal de derecho por la legislación, cuyo análogo en el derecho internacional sería el tratado⁵⁵. Sin especular más al respecto, considero que existen dos observaciones que son patentes y que es común encontrar en la literatura internacionalista contemporánea:

- 1) El apogeo de los tratados ha significado un avance en la conformación de cierto tipo de autoridades internacionales; es decir, cada vez es posible concebir más núcleos de centralización del derecho internacional. Esto es constatable en la

⁵² Entre los internacionalistas se explica y justifica que la costumbre sea la fuente de primer grado como una cuestión inevitable. Esto puesto que, en ausencia de un legislador universal, el derecho internacional no puede nacer sino sobre la expectativa de los miembros de la comunidad internacional de que cada uno se comporte como la gran mayoría a menudo se comporta. Entre estas expectativas, es habitual exigir a los miembros que cumplan con lo que han pactado, de modo que los tratados, por lógica, serían fuentes secundadas a la costumbre. FOCARELLI, 2008: 84. Este planteamiento me parece muy atinado, y lo que habré de desarrollar será una pormenorización de los motivos por lo cual esto es así.

⁵³ DUNBAR, 1983.

⁵⁴ KELLY, 2000: 535 – 536.

⁵⁵ BEDERMAN, 2010: 137.

existencia de organizaciones con cierto carácter administrativo, e incluso con miras legislativas cuando procuran asambleas parlamentarias, y en torno de las cuales parecen girar la práctica de los Estados, en el sentido de que suelen tenerlas presentes en su actuar, es en sus foros en donde tienden a manifestar sus posturas con mayor claridad, y las que propugnan y en ocasiones avalan la creación de tratados tanto multi como bilaterales. También, las principales de estas organizaciones son bien conocidas tanto a nivel global como regional: las Naciones Unidas, la Unión Europea⁵⁶, la Organización de los Estados Americanos o la Unión Africana. Pero en aras de la evolución y sistematización del derecho internacional, es especialmente relevante que los tratados y las organizaciones han dado también pie a la creación de autoridades judiciales permanentes como la Corte Internacional de Justicia, Tribunal Internacional del Derecho del Mar, Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, por mencionar algunas.

- 2) La relación entre la costumbre y los tratados es cuanto menos confusa. Poca duda existe de que se encuentran e interactúan, pero no queda claro en qué medida lo hacen, en dónde está el límite de una respecto de la otra, cuándo ciertas normas tienen su fundamento en la costumbre y cuándo en los tratados. Incluso, ¿es en verdad posible que los tratados desplacen a la costumbre?

Frente a quienes consideran que los tratados pueden llegar a suplantar a la costumbre como fuente primordial del derecho internacional o, incluso, quienes consideran que ésta es un mito, el común de la doctrina no obvia rescatar que en ausencia de una autoridad central internacional que emitan reglas y sanciones, la validez última de estos tratados –que a su vez son fundamento de la existencia de organismos y tribunales internacionales– se encuentra en la antiquísima norma consuetudinaria que insta a observar el principio de *pacta sunt servanda*. Esto es, los Estados han tomado como una práctica normativa el ceñirse a lo que han acordado y, como consecuencia, se considera legítima la crítica y medidas represivas

⁵⁶ Considero oportuno destacar que, al contar con un parlamento representativo que produce legislación en forma, y un Tratado de Lisboa que hace las veces de una constitución formal, la normativa y organización relativa a la Unión Europea representa la forma más evolucionada de un orden derecho internacional, aunque sea regional. En este sentido, el derecho de la Unión Europea, a pesar de tratarse de un ámbito de derecho internacional, opera de modo *sui generis* como algo mucho más similar al derecho estatal que al internacional, motivo por el cual este orden jurídico incluso se ha tornado en un área de estudio especializada en general.

frente a quien ha violentado lo pactado sin justificación. Al efecto, los tratados o convenios no serían sino una manifestación del uso (*usus*) de los Estados de la norma de *pacta sunt servanda*, y de someterse de manera libre a las reglas e instancias previstas en estos documentos. La línea de validez normativa implicaría que *pacta sunt servanda* sería la norma de base en la cual se fundamenta la competencia de los tribunales y de sus resoluciones, así como de las reglas previstas tanto en tratados multi como bilaterales.

Pero la percepción contractualista que proporciona la norma de *pacta sunt servanda* no resulta suficiente como fundamento de validez del derecho internacional. En la práctica es posible constatar que no es infrecuente que Estados que no han sido signatarios de alguno de esos tratados sean sancionados (y que la sanción se considere legítima) por la violación de alguna sus reglas. El argumento que sostiene que esa sanción se encuentra justificada, o adecuadamente fundamentada, es que el precepto previsto en el tratado se ha extendido y consolidado mediante la práctica generalizada de los Estados en una norma consuetudinaria de derecho internacional público, y el Estado sancionado no ha logrado mostrar ser un objeto persistente.

Este escenario suele generar confusión. Si la concepción de la regla no tiene su origen en una práctica espontánea, entonces ¿en verdad es consuetudinaria? Por otro lado, es difícil sostener que se trata de una norma contractual, pues de ser el caso ¿cómo explicar que se sancione a quien no firmó el convenio?

Respecto del segundo cuestionamiento, resulta sumamente insatisfactoria la justificación doctrinal de la *aceptación tácita* que sostiene que, frente a la ausencia de objeciones claras y persistentes, los Estados implícitamente aceptan para la comunidad internacional la validez de las normas que esos Estados signatarios han convenido como práctica normativa. Responder al primer cuestionamiento arrojará más luz al respecto. En este sentido, en efecto, una norma convenida puede extenderse mediante la práctica hacia partes no signatarias por medio de la costumbre, esto es, como una norma consuetudinaria de la comunidad.

En el capítulo V señalé que la generalidad de la práctica –mas no la universalidad– es un requisito conceptual de la creación de las normas consuetudinarias en tanto las costumbres son relativas a una jurisdicción o una comunidad. Es decir, el hecho de que en una comunidad

una minoría no realice ciertas prácticas, no significa que esas prácticas no son costumbres de la comunidad a la que pertenecen si la mayoría o una parte considerable del grupo sí las realiza. En México se suele comer con picante, y aunque no toda la población lo hace, esto no autoriza a negar que comer picante sea una costumbre vigente entre la población mexicana. El ejemplo es trivial, sin duda, pero ayuda a ilustrar la cuestión conceptual acerca de la generalidad. Respecto de las reglas sociales el punto es más patente en consideración de los foráneos. El viejo adagio reza «a donde fueres, haz lo que vieres» y esto ilustra el hecho de que la normatividad de las reglas sociales es tan extensiva y consistente como para vincular a quien no siendo originario se encuentra inmerso en la comunidad. Retomando un caso ilustrado en el capítulo I, no ser sueco no evitará que encuentre reacciones extrañas, tal vez adversas, o incluso advertencias como «eso no se hace», si repentinamente me encuentro en Malmö saludando a todas y todos los desconocidos que encuentre en la calle como si los conociera de toda la vida. De tal manera, la normatividad de la costumbre, en tanto reglas sociales, se extienden a todos los que se encuentran en la comunidad, a pesar de que no hayan participado en modo alguno de su creación ni adhieran expresamente o estén de acuerdo con la regla.

No existe nada conceptualmente incompatible en señalar que lo que era una norma de origen contractual –y en este sentido, conforme a lo desarrollado en este trabajo, una norma de origen promulgado– se extienda en su práctica hacia otros sujetos no signatarios, y que se torne en una norma consuetudinaria. Evocando el insatisfactorio intento de FINNIS de explicar la *opinio juris* de una norma consuetudinaria en una forma de acuerdo, se señaló que esto no podía conformar con propiedad una norma consuetudinaria pues los acuerdos son técnicas para crear normas promulgadas; en el sentido de que son reglas que existen y son válidas (entre las partes) incluso antes de ser puestas en práctica, pero sobre esta teoría también se señaló que no era implausible pensar que la práctica de lo acordado entre unos cuantos se extendiera para una población ulterior a quienes la pactaron, tornándose en una norma consuetudinaria para la población más amplia.

Las normas consuetudinarias se van creando a partir de *segmentos* de información que son replicados por diversas acciones convergentes entre la población, y la repetición de

esta información genera expectativas grupales que añaden un ingrediente de normatividad a esa información para consolidarse en prácticas normativas del grupo.

Recordando supuestos presentados con antelación, cuando a alguien se le ocurrió que al no encontrar al destinatario de una notificación en su domicilio era buena idea deslizarla por debajo de la puerta, esta práctica parece haber sido asumida como adecuada por alguien más que la presenció y la replicó cuando se encontró en una situación similar; esto se extendió cada vez más en la población al punto en que se consolidó como una idea compartida de manera general de que lo que se debe hacer cuando no se encuentra al destinatario de una notificación es deslizarla por debajo de la puerta. Pero el origen de esta práctica bien pudo haber tenido como punto de partida un acuerdo expreso entre el mensajero y el destinatario de realizar esos actos; que para ellos fuera una norma acordada o de origen promulgado, pero para quienes no sabían de este acuerdo y simplemente replicaron la práctica, se trata de una norma que es producto de la costumbre.

Finalmente, la costumbre y el tratado son medios para conocer que una norma rige en una comunidad, y una norma que pudo ser concebida por medio de un pacto entre unos cuantos se puede extender por medio de su práctica consuetudinaria en el grueso de la población. Pero también existe la posibilidad de que una norma que rige de modo consuetudinario en un subgrupo poblacional llegue a ser consolidada en un convenio general para que su validez y práctica se extienda inmediatamente a toda la población.

2. 3 La perspectiva del juez internacional

Posiblemente el aspecto con el que la práctica de crear y signar tratados ha contribuido con mayor consistencia en la evolución y las posibilidades de sistematización del derecho internacional, es la de asistir a constituir autoridades internacionales, en particular, tribunales a partir de cuyas prácticas sea viable vislumbrar la existencia de una regla de reconocimiento que permita discernir las normas que pertenecen al sistema.

Los tratados han representado un avance hacia la división de trabajo en el ámbito internacional permitiendo discernir de manera más diáfana cuáles organismos pueden ser considerados como autoridades, aunque sea desde un punto de vista formal. En principio, la autoridad de estos organismos estaría dada por la adhesión de las partes a los tratados que

dan origen a su creación, pero que también les otorgan diversas competencias. Un aspecto más polémico, pero no por ello descartable, es que la autoridad de estas organizaciones también se extiende por costumbre en una determinada jurisdicción y, que si el organismo fue creado por un tratado en principio firmado por un número limitado de Estados, su autoridad puede expandirse en la medida en que los demás de hecho así lo reconozcan, y esta autoridad imponerse, incluso frente a quienes lo rechazan, debido a la aquiescencia de los demás miembros que consideran fundamental su intervención. Es decir, la regla convenida que otorga autoridad a cierto organismo intencional puede extender esta autoridad mediante la costumbre asumida por otros Estados no signatarios hasta que la mayoría reconoce la autoridad de ese organismo y acata sus resoluciones.

Por lo general no es el caso que un organismo internacional intervenga sobre los asuntos de un Estado que no ha reconocido formalmente su autoridad, pero la expansión de la autoridad por medio de la costumbre que así la reconoce permite contar con una explicación jurídica de porqué la comunidad internacional en general encuentra justificada la intervención sobre un Estado no signatario cuando se presenta el caso.

El reconocimiento amplio de autoridades por parte de los Estados que forman las comunidades internacionales, permite también sostener y esclarecer la existencia de reglas de reconocimiento a partir de las cuales discernir cuáles son normas válidas de derecho internacional público, regional o global, según sea el caso. Entre estas reglas de reconocimiento, algunas están dirigidas a reconocer la jurisdicción de tribunales en ciertos ámbitos como instancia legítima para la resolución de controversias internacionales.

En ausencia de un legislador global que monopolice la función de producción normativa, y ante el aspecto difuso de cuestiones y prácticas entre los Estados, la existencia de tribunales permanentes representa el foco más estable para la identificación de los criterios que son reconocidos y atendidos por los actores internacionales como estándares jurídicos. Retomando aspectos que se han expuesto con anterioridad, con RAZ hemos visto que la pertenencia de una norma a un sistema puede ser constatada mediante un ejercicio contrafáctico que se resuelve al contar con autoridades aplicadores de éstas. Si se presenta el caso apropiado, podemos verificar sobre la base de qué razones actúan las autoridades, qué normas reconocen, y respecto de las cuales los súbditos plausiblemente adecuaran su actuar.

Como consecuencia, conforme a la metodología propuesta por ALCHOURRÓN y BULYGIN, la reconstrucción de sistemática de los órdenes jurídicos se elabora desde la perspectiva del juez.

La metodología de sistematización normativa asumida se condice con el proceder usual de la doctrina internacionalista que, al recurrir de manera amplia al método de análisis casuístico, asume la perspectiva del juez. Además, la inclusión en el modelo sistemático de la especial consideración a las normas consuetudinarias *in foro* refuerza una de las intuiciones que algunos doctrinarios como WOLFKE han avanzado, esto es, que los órganos judiciales que determinan cuál es el derecho internacional consuetudinario en alguna medida no menor lo crean⁵⁷.

En efecto, el acento en las normas consuetudinarias *in foro* asiste a comprender –en consonancia con lo expuesto especialmente en el capítulo II– que las normas *in pays*, forjadas en principio por la práctica de los Estados, y que conforman el grueso de lo que los doctrinarios comprenden bajo el nombre de derecho internacional consuetudinario, son moldeadas también por las prácticas normativas ejecutadas entre las instancias judiciales internacionales que los Estados suelen reconocer.

En este esquema es posible otorgar respuestas más esclarecedoras y concisas a las perplejidades que hemos visto que suelen ser grandes fuentes de debate en la doctrina del derecho internacional.

A. La costumbre instantánea

En contraste con el requisito habitual de la doctrina del derecho internacional consuetudinario que demanda una práctica general por un tiempo relativamente prolongado, también es posible encontrar la noción de la costumbre instantánea. Esta idea fue expuesta originalmente por CHENG en los años sesenta, señalando que la costumbre en el derecho internacional puede mutar en un instante, sin un mínimo de tiempo de práctica requerido, y posiblemente tampoco con una práctica generalizada, pero acerca de la cual es posible constatar un amplio consenso por parte de los Estados, una suerte de *opinio juris* de que esa práctica habría de ser una

⁵⁷ WOLFKE, 1964: 72.

norma de derecho internacional. De acuerdo con CHENG, esto podía constatarse, por ejemplo, en resoluciones de la Asamblea General⁵⁸. Pero la idea de la costumbre instantánea ha evolucionado, y es usual que también se refiera su existencia en resoluciones de la Corte Internacional como en *Mar del Norte, Nicaragua vs Estados Unidos*, o en la *opinión consultiva acerca de la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, en donde la Corte ha negado el requisito de la existencia de una práctica extendida en el tiempo y en donde se ha enfocado en determinar la existencia de una opinión favorable generalizada acerca de una práctica por parte de los Estados de la comunidad internacional⁵⁹.

La noción de una costumbre instantánea genera perplejidad no sólo entre los estudiosos del derecho internacional, sino que conceptualmente resulta contraintuitiva en sí misma. Usualmente se comprende que para que la realización de un cierto tipo de actos sea subsumida bajo el rótulo de «costumbre», los mismos deben haberse ejecutado en un número considerable de ocasiones en el pasado. Pero estos requisitos intuitivos son notoriamente imprecisos como para arrojar luz acerca del discernimiento de lo que constituye una costumbre.

Conceptualmente, ni las costumbres ni las convenciones requieren de un largo tiempo de práctica ni de muchas instancias de ejecución para ser tales. Como mínimo es posible concordar que las costumbres son una colección de tipos de actos reiterados ¿Cuántos habrían de ser repetidos? Posiblemente uno baste, y el lenguaje ordinario otorga indicios de esto. Juan le dice a su invitado Pepe que por favor tire la botella de plástico en el bote verde pues en su casa acostumbra a separar la basura por tipos. A todo esto, Juan recientemente había comprado contenedores separados y justo el día anterior por vez primera tiró su basura en recipientes diversos. ¿El enunciado en el que Juan afirma tener una costumbre de separar la basura es falso? No parece el caso. Tal vez se puede decir, con mayor precisión, que tiene una costumbre muy nueva o en ciernes, pero al fin una costumbre. Aunque vale recalcar, la mera intención no basta, al menos una primera de realización de la acción vez es necesaria para poner en marcha la costumbre. ¿Cuántas veces alguien no ha tenido la intención de asumir como costumbre levantarse temprano para ejercitarse, pero todo esto siempre queda

⁵⁸ THIRLWAY, 2003: 127.

⁵⁹ GUZMAN, 2005: 158; BEDERMAN, 2010: 147.

en una intención? –incluso cuando se ha comprado el equipamiento necesario⁶⁰. La intención sin la acción no cobra sentido material.

Existe un aspecto por destacar en la costumbre de Juan, y que no necesariamente tienen todas las costumbres en ciernes. Juan tiene la intención de repetir sus actos de separar la basura de modo que se prolonguen en el futuro. En cierto sentido, es posible decir que Juan se ha puesto como regla tirar repetidamente la basura en contenedores separados. Pero no todas las costumbres nacen con una intención de formar una práctica consuetudinaria y si en alguna ocasión no es ejecutada o simplemente es abandonada, la cuestión termina ahí sin mayor reproche. En este sentido es oportuno retomar a HART y asumir que cuando la costumbre no encuentra un ulterior elemento psíquico como un punto de vista interno, se trata de un mero hábito, pero cuando elementos como las intenciones y las expectativas acompañan a los actos que hemos realizado; y que por estos motivos pretendemos continuar realizando en el futuro, estamos ante costumbres normativas, es decir, reglas consuetudinarias.

Las normas consuetudinarias internacionales son grupales, no individuales, de modo que para existir requieren de la práctica general y de *opinio* de una parte considerable de los integrantes de la comunidad internacional. Frente a estas consideraciones, posiblemente se podría plantear que una costumbre nazca del consenso manifestado en una asamblea como una intención colectiva, pero esto encontraría por lo menos dos dificultades. Primero, habría que ponerlo en práctica una primera vez como mínimo, de lo contrario la costumbre ni siquiera habrá visto la luz, todo habrá sido simple intención⁶¹. Segundo, habría que examinar si la norma resultante en vez de ser consuetudinaria no es una forma de norma promulgada, resultado de un convenio, incluso si hubiera de denominársela *soft law*. De hecho, muchas

⁶⁰ Alguien podría objetar que un sujeto podría tener la intención de hacer ejercicio y hacerlo en una única ocasión para nunca más repetirlo; o hacerlo, pero ser muy intermitente. En ambos supuestos considero que es posible hablar de una costumbre, pero lo que genera duda es su calidad. Alguien que tenía la intención de realizar un deporte y lo hizo una única vez, fue poseedor de una costumbre, pero fue muy malo en mantenerla vigente. Respecto del que lo hace con intermitencia, podríamos decir que tampoco es muy disciplinado en llevar a cabo sus costumbres, añadiendo que lamentablemente también acostumbra a ser inconsistente.

⁶¹ Si se quiere, en términos ontológicos se tiene una norma, pero en términos epistémicos no es consuetudinaria, pues no ha cumplido con el requisito material de manifestarse en una práctica.

resoluciones y declaraciones de la Asamblea General suelen ser consideradas como *soft law* por carecer de elementos que concreten su fuerza vinculante en principio⁶².

Considero que es inadecuado hablar de la existencia de costumbres instantáneas o, mejor dicho, normas consuetudinarias instantáneas, en ausencia de práctica alguna por parte de los Estados⁶³. Pero existe la posibilidad de indagar el siguiente supuesto. Si por la idea *costumbre instantánea* aceptamos que la práctica puede haberse llevado a cabo en muy pocas instancias, incluso solamente una, un tribunal podría reconocer como norma de derecho internacional a una práctica ejecutada una o muy pocas veces, y en este caso, hablar de una norma consuetudinaria internacional instantánea, incluso siendo un aliciente para que los Estados la sigan observando y se consolide. No obstante, en el capítulo II se señaló que los sistemas se reconstruyen a partir de normas generales, y no de las individuales como las que se encuentran en sentencias particulares. La cuestión de la incorporación a un sistema se resolvería si la norma fuera adoptada de manera frecuente en resoluciones por ulteriores tribunales.

Pero uno de los aspectos que distinguen al derecho internacional del estatal o nacional es que en el primero, por ámbito o materia existe un único tribunal; es decir, son exclusivos, y también, se desahogan pocos casos al año. Por su parte, en el derecho nacional, con excepción de los tribunales supremos o equivalentes, existe una pluralidad de tribunales respecto de las diversas materias. En este sentido, el requisito de la generalidad se cumple con cierta facilidad, pues si un tribunal asume un criterio, en un tiempo relativamente corto es posible que se presenten casos similares para observar si otros jueces asumirán la utilización del mismo criterio y generan una norma general. Además, la exclusividad y el poco flujo de casos hacen que las resoluciones de los tribunales internacionales tengan mucha

⁶² El concepto de *soft law* es controversial y existen doctrinarios como RAUSTIALA que consideran que se trata de un mito, pues busca identificar algo que oscila entre ser una supuesta norma jurídica vinculante y no vinculante. Para RAUSTIALA, esto no es un concepto coherente pues las normas son vinculantes o no lo son. RAUSTIALA, 2005: 586 – 587. Considero que RAUSTIALA tiene un buen punto, y en efecto, las normas vinculan o no son normas. Entonces, buscando rescatar en su mejor luz el concepto, el *soft law* puede ser visto como un insumo en esperas de que se defina su normatividad, y del cual las partes han de considerar que los tribunales podrían asumir como criterio de resolución; en cierto sentido, que están facultados a tomar en cuenta para sus resoluciones. Una vez adoptado por los jueces, el *soft law* pierde su ambigüedad para definirse como vinculante, es decir, *law*.

⁶³ Si se quiere, en términos ontológicos, cuando se tiene una intención ideada, se cuenta con una norma (pues las normas existen con independencia de los hechos), pero en términos epistémicos no es consuetudinaria, pues no ha cumplido con el requisito material de manifestarse en una práctica.

notoriedad en la comunidad internacional, por lo cual, los Estados suelen considerarlos como derecho vigente *ipso facto*, adecuan sus actuares a esos criterios y los invocan como reglas de derecho internacional. Asimismo, la exclusividad de los tribunales orilla a que se ciñan a sus decisiones precedentes. Esto es, causaría mucha extrañeza que la Corte Internacional asuma un criterio para un tipo de caso y en uno ulterior resuelva de manera contraria. Por lo tanto, considero que para la reconstrucción de los sistemas jurídicos del derecho internacional es posible asumir que los criterios asumidos por los tribunales constituyen normas generales. Como conclusión, se puede hablar con cierta sensatez de normas instantáneas de derecho internacional consuetudinario si un tribunal las reconoce como derecho válido a pesar de la todavía escasa práctica por parte de los Estados.

Finalmente, una observación frecuente es que existen sucesos que generan una rápida evolución de las prácticas internacionales generalizadas y con esto se habla también de la creación de *costumbres instantáneas*. Tal fue el caso en 1945 cuando TRUMAN, entonces presidente de los Estados Unidos, proclamó que los recursos naturales que se encontraban en la plataforma continental frente a su costa territorial pertenecían a los Estados Unidos. A pesar de representar una desviación del derecho internacional del mar vigente, la declaración fue asumida sin protestas, y en adelante, y durante un periodo de cinco años, proliferaron este tipo de proclamaciones entre las naciones para explorar los recursos de sus plataformas continentales. No obstante, la declaración de TRUMAN no generó con propiedad derecho internacional consuetudinario instantáneo. En cambio, sí aceleró la formación de una costumbre que eventualmente sería reconocida por la Corte Internacional. A estos sucesos bisagra, que suponen un cambio acelerado en las costumbres internacionales, y que casi con certeza serán identificados por los tribunales como normas por reconocer, SCHARF los denomina *momentos grocianos*⁶⁴, pero son distintos propiamente de la costumbre, y más de la costumbre instantánea.

B. La generalidad

La generalidad de la práctica que supuestamente conforma las normas consuetudinarias es uno de los requisitos que más inquietud y escepticismo generan respecto de la existencia de

⁶⁴ SCHARF, 2014.

un genuino derecho internacional consuetudinario. Puntualmente, señala ROBERTS, el derecho internacional consuetudinario se revela inherentemente selectivo frente a la imposibilidad de analizar la práctica de casi 200 Estados. Esta selectividad expone que las normas consuetudinarias que son consideradas como parte del derecho internacional en realidad son el producto de algunos cuantos Estados, y los tribunales recurren a muy pocos hechos como evidencia para determinar su existencia⁶⁵. Por ejemplo, en el *caso S.S. Wimbledon* se reconoció que la neutralidad de los canales de paso en tiempos de paz y guerra es una norma reconocida por el derecho internacional consuetudinario, aunque para establecer esto se basó solamente en la Convención de Constantinopla de 1888 firmada entonces por apenas ocho naciones, y el Tratado Hay-Bunau Varilla firmado por los Estados Unidos y por Panamá.

No obstante, es posible encontrar ámbitos «clásicos» de derecho internacional que han sido regulados por la costumbre como prácticas ampliamente desarrolladas por los Estados. Las inmunidades diplomáticas, las reglas acerca de embarcaciones, las reglas para proteger a los propios ciudadanos frente a los Estados extranjeros e, incluso, la regulación nacional en materia migratoria, son consideradas como instancias en las que es posible encontrar prácticas en sentidos similares que constituyen normas consuetudinarias internacionales⁶⁶.

Entonces, es posible sostener que es cierto que existen normas de derecho consuetudinario que se han constituido por prácticas generalizadas por una gran parte los Estados de la comunidad internacional; y en ocasiones, de prácticas regionales generales. Pero no por esto la observación de ROBERTS ha de ser desestimada. En efecto, la doctrina suele considerar como parte del derecho internacional consuetudinario a reglas que no son producto de prácticas difundidas de manera general en la comunidad internacional. Esto requiere un esclarecimiento.

Los jueces cuentan con la última palabra en la determinación del derecho internacional válido, por lo que, como se ha expuesto, innegablemente implica que cuentan con una dimensión creativa por la cual forjan el derecho vigente. Sumado a esto, es

⁶⁵ ROBERTS, 2001: 767.

⁶⁶ BEDERMAN, 2010: 136.

importante no perder de vista que poseen un significativo margen de evaluación acerca de los hechos que consideran que prueban la existencia de una costumbre. Así, parece imposible negar que el requisito de la generalidad y la antigüedad de la práctica entre los Estados puede ser obviado a la luz de la evaluación y decisión de los jueces. En este sentido, la norma consuetudinaria que tiene origen en la práctica de unos cuantos Estados puede extender su validez para ser global debido a una decisión de un tribunal internacional. Esto se manifiesta en el usual recurso a casos paradigmáticos para invocar la universalidad de una supuesta regla consuetudinaria de derecho internacional, a pesar de que en ese caso apenas se haya constatado una escueta e incluso dudosa práctica estatal⁶⁷.

Entonces, la cuestión que permanecería por dilucidar sería si la norma en cuestión que ahora se ha tornado en derecho internacional vinculante para toda la comunidad es propiamente una norma consuetudinaria o una norma de creación judicial y, por tanto, un tipo de norma promulgada. En este caso, al igual que como se señaló con los tratados, la costumbre y las decisiones judiciales son medios por los cuales podemos saber que una norma de derecho internacional se encuentra vigente, y para estos efectos, pueden concurrir.

Una costumbre en ciernes y practicada entre muy pocos Estados puede ser la fuente de una decisión judicial. La decisión judicial, a su vez, reconoce a la norma como jurídica, pero ahora de observación general. Entonces, para que una norma consuetudinaria llegue a ser parte del derecho internacional, en principio no requiere de una práctica generalizada por parte de la mayoría de los Estados y, en cambio, el suceso que la haga general puede ser su reconocimiento por parte de un tribunal u organismo internacional.

⁶⁷ Un supuesto polémico se encuentra en los casos *Ensayos Nucleares (Francia vs Australia, y Francia vs Nueva Zelandia)*, en donde la Corte consideró que la práctica unilateral de Francia de declarar su intención de cesar de hacer ensayos nucleares atmosféricos en el mar Pacífico constituía una obligación contraída por parte de Francia de cesar estas actividades. Posiblemente este caso pueda ser comprendido en forma similar a la costumbre de Juan de tirar la basura en contenedores separados, aunque la costumbre de Francia se concrete en una acción negativa de no actuar. Asimismo, la regla podría ser comprendida como una regla consuetudinaria de la comunidad en el sentido de que, al hacer públicas sus intenciones, Francia generó expectativas en otros miembros de la comunidad internacional. No obstante, ciertamente, es dudoso afirmar que en efecto existe una práctica consuetudinaria si ésta no es meramente la de prometer abstenerse de realizar ciertas actividades.

C. *Jus cogens*

Uno de los principales indicios que apuntan hacia la conformación de ordenamientos jurídicos no primitivos –o en vías de evolución– se encuentra en la identificación de jerarquías normativas –o incluso, en vías de consolidación.

En la Convención de Viena del Derecho de los Tratados, la doctrina del derecho internacional ha consolidado el reconocimiento de que entre su normativa existen un tipo de normas que cuentan con la peculiaridad de ser perentorias y *erga omnes*. Me refiero a las normas de *jus cogens* que –señala la doctrina– son aceptadas y reconocidas por la totalidad de la comunidad internacional⁶⁸, no son modificables y, en general refieren a cuestiones elementales de derechos humanos y a la autodeterminación de los pueblos⁶⁹. Frente a estas consideraciones, las normas de *jus cogens* suponen la constitución de una jerarquía superior respecto del resto de la normativa internacional, sea consuetudinaria, por tratados, o de creación judicial.

Como apunta FOCARELLI, el *jus cogens* supone un constante problema teórico, puesto que la configuración de normas «supremas» capaces de imponerse a la práctica de los Estados que se manifiesta en costumbres generales y en tratados suscita que periódicamente resurjan propensiones por reconectar a la doctrina del derecho internacional con explicaciones provenientes de la dogmática del derecho natural o exposiciones de *realpolitik*⁷⁰. Sumado a esto, parte de las dificultades que incitan a estas tendencias es que, aunque se afirma que existe un *jus cogens* y ostensiblemente se hace referencia a que son normas en torno a temas de genocidio, apartheid, tortura, esclavitud o autodeterminación de los pueblos, la Convención no hace referencia explícita a cuáles son estas normas, por lo que permea la incertidumbre acerca cuáles sean estas normas y el alcance de sus efectos⁷¹.

⁶⁸ Es interesante resaltar que los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena son las únicas disposiciones que existen en tratados internacionales o convenciones relativas al *jus cogens*. FOCARELLI, 2008: 214.

⁶⁹ HERDEGEN, 2019: 155.

⁷⁰ FOCARELLI, 2008: 213.

⁷¹ Por ejemplo, cuando se señala que un tratado contraviene alguna norma de *jus cogens*, no es del todo claro si esto implica la invalidez general del tratado o sólo la invalidez de su aplicación para el caso concreto. La práctica se ha decantado por la segunda opción, aunque el artículo 53 de la Convención de Viena deja en claro que es el primer supuesto el que debería regir. Asimismo, también se ha supuesto que cuando se invoca la violación de *jus cogens*, esto implica necesariamente que la Corte Internacional de Justicia cuenta con competencia para conocer del caso, pero en el caso *Actividades armadas en el territorio del Congo (R.D. Congo vs Uganda)*, a

No es desventurado señalar que el *jus cogens* ha evolucionado para manifestar un contorno más definido a partir de la evolución del derecho internacional contemporáneo a inicios del siglo pasado, pero con particular impulso a partir de la Convención de Viena. No obstante, su estabilización en formas más definidas es un proceso relativamente reciente, y todavía existen muchos frentes abiertos de cara a su consolidación en reglas más concretas. Esto no significa que no se pueda ensayar una respuesta que no desplome en el total escepticismo y que no recurra a la dogmática moral para justificarlo.

Con el fin de erradicar los vestigios de dogmática iusnaturalista, primero es necesario desestimar la errada idea de que el *jus cogens* constituye la fuente superior del derecho intencional por encima de la costumbre y los tratados. Esto es confundir las fuentes con las jerarquías normativas. El *jus cogens* son normas que pueden provenir tanto de la práctica consuetudinaria como de la firma de tratados pero que, por su especial significación, la práctica y la doctrina que se ha desarrollado, las han colocado en un estrado superior respecto del resto de la normativa que compone al derecho internacional⁷². En este sentido, se trata de normas sustantivas que los tratados y las propias costumbres suelen acompañar de otras normas, como reglas que hacen que la obligatoriedad de éstas se extienda para ser *erga omnes* y otras que las consolidan como inderrotables e inmodificables (a menos que se encuentre con otra norma de *jus cogens*).

Frente a la indeterminación de su contenido, GARIBIAN y PUPPO plantean comprender la conformación de las normas de *jus cogens* a partir de una concepción convencionalista⁷³. La idea que impulsa la propuesta es que el contenido de las normas de *jus cogens* puede desprenderse del común denominador de las jurisprudencias de los tribunales de jurisdicciones internacionales y regionales. En este entendido, el modelo propugna por una diferenciación entre las invocaciones retóricas del concepto de *jus cogens* de aquellas normas que en efecto son reconocidas y aplicadas por los tribunales declarando efectos generales y perentorios.

pesar de que la Corte ha reconocido que han existido violaciones en materia de derechos humanos e interferencia territorial, ésta ha negado su competencia para actuar. (El caso permanece abierto y sin una resolución definitiva). FOCARELLI, 2008: 2017.

⁷² FOCARELLI, 2008: 216.

⁷³ GARIBIAN & PUPPO, 2012.

Es la actividad judicial la que permite que las normas identificadas por la doctrina como *erga omnes* e inderrotables sean positivizadas mediante creación jurisprudencial. También, estas decisiones contribuyen al perfeccionamiento de reglas de reconocimiento necesarias para identificar reglas pertenecientes a los sistemas del orden⁷⁴ y, con ello, construir jerarquías normativas en la medida en que las prácticas judiciales y sus resoluciones; su jurisprudencia, permiten distinguir cuáles normas se perfilan como jerárquicamente superiores.

Finalmente, existen dos cuestiones que no han de ser dejadas de lado. Primero, esta reconstrucción convencionalista del *jus cogens* no implica un arbitrio desbocado por parte de los jueces. Por el contrario, supone la construcción de normas *in foro* construidas a partir de la retroalimentación de jurisdicciones internacionales, regionales, nacionales, así como de insumos doctrinales, que conforman convergencia alrededor de ciertas temáticas que se consideran de especial relevancia para concretar cierta seguridad jurídica global⁷⁵. Segundo, considerando el impulso que han tenido las cortes internacionales en las últimas dos décadas, resolviendo cada vez mayor cantidad casos⁷⁶, el *jus cogens* se perfila cada vez en forma más concreta en cuanto a volumen y consistencia en las resoluciones de los tribunales internacionales como para estabilizar expectativas normativas⁷⁷ estimulando en las formas la agenda de un constitucionalismo global⁷⁸.

2. 4 Orden consuetudinario y dualismo internacional

Llegados a este punto es posible reafirmar la intuición de WOLFKE, y que bien había sido apuntalada también por KELSEN; de que son principalmente los tribunales internacionales los que, en tanto órganos de las comunidades de los Estados, crean por medio de sus decisiones el derecho internacional consuetudinario. En este sentido, son las normas consuetudinarias *in foro* las que se perfilan a definir cuáles son las normas consuetudinarias *in pays* que rigen entre los Estados y que son válidas conforme a las reglas de reconocimiento del derecho internacional. Esta perspectiva permite también comprender los motivos por los cuales la

⁷⁴ GARIBIAN & PUPPO, 2012: 35.

⁷⁵ GARIBIAN & PUPPO, 2012: 39 – 40.

⁷⁶ VON BOGDANDY & VENZKE, 2014: 1 – 2.

⁷⁷ VON BOGDANDY & VENZKE, 2014: 10 – 12.

⁷⁸ PETERS, 2009.

jurisprudencia internacional resulta vital para conocer el derecho internacional consuetudinario⁷⁹, tomando como foco casos emblemáticos en torno a diversas temáticas.

Desde esta perspectiva, es patente que son los tribunales internacionales los principales forjadores de las reglas de reconocimiento del derecho internacional y, en este sentido es que se reafirma adecuada y posible la intuición de reconstruir la serie de sistemas jurídicos que componen el orden internacional desde la perspectiva del juez. También, aunque los tribunales son los primordiales forjadores del derecho internacional, se reitera que esto no implica un arbitrio judicial desbocado, y no sólo por las propias normas *in foro* que en cierto sentido controlan la acción de los tribunales de modo gremial, sino también porque existen reglas secundarias de adjudicación y de cambio que encuentran su principal sostén en la práctica estatal. La práctica de signar tratados y convenios refleja a los primordiales instrumentos normativos mediante los cuales se fija la jurisdicción de los tribunales a nivel global y regional, pero son también los tratados en conjunción con la costumbre estatal –que tiende a ser expansiva– una forma de consolidación de reglas de cambio que eventualmente es posible constatar que son reconocidas y consolidadas por los propios tribunales.

Existen otros aspectos que han perfilado la evolución del derecho internacional hacia un carácter sistemático cada vez más finamente estructurado. La evolución de las jurisdicciones ha sido patente en los últimos años, al grado en que cada vez son más distinguibles criterios y procedimientos propios de los tribunales regionales. La consolidación de sistemas internacionales de carácter regional ha contribuido a que la recepción de la normativa internacional por parte del derecho estatal sea cada vez más directa y consistente. Asimismo, por el otro lado, considero que la cada vez más consistente y acelerada evolución del derecho internacional, ha ido de la mano de una capacidad más directa por parte de los tribunales regionales de estudiar y atender tanto las legislaciones como las resoluciones de los máximos tribunales estatales del globo.

Los anteriores fenómenos se han perfilado de manera cada vez más concreta hacia constitucionalismos regionales, así como a la construcción del constitucionalismo global anteriormente mencionado. Esto, no obstante, no constituye un argumento para promover

⁷⁹ KELSEN, 2012 [1939]: 39.

una visión monista acerca de la relación conceptual entre el derecho internacional y los derechos estatales.

Desde la perspectiva de la teoría general del derecho, KELSEN fue el primordial propulsor de una visión monista que supone la unidad entre el derecho internacional y el derecho nacional. En su visión, se trataría de una cuestión de carácter lógico. Para los efectos, sus argumentos son⁸⁰:

- 1) que no es posible distinguir la regulación de los asuntos internacionales de los locales por su contenido y, también
- 2) que el comportamiento de los Estados se reduce al comportamiento de los individuos que los representan, por lo que la diferencia entre el derecho nacional e internacional tampoco puede concernir a la conducta de los sujetos a los que regulan.

De existir una diferencia, ésta es relativa a la forma de creación: el derecho nacional es de creación directamente estatal, mientras que el derecho internacional es creado por la interacción y cooperación entre los Estados, sea por costumbre o por tratados. Así las cosas, si los dos ámbitos normativos son simultáneamente válidos, esto sólo es posible en la medida en que encuentran un fundamento común de validez que constituye un macro-ordenamiento. La tesis monista se puede reconstruir desde dos posibilidades⁸¹:

- a) Monismo internacionalista. El derecho estatal es parte del derecho internacional. La norma suprema del nacional es una norma de carácter internacional.
- b) Monismo estatalista. El derecho internacional es parte del derecho nacional. El derecho internacional es «externo» respecto de cada uno de los Estados, es decir, aquellas partes del derecho estatal que regula las relaciones del Estado con otros Estados. En esta versión, por consiguiente, no existe un único derecho internacional sino tantos ordenamientos internacionales como Estados.

KELSEN se inclina por la primera posibilidad, sometiendo el fundamento de validez de todo derecho estatal al ordenamiento internacional⁸². En este sentido, la norma básica del

⁸⁰ KELSEN, 2003 [1945]: 364.

⁸¹ GUASTINI, 2016 [2011]: 318 – 319.

⁸² KELSEN, 2003 [1945]: 366.

derecho internacional sería el fundamento último del derecho estatal. La *norma básica* es el sustento del derecho consuetudinario global estableciendo como válida la práctica del principio de *pacta sunt servanda* para el derecho de los tratados, mientras que el derecho estatal estaría respaldado por el principio de derecho internacional de la efectividad –un Estado es soberano si logra hacer cumplir su normativa en su territorio– que, como propone BACQUÉ, desde esta perspectiva ha de ser comprendido como el sustento normativo de todo derecho estatal⁸³.

El monismo carece de popularidad en la doctrina imperante del derecho internacional, en especial por los siguientes argumentos⁸⁴:

- 1) la soberanía estatal parece seguir imperando como factor dominante en las relaciones internacionales, pues los Estados no parecen comportarse primordialmente motivados por una supuesta normatividad internacional a la que se someten; y
- 2) el derecho internacional carece de mecanismos de sanciones centralizadas y de creación, por lo tanto, se revela esencialmente como un tipo de derecho distinto al estatal.

No obstante, estos argumentos serían inermes frente a la propuesta de KELSEN, puesto que se basarían en observaciones fácticas propias de la sociología o especulaciones psicológicas y no en las normas, que refieren a lo que debe ser, y que son el objeto de la teoría jurídica⁸⁵.

En efecto, la crítica al monismo no puede partir de observaciones de hecho cuando el problema es conceptualmente normativo. En este sentido, si la reconstrucción de los sistemas se apoya en la labor ordenadora de los juristas, no es conceptualmente inconcebible englobar toda la normativa existente y los diversos sistemas momentáneos en un todo y, en efecto, hablar de un orden jurídico global, de un *único* derecho con una *única* norma básica que otorga validez a toda norma jurídica concebible. Pero, la pregunta que se sigue posiblemente sea metateórica ¿qué sentido tiene esto, qué ventaja supone concebir así al derecho?

⁸³ BACQUÉ, 1964: 109 – 110.

⁸⁴ ARANGIO-RUIZ, 2003: 920.

⁸⁵ KELSEN, 2003 [1945]: 375.

Considero que ninguna ventaja y, por el contrario, la capacidad explicativa de la teoría perdería mucho si se carece de toda forma de distinción entre validez e invalidez. Incluso, con ROSS como referencia, es posible sospechar que esto nos llevaría a una suerte de explicación de derecho natural, pues todo el derecho sería válido por defecto, prescindiendo de cualquier hecho empírico observable, y sería conceptualmente imposible identificar cuándo existe una norma que confiere obligaciones y cuándo no⁸⁶.

La desazón de los tratadistas del derecho internacional con el monismo no atinará en los dilemas conceptuales, pero esto no significa que sus motivos no tengan forma de traducirse en una crítica adecuada en estos términos. Y es que, como hemos visto, la costumbre es una fuente normativa que por su propia dinámica tiende a expandirse, pero esto tampoco significa la existencia de *un todo* jurídico indiscriminado que pueda reconstruirse con cierta coherencia sistemática y que además permita plausiblemente reconducir toda la normativa del derecho internacional a un único fundamento de validez. En este sentido, el escepticismo de HART respecto de la sistematización del derecho internacional también recae en lo que él considera como una exageración, una formulación del principio de efectividad como manifestación de una norma consuetudinaria que funcione como regla de reconocimiento. El principio de eficacia, resumido en la fórmula de que «los Estados deben comportarse como acostumbran a hacerlo», no arroja luz alguna respecto de la forma en que la interacción entre los Estados genera reglas de derecho internacional⁸⁷, de hecho, remite a una suerte de regla tautológica que establece que cualquier cosa que un Estado haga genera una norma de derecho internacional sin importar cualquier otra consideración; esto es, caeríamos en la paradoja de la validez por defecto.

Siguiendo esta línea, GUASTINI señala que el principio de efectividad no es adecuado en modo alguno para elucidar la creación de alguna forma de competencia que otorgue poder normativo a los poderes constituyentes que conforman a los Estados. En todo caso, si el principio de efectividad ha de ser rescatado en algún sentido plausible para el derecho internacional, éste ha de entenderse como el hecho de que en la comunidad internacional se reconoce la existencia de poderes normativos preexistentes y *extra ordinem* internacional.

⁸⁶ Véase ROSS, 1991 [1961]: 24 – 26.

⁸⁷ HART, 1994 [1961]: 233 – 235.

Así se reconoce, por ejemplo, que el poder normativo del Estado de la India sobre su territorio existía con antelación e independencia de la normativa del orden internacional; es decir, que cualquier cosa que sea el orden jurídico hindú obedece a reglas de reconocimiento que no tienen conexión necesaria con las del derecho internacional. Entonces, si se prefiere, el principio de efectividad enuncia la existencia de una norma consuetudinaria que impera en la comunidad internacional de reconocer a los poderes normativos que logran regir en un territorio con independencia de cualquier consideración interna a la normativa internacional. Pero, en definitiva, no es sostenible que los poderes normativos de los Estados encuentren su fundamentación en el derecho internacional; como dice GUASTINI, éste se limita, por así decirlo, a tomar nota de su existencia⁸⁸.

Frente a estas consideraciones, es posible sostener que el orden jurídico internacional se reconstruye mejor desde la visión pluralista, incluso en su interior, tomando en cuenta la existencia de los ámbitos normativos regionales. En este sentido, es posible postular la existencia de diversas reglas de reconocimiento que se desarrollan en las costumbres y resoluciones normativas de los tribunales regionales, de la Corte Internacional de Justicia, pero incluso por temática como, por ejemplo, las reglas de reconocimiento que se vislumbran en la actividad del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, reglas que se ven estimuladas por las prácticas de los Estados que habiendo signado la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, actúan en consideración de las prácticas que los otros Estados realizan así como de los criterios que vislumbran que son respaldados por el Tribunal.

⁸⁸ GUASTINI, 2016 [2011]: 320.

Conclusions

In Chapter I it was pointed out that to speak of customary norms is to refer to social rules in force in a community, and that they are distinguished from mere habits by a normative element that is reflected in what HART called the critical-reflexive attitude that, in the facts, it is possible to infer by acts of social pressure, criticism of those who deviate from the pattern of conduct, or similar, but also when the pattern is stated as a justification of the conduct itself. Assuming this, the Chapter continues to inquire about the problem of the ontology of norms, since it is essential for the subsequent characterization of legal systems. Placing customary norms at the center of the debate, the work is inclined to accept the semantic stance about the ontology of norms, since this ontology is the one that proves to be adequate to account for the epistemic conditions from which we identify norms in general, but especially customary norms, among which, language (oral and written) is contingent –the primary reason why both the pragmatic and the eclectic conception fail.

Chapter II exposes that the condition that the rules must meet to be legal is to belong to a legal system, the fact that they entail a sanction being contingent. Therefore, the principles from which the reconstruction of legal systems is carried out were outlined in order to find out where customary norms can find a place –this considering that the reconstruction of legal systems usually focuses on the norms that result of the interpretation of the legislated or promulgated sources. The analysis found out that when speaking of customary norms in the practice of law, it is pertinent to identify two types:

- a) *In foro* norms, that are the result of the convergent practices between the judges in the tasks of identifying and applying the law.
- b) *In pays* norms, that are the product of convergent practices among the civil population.

The distinction turns out to be relevant since it displays that the determination of customary rules *in pays* is subject to customary rules *in foro* which gives them legal validity and, even, it is possible to say that to a certain extent they shape them in a somewhat different way of how they were originally practiced by the civil population. But the relevance of these rules goes further, since they also influence the interpretative dimension of legislative

sources, playing a role in determining the law in force as a matter of fact and not only on paper. In this sense, the customary norms *in foro* are manifested as indispensable for the integration of any legal order.

This line of inquiry led us to study the principle of *res judicata*. This principle plays an extremely important role in the constant determination of the law in force in the face of the impossibility of the legislator to foresee solutions for all possible cases, presenting problems of completeness, but also problems of consistency, since it is not feasible to think that there will always be solutions perfectly compatible with each other. These limits also explain the open nature of legal systems and the space in which judges find incentives to resort to *extra ordinem* sources that promote practices within judicial activity and, thus, the creation of customary norms *in foro* that channel the evolution of systems and the legal order of a society. The *in foro* norms also work as a conceptual instrument that mediates the theoretical tension between realism and positivist normativism by providing an explanation of legal norms created by the actual decisions of the judges, but, finally, according to normative criteria. In this sense, the *in foro* norms also provide an input that works as a bridge to explain the presence of irregular norms between the systems of the order, the most relevant ones being the unconstitutional norms. This conclusion, inevitably, invites us to study the concept of validity and to try providing an explanation.

The existence of a system is not equivalent to validity *tout court*, and it is not impossible to find invalid norms belonging to a system, so as norms valid in some sense but that do not belong to the system. Nonetheless, the notion of validity, of the fact that normative acts are measurable in relation to other norms previously belonging to the system, is very powerful and constantly invites us to refine the systems in the light of various inconsistencies that it is possible to find between the norms with the scope of obtaining an optimal system, a refined one without contradictions or gaps. Hence, Chapter II continues to explore the way in which the various practices in different areas of the same jurisdiction can produce incompatible norms is explored, even with respect to common legal provisions, in the face of this, the principle of *res judicata* comes into play as a resource to resolve contradictions to obtain optimized systems. The development of the practice of the principle of *res judicata*

also motivates the creation of *in foro* norms from which it is possible to identify which the actual law in force and, therefore, the positive law.

By conceptual necessity, in every legal order there is at least one ultimate norm that empowers judges to identify and apply the norms that are legal; that is the normative ground of the principle of *res judicata*. Chapter III opts for the Hartian rule of recognition as the ideal explanation about the operation of this ultimate rule. The reason for preferring it – and not the Kelsenian basic norm – is that it is a customary norm and, therefore, its existence is based on identifiable social facts.

The fact that the rule of recognition is a customary norm also has the advantage of allowing to investigate the conditions of its emergence and the way in which it evolves to take the step that allows passing from a primitive order –composed primarily of customary rules– to a complex order in which it is possible to conceive diverse social functions and, with it, discern the existence of secondary rules on the creation and modification of law, as well as adjudication rules. These inquiries have allowed us to glimpse that it is actually more plausible to conceive the existence of several rules of recognition, and also that all members of the population participate in their creation to some extent, although, particularly in contemporary complex systems that have rules on the division of powers, the judges take the lead in the identification and in the constant development of the recognition rules.

The fact that there is a plurality of rules of recognition invites us to question the unity and identity of legal systems. With the scope of elucidating this question, the controversy about whether the rules of recognition are merely conceptual rules or also entail obligations for judges is explored. Based on SEARLE observation that states that nothing prevents a rule from being constitutive and regulative at the same time, the research is inclined to recognize that the rules of recognition are conceptual while also imposing duties on judges, although the duties are not necessarily imposed through formal sanctions. In fact, this double quality would be inherent to the rules of recognition insofar as they are customary norms since customary norms tend to define modes of conduct as well as to motivate them. Finally, to answer the question of identity and unity, it is concluded that the rules of recognition fulfill this function due to their epistemic quality of being customary norms, which means that the community recognizes them as its own, because they are created and used by their own

members, which allows them to be distinguished from other norms with similar content but belonging to the legal orders of other communities.

The concept of rule or rules of recognition as the ultimate foundation of legal orders traditionally entails not little controversy in the developments of legal theory. As RAZ pointed out, the exposition of this concept by HART is far from enlightening and, actually, it usually generates several doubts. HART does not say much about the origin and evolution of this type of rules. According to his indications, we only know that the rule or rules of recognition are nothing more than social rules that are verifiable from the practice of judges. That is, they are conceptually customary norms. In this sense, to solve some of the perplexities that are more closely related to a theory that maintains that the ultimate foundations of all legal order are found in one or a few social rules, the Chapter IV seeks to be a deeper study about the epistemic and conceptual assumptions of social philosophy and metaphysics that underlie the idea of customary norms or social rules; that is, conventionalism.

Chapter IV refers to the inescapable foundations of both customary norms and, therefore, of any legal order in force if we are willing to maintain that its ultimate foundation of existence are rules of recognition; that is, it refers to the presuppositions of conventionalism as an explanatory support for social rules. With this in mind, at first it is relevant to point out that, effectively, social rules are the product of conventions and even that conventions are essentially types of rules. Subsequently, if the Chapter III addressed the way in which the rules of recognition can be created and evolve among the accumulation of social rules of a group, Chapter IV seeks to investigate a previous aspect to explain the way in which, in principle, a social group could generate conventional products such as social rules, even without having this possibility in mind.

Hence, Chapter IV develops and defines the way in which LEWIS' coordinative conventions are adequate for this aim. For this, GILBERT's criticism to LEWIS is generally refuted. That stance considers that conventional rules are necessarily the product of joint commitments sustained in a community, that they do not necessarily need to be practiced to exist, and that they necessarily constitute the identity of the group. On the contrary, the research confirms that, in essence, conventional rules are arbitrary since some other form of practice may have existed in place of the prevailing conventional rules. That conventional

rules do not require any form of commitment, and, in fact, they can arise from a very ingenuous way (to say) and keep being practices because of an infinity of reasons, despite the fact that it is considered that they are not necessarily the most appropriate rules. Also, Chapter IV faces MARMOR's criticism to show that, although he does not consider it possible, Lewisian coordinative conventions can also be constitutive and, indeed, that basically everything that requires the creation of a convention essentially refers to an underlying coordination problem, which does not imply –as MARMOR believes– that these are philosophically trivial questions, but rather the opposite, nor does it entail that the sole purpose of any conventional rule is to generate coordination.

The development of Chapter IV continues to outline problems of a somewhat more pragmatic nature, and that find a more immediate reflection in the problems that concern jurists. Then, since the formation of a customary norm implies its implementation, first the problem of rule-following is addressed from WITTGENSTEIN's postulates, that is, in what it consists of or what acts constitute obeying and applying a rule. The Kripkean proposal of democratic skepticism that advocates consensus as an answer is rejected, since this would imply a vicious circle because following a rule would be the result of observing another rule, that is, the rule of the majority; a rule that would be external to the original rule and to the act that purports to constitute its observance. Therefore, the approach of BAKER and HACKER is accepted as adequate, which states that WITTGENSTEIN never showed even a hint of skepticism about the existence of the rules or about the possibilities of their genuine observance, moreover, he also denied the existence of any element alien between the rule and the acts that constitute its fulfillment. In this line, following a rule –it is said– attends to an internal relationship between the rule and its actions; a relationship that is formed from a «training» that responds to our ways to be functional in society; something very similar to having a grammar for a language whose users can use it in various ways and still manage to understand each other.

The second aspect that is of particular interest to jurists –and to legal theory– is to understand in what sense a social conventional rule maintains its identity despite the evolution of its environment and, therefore, of itself in some way, as the conditions of its observance change. To explain the persistence of the identity despite the change, two ideas

with deep-rooted philosophical tradition are employed. The first is the direction of fit, which explains that the unpronounced spaces of penumbra about the fulfillment of a rule (about expectations and actions) between two or more individuals can give rise to spontaneous adjustments between individuals to coordinate and, therefore, introducing small changes in the conception of the rule. Related to the above, the second idea takes up the metaphors of the ship of NEURATH or the river of HERACLITO to point out that, while the changes are gradual, little by little, the identity of an object is maintained. For this, CANALE's exposition is taken, which –inspired by DELEUZE– explains that strictly speaking an act is never repeated, and that each instance of following a rule is an iteration that necessarily entails novel elements that can influence its eventual evolution and change over time.

The last two sections of the fourth chapter are focused on dealing with critics who consider conventionalism inadequate to form a consistent legal theory. The first critical line –of a positivist nature and mainly developed by GREEN– points out that conventionalism is inadequate to account for the norms that are not the product of spontaneous practices and, therefore, is not conducive to explaining the existence of legal authorities. In some ways, this critique bears resemblance to MARMOR's skepticism about the impossibility of coordinative conventions to also be constitutive conventions. Hence, in a similar line, it is answered that the problem does not lie in conventionalism itself, but in GREEN'S (neo)Austinian stance, which fails to see that even to have authorities we require conventional rules to coordinate us in considering that a certain subject is an authority and that his commands are valid rules from the moment he issues them, even if they have not yet been obeyed.

The second critical line –developed by DWORKIN– is the one that has gained more popularity and, in this sense, has involved the front of more direct attacks on conventional positivism. However, it is pointed out, the challenge that DWORKIN addresses to positivist conventionalism lays a trap since it makes a biased characterization of it to show that it is incapable of doing something that this theory never intended in principle, that is, to show itself as an adequate theory of the interpretation that manages to account for the justifying dimension of the practice of law. In this sense, it is shown that the characterization is not adequate even because it starts from DWORKIN's own biases, who directly does not believe to the positivists the fact that his project can be purely descriptive and, on the contrary, he

considers that all description necessarily implies justifying. So, for DWORKIN, the theory of law can only be a theory of interpretation that is justificatory of the practice, something that positivism never intended to do.

Therefore, DWORKIN complains against conventionalist positivism the fact of not being able to account for the disagreements in law since the model of rules is very limited, ignoring that the practice is also based on principles and on a moral dimension to which the jurists appeal when they make propositions of law in which the existence of duties is asserted. This criticism is strong and has been assumed by various theorists in principle related to the theoretical postulates of positivism. However, it is explained that it is wrong to assume DWORKIN's criticism as correct since, as it is shown, conventionalism does not display the faults of which it is accused, simply because what DWORKIN illustrates is not a model of conventionalism. On the contrary, it is argued that DWORKIN does not really understand conventionalism, which is shown by the fact that he makes trivial or ill-instructed attacks. This clears the way to the conclusion of Chapter IV, which seeks to be a form of redemption of conventionalism, to explain that a common misunderstanding about it lies in not understanding that a fairly intuitive rationality is assumed by the agents that generate the conventions, a heuristic rationality, and not just a calculator rationality, typical of the reasoning used to negotiate and to make expressed agreements. Subsequently, it is explained that, although it is true that conventionalism assumes as relevant the information in the sentences that jurists make to account for the law, this is not the only information apprehended and that, in fact, what constitutes a legal norm is not reduced to the contents of the propositions of law made by judges in particular. The norms are the product of generalized convergent practices, that is, of the common denominator of what judges and jurists say and –above all– do, not of individual propositions.

Chapter V addresses a doctrinal issue, and its purpose is to examine the traditional dualist scheme that advocates that customary norms, to be legal, are necessarily composed of two elements: An *usus* plus an *opinio juris sive necessitatis*. In this sense, this section examines the scheme and the expositions that have traditionally been made of its elements, of which the second one has been proverbially problematic.

Regarding the *usus*, the various elements that the doctrine historically considers that the practice of a customary rule must comply with to be such are analyzed and, conceptually, it is concluded that it is only required that it be binding (without which it could not constitute a rule by definition), that it be observed by a certain generality of the population in which it governs and, finally, that the practice be public, in the sense that they are acts that can be socially known so that it can be replicated. For a rule to be legal, it is only required that it be adopted by a system of the legal order. With this consideration in mind, antiquity, continuity, peacefulness, reasonableness, and certainty are discarded as necessary requirements of customary legal norms, and consistency, all aspects which are contingent.

Also, traditionally, the *opinio juris* has been characterized as the impulse to follow a practice because it is thought or felt that this fulfills a legal obligation. Among positivist thinkers there is agreement that this definition is undoubtedly unsatisfactory, but otherwise there is little agreement about what to do with the *opinio* or how to characterize it. It is concluded that any claim to eradicate this element completely is inadequate. In the case of BOBBIO, who advocates understanding the essential rules for any civilized order as customary law, because this proposal leads to further controversy about what those rules are, and if they really exist. POSTEMA, instead, proposes to focus on the *usus* to attend to the way in which the participants justify their practices within the discursive practice of law. The proposal fails because it encourages to look for something more than the practice, to the justified reasons, which could well be assimilated to something like the *opinio*.

Chapter V continues to examine the proposals of those that have sought to provide explanations of the *opinio juris* that are not limited to pointing out that it is the set of individual mental states, but rather as the product of reasoning that can be understood from the circumstances of social interaction. The first of these models is the consensual model, proposed by CHIASSONI based on FINNIS. This explanation indicates that the *opinio juris* can be understood as the product of the practical reasoning of a few individuals who consider it desirable for a certain rule to exist in a specific domain and, therefore, put it into practice so that it spreads throughout the community. This model, it is pointed out, would not be adequate to speak of an *opinio juris* as a generalized element among all practitioners of the rule, but only for those who devised it, the rest of those who follow it could do so for an

infinite number of different reasons without knowing about the original desires and intentions of those that devised it and who began its practice. The second model is the anthropological one, proposed by LAZZARO. This explanation is based on the idea of reciprocal expectations, and is considered correct in general, as it is consistent with the assumptions of conventionalism, since it considers that rules evolve as practices that arise from social needs and that are consolidated in the face of expectations that others will be computed in a similar way.

Concordantly, it is indicated that it is not possible to deny that among the members of a group that carry out a practice there is something more than a mere *usus*. Precisely, the fact that there is something else is what makes the rule, the fact that they consider that there is something that is due or required, and that not complying with it has some form of consequences. That is, the rule ontologically resides in the *opinio*. For this, it is stated that, in any case, the characterization as *opinio juris* is not totally adequate, since it is not required that the members consider that the practice is a legal requirement. The norm will be legal when the system adopts it, therefore, it is more precise to talk of an *opinio sive necessitatis*. Finally, it is inquired about how an *opinio* can be shaped out from heuristic reasoning that in principle explains the creation of a habit, that generates a pattern of behavior that evolves to consolidate expectations on which individuals base their calculations of social action, that they are generalized until they actually make social rules and that there is an *opinio* that this pattern of behavior is socially enforceable, and that criticism is justified regarding those who perform contrary behaviors in the context of action in which the rule is enforceable.

Chapter VI, the last one, has the purpose of demonstrating that what has been developed regarding the conceptual problems of customary norms and legal systems is conducive to being referred to the study of Public International Law in which, it is reputed, custom is the primordial source. With these aims, the development of the Chapter unfolds on two fronts. The first tries to use the philosophical postulates in matters of ontology and epistemology of the norms to reveal misunderstandings and perplexities that arise around custom as a source of international law and the ways in which the courts presumably determine its existence. The conclusion is that customary norms are binding by definition and that, contrary to what is maintained, conceptually there are no customary norms

composed exclusively of *usus* or exclusively by *opinio*, but there are also no such thing as «old» and «new» legal customs nor a need to reconcile them from an interpretive scheme that manages to justify their existence. In this sense, in the face of what in the contemporary doctrine seems to be a persistent concern to justify the existence of customary international law, what is called the «natural law vestige» is addressed to refute the not infrequent notion that considers that the international law must tend a bridge between positive law manifested in recurrent practices, and natural law as moral aspirations to which this regulation points.

The second front of the sixth chapter is focused on demonstrating that, contrary to what HART considered, the fact that Public International Law is based mainly on customary sources does not make it a prominently static law, nor does it mean that it lacks conditions and complexity to be reconstructed in systemic terms. In this sense, it is argued, contemporary international law, primarily based on custom, has found a very powerful allied tool in treaties to enhance customary regulations and, to a certain extent, achieve higher levels of centrality in terms of configuring judicial bodies and organizations with certain administrative tasks and analogous to legislative production. This means, broadly, that in international law it is possible to find rules of change and rules of adjudication and, with this, rules of recognition, everything that points to systemic reconstructions that allow sustaining the existence of international legal systems, even though they do not have the refinements and dynamics identical to those of State law. But, also, as D'AMATO manifests, with State law, international law shares methods, concepts, and principles. In this sense, reaffirming the thesis of the systemic properties of international law, the relevance of judicial practices to define what is the law in force is highlighted, which even assists in forging the customary legal norms practiced by citizens or, in the case of international law, of States.

To conclude the last Chapter, in the face of the enthusiasm that can be presented about the systemic possibilities of the international order, a brief disquisition is made to refute the thesis of monism between international law and national law as supported by the same foundation and, therefore, composing *a single law* as KELSEN argued. On the contrary, it is concluded that this is not only implausible, but also does not add anything to the understanding of international regulation. Although custom tends to be expansive, and the refinement of international law has led to ever greater focal points of normative and

adjudicative centralization, this is not enough to affirm the unity and identity between international law and national law. On the contrary, each order, the national and the international one, but even the regional ones, although they find ever more concurrence in substantial aspects, such as in matters of human rights, they still also continue to show signs of independence and of attending to various rules of recognition that sustain them as conceptually independent orders.

Finally, as a general conclusion, I consider that it has been shown that custom as a source of law, the operation of customary norms, is not at all something trivial or superfluous in contemporary law in general, nor even in the continental civil law systems that rely primarily on legislation (concentrated on codification) as a source of production and operation of law. In this sense, taking seriously the relevance of judicial practices, the ways in which they become normative within the judiciary to generate customary *in foro* norms, manifests particular relevance to understand the most diverse aspects of the actual practice of the law of a community based on aspects such as the creation on law based on the interpretive practices that open and close the legal systems, the dimension of common understanding that society and the authorities have of the legal regulations in force, as well the common criteria they share to reach an understanding about the ultimate indications of normative foundation (validity) that factually operate to constitute the legal order that a community has and, which I consider, are included in the notion of rule of recognition.

Bibliografía

- AKEHURST, M., 1976, «Custom as a Source of Law», *British Yearbook of International Law*. Vol. 47, No. 1: 1 – 53.
- ALCHOURRÓN, C., 2000, «Sobre lógica y derecho», trad. de J. L. RODRÍGUEZ y S. MALITELLO, *Isonomía*, No. 13: 11 – 33.
- ALCHOURRÓN C. & BULYGIN, E., 1975, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea.
- ALCHOURRÓN, C. & BULYGIN, E., 1981, «La concepción expresiva de las normas», en ALCHOURRÓN C. & BULYGIN, E., 1991, *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ALCHOURRÓN, C. & BULYGIN, E., 1983, «Definiciones y normas», en ALCHOURRÓN, C. & BULYGIN, E., 1991, *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ALCHOURRÓN, C. & BULYGIN, E., 1991, *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ALCHOURRÓN, C. & BULYGIN, E., 1997 [1979]: *Sobre la existencia de las normas jurídicas*. México: Fontamara.
- ALSTON, W., 1964, *Philosophy of Language*, Nueva Jersey: Prentice-Hall Inc.
- ANOMALY, J. & BRENNAN, G., 2014, «Social norms, the invisible hand, and the law», *University of Queensland Law Journal*, Vol. 33, No. 2: 263 – 283.
- ANSCOMBE, G. E. M., 1963, *Intention*, 2ª ed., Cambridge (MA): Harvard University Press.
- ARAJÄRVI, N., 2014, *The Changing Nature of Customary International Law*, Nueva York: Routledge.
- ARENA, F., 2009, «El carácter convencional del derecho», *Discusiones*, No. XIX: 185 – 192.
- ARENA, F., 2014, *El convencionalismo jurídico*, Madrid: Marcial Pons.
- ARENA, F., 2019a, «Conventionalism Unchained and Sceptical. A Defense of a Quasi-Realist Account of Legal Statements Against Dworkin's Criticisms», en RAMÍREZ LUDEÑA, L. y VILAJOSANA J. (eds.), *Legal Conventionalism*, Dordrecht: Springer.
- ARENA, F. 2019b, *Doveri giuridici, interpretazione, proiettivismo*, Génova: Genova University Press.
- ARIELY, D., 2008, *Predictably Irrational*, Nueva York: Harper Collins Publishers.

- ATIENZA, M., 1987, «Para una razonable definición de lo “razonable”», *Doxa*, No. 4: 189 – 200.
- ATIENZA, M., 1997, *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid: Civitas.
- ATRIA, F. *et al*, 2005, *Lagunas en el derecho*, Madrid: Marcial Pons.
- ARANGIO-RUIZ, G. 2003, «Dualism Revisited. International Law and Interindividual Law», *Rivista di Diritto Internazionale*, Vol. LXXXVI, Fas. 4: 909 – 999.
- ARASZKIEWICZ, M., BANAŚ, P., GIZBERT-STUDNICKI, T. y PLESZKA K. (eds.), 2015, *Problems of Normativity, Rules and Rule-Following*, Dordrecht: Springer.
- AUSTIN, J., 1995 [1832], *The Province of Jurisprudence Determined*, Londres: Cambridge University Press.
- BACQUÉ, J., 1964, «Une pyramide aplatie», *ASRP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Vol. 50, No. 1: 105 – 1110.
- BAKER, G. P. & HACKER, P. M. S., 2009 [1985], *Wittgenstein: Rules, Grammar and Necessity*, Singapur: Wiley-Blackwell.
- BAKER, J., 2019, *An Introduction to English Legal History* (5a. ed.), Oxford: Oxford University Press.
- BARBERIS, M., 1997, «Conjuntos y sistemas. Una objeción a Alchourrón y Bulygin», *Doxa*, No. 20: 23 – 52.
- BAYÓN, J. C., 1991, *La normatividad del derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- BAYÓN, J. C., 1996a, «Partecipanti, osservatori, e identificazione del diritto», trad. de P. CHIASSONI, en COMANDUCCI, P. y GUASTINI, R., 1996, *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Turín: G. Giappichelli.
- BAYÓN, J. C., 1996b, «Proposiciones normativas e indeterminación del derecho», en BAYÓN, J. C. y RODRÍGUEZ, J. L., 2003, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BAYÓN, J. C., 2002, «Derecho, convencionalismo y controversia», NAVARRO, P. & REDONDO, M. (eds.), *La relevancia del derecho*, Barcelona: Gedisa.
- BAYÓN, J. C. y RODRÍGUEZ, J. L., 2003, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BEDERMAN, D., 2010, *Custom as a Source of Law*, Nueva York: Cambridge University Press.
- BEN-MENAHM, Y., 2006, *Conventionalism*, Nueva York: Cambridge University Press.
- BENTHAM, J., 1970, *Of Laws in General* (ed. de H. L. A HART), Londres: The Athlone Press University Press.

- BENTHAM, J., 1977, *A Comment on the Commentaries and A Fragment of Government* (ed. de J. H. Burns & H. L. A. Hart), Oxford: Clarendon Press.
- BENTHAM, J., 1985 [1776], Fragmento sobre el gobierno, trad. de J. Larios Ramos, Madrid: SARPE.
- BENTHAM, J., 2010 [1789], *Of The Limits of the Penal Branch of Jurisprudence* (ed. de Philip Schofield), Oxford: Clarendon Press.
- BESSON, S., 2010, «Sources and the Legality, Normativity, and Legitimacy of International Law», en BESSON, S., & TASIOLAS, J. (eds.), *The Philosophy of International Law*, Nueva York: Oxford University Press.
- BESSON, S., & TASIOLAS, J. (eds.), 2010, *The Philosophy of International Law*, Nueva York: Oxford University Press.
- BICCHIERI, C., 2006, *The Grammar of Society*, Nueva York: Cambridge University Press.
- BIX, B., 1993, *Law, Language and Legal Determinacy*, Nueva York: Oxford University Press.
- BIX, B., 2015, «Rules and Normativity in Law», en ARASZKIEWICZ, M., BANAŚ, P., GIZBERT-STUDNICKI, T. y PLESZKA K. (eds.), *Problems of Normativity, Rules and Rule-Following*, Dordrecht: Springer.
- BLACKBURN, S., 1984, *Spreading the Word*, Nueva York: Clarendon Press.
- BLACKBURN, S., 2008, *How to Read Hume*, Londres: Granta Books.
- BLACKSTONE, W., 2016 [1765], *Commentaries on the Laws of England. Book I: Of the Right of Persons*, Nueva York: Oxford University Press.
- BOBBIO, N., 1962, «Consuetudine (teoria generale)», en BOBBIO, N., 1994, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Turín: G. Giappichelli Editore.
- BOBBIO, N., 1991 [1965], *El problema del positivismo jurídico*, trad. de E. GARZÓN VALDÉS, México: Fontamara.
- BOBBIO, N., 1994, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Turín: G. Giappichelli Editore.
- BOBBIO, N., 1996 [1979], *Il positivismo giuridico*, Turín: G. Giappichelli Editore.
- BOBBIO, N., 2001 [1958], *Teoria da Norma Jurídica*, trad. de F. PAVAN BAPTISTA & A. BUENO SUDATTI, São Paulo: EDIPRO.
- BOBBIO, N., 2010 [1942], *La consuetudine come fatto normativo*, Turín: G. Giappichelli Editore.
- BOUZAT, A., CANTARO, A. & NAVARRO P., 2007, «El fundamento jurídico de un derecho de necesidad», *Discusiones*, No. VII: 113 – 154.

- BRATMAN, M., 1992, «Shared Cooperative Activity», *The Philosophical Review*, Vol. 101, No. 2: 327 – 241.
- BRETONE, M. y TALAMNCA, M., 1981, *Il diritto in Grecia e a Roma*, Roma-Bari: Laterza Editori.
- BULYGIN, E., 1965, «El concepto de eficacia», en KELSEN, H., BULYGIN, E. & WALTER, R., *Validez y eficacia del derecho*, Buenos Aires: Astrea-IIIJ-UNAM.
- BULYGIN, E., 1966, «Sentencia judicial y creación del derecho», en ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991, *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- BULYGIN, E., 1976, «Sobre la regla de reconocimiento», en ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991, *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- BULYGIN, E., 1982, «Tiempo y validez», en ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991, *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- BULYGIN, E., 1990, «Validez y positivismo», en ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E., 1991, *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- BULYGIN, E., 1991, «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», *Doxa*, No. 9: 257 – 279.
- BULYGIN, E., 1994, «On Legal Interpretation», en KOCH, H.J. & NEUMANN, U. (eds.), *Praktische Vernunft und Rechtsanwendung*, ARSP, Franz Steiner Verlag: Stuttgart.
- BULYGIN, E., 1995, «Cognition and Interpretation in Law», en GIANFORMAGGIO, L. y PAULSON, S (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, Turín: Giappichelli.
- BULYGIN, E., 1998, «Sobre observadores y participantes», *Doxa*, No. 21-1: 41 – 48.
- BULYGIN, E., 2003, «El papel de la verdad en el discurso normativo», *Doxa*, No. 26: 79 – 85.
- BULYGIN, E., 2005a, «El problema de la validez en Kelsen», en KELSEN, H., BULYGIN, E & WALTER, R., *Validez y eficacia del derecho*, Buenos Aires: Astrea-IIIJ-UNAM.
- BULYGIN, E., 2005b, «Creación y aplicación del derecho», en ATRIA, F. *et al*, 2005, *Lagunas en el derecho*, Madrid: Marcial Pons.
- BULYGIN, E., 2005c, «En defensa de El Dorado. Respuesta a Fernando Atria», en ATRIA, F. *et al*, *Lagunas en el derecho*, Madrid: Marcial Pons.
- BULYGIN, E., 2009, «La creación judicial del derecho», en BULYGIN, E., ATIENZA, M. y BAYÓN, J. C., 2009, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del derecho*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- BULYGIN, E., ATIENZA, M. y BAYÓN, J.C., 2009, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del derecho*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

- BULYGIN, E. y MENDONCA, D., 2005, *Normas y sistemas normativos*, Barcelona: Marcial Pons.
- BURAZIN, L. & RATTI, G. B., 2018, «Rules(s) of Recognition and Canons of Interpretation» en CHIASSONI, P. y SPAIĆ, B. (eds.), 2021, *Judges and Adjudication in Constitutional Democracies: A View from Legal Realism*, Dordrecht: Springer.
- CANALE, D., 2008, «Paradossi della consuetudine giuridica», en ZORZETTO, S. (ed.), *La consuetudine giuridica*, Pisa: Edizioni ETS.
- CANALE, D., 2019 «Consuetudine, norma di riconoscimento, normatività. Ovvero, Deleuze e il problema della ripetizione», *Diritto e questioni pubbliche*, Vol. XIX, No. 2: 61 – 83.
- CARACCILOLO, R., 1977, «Interpretación de sentido y conocimiento jurídico», en CARACCILOLO, 2009, *El derecho desde la filosofía*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- CARACCILOLO, R., 1988, *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- CARACCILOLO, R., 1991, «Sistema jurídico y regla de reconocimiento», *Doxa*, No. 9: 295 – 309.
- CARACCILOLO, R., 1997, «Existencia de normas», *Isonomía*: No. 7: 159 – 178.
- CARACCILOLO, R., 2000, «Sistema jurídico», en GARZÓN VALDÉS, E. y LAPORTA, F. (eds.), *El derecho y la justicia*, 2ª ed., Madrid: Trotta
- CARACCILOLO, R., 2008, «Un dilema en torno a la naturaleza de las normas», *Doxa*, No. 31: 91 – 103.
- CARACCILOLO, R., 2009, *El derecho desde la filosofía*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- CARNAP, R., 1936, «Testability and Meaning», *Philosophy of Science*, Vol. 3, No. 4: 419 – 471.
- CARNAP, R., 2000 [1937], *The Logical Syntax of Language*, Oxford: Routledge.
- CASTEÑEDA, H., 1975, *Thinking and Doing*, Dordrecht: D. Reidel Publishing Company.
- CELANO, B., 1995, «Consuetudini, convenzioni», en CELANO, B. 2010, *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, Roma: Aracne.
- CELANO, B., 1996, «Consuetudine e norme sulla produzione di norme», en CELANO, B. 2010, *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, Roma: Aracne.
- CELANO, B., 2003, «La regola di riconoscimento è una convenzione?», en CELANO, B. 2010, *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, Roma: Aracne.
- CELANO, B., 2010, *Fatti istituzionali, consuetudini e convenzioni*, Roma: Aracne.
- CELANO, B., 2016, «Pre-conventions», trad. de M. SEGATTI, *Revus*, No. 30: 9 – 32.

- CERDIO, J, DE LARRAÑAGA, P. y SALAZAR, P. (eds.), 2017, *Entre la libertad y la igualdad. Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez*, Tomo II, México: UNAM.
- CHIASSONI, P., 2008, «Tres buenos filósofos contra las malas costumbres», trad. de F. ARENA, *Doxa*, No. 31: 105 – 142.
- CHIASSONI, P., 2009, *L'indirizzo analitico nella filosofia del diritto*, Turín: G. Giappichelli.
- CHIASSONI, P. & SPAIĆ, B. (eds.), 2021, *Judges and Adjudication in Constitutional Democracies: A View from Legal Realism*, Dordrecht: Springer.
- COLEMAN, J., 1982, «Negative and Positive Positivism», *The Journal of Legal Studies*, Vol. 11, No. 1, 139 – 164.
- COLEMAN, J., 1998, «Incorporationism, Conventionality and the Practical Difference Thesis», *Legal Theory*, Vol. 4, 4: 381 – 425.
- COLEMAN, J., 2001, *The Practice of Principle*, Nueva York: Oxford University Press.
- COMANDUCCI, P. & GUASTINI, R., 1996, *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Turín: G. Giappichelli.
- COOTER, R. & ULEN, T, 2012, *Law & Economics*, 6ª ed., Boston: Addison-Wesley.
- CRARY, A., & READ, R. (eds.), 2000, *The New Wittgenstein*, Londres: Routledge.
- D'AMATO, A., 1965, «The Neo-Positivist Concept of International Law», *The American Journal of International Law*, Vol. 69: 321 – 324.
- D'AMATO, A., 1971, *The Concept of Custom in International Law*, Ithaca (NY): Cornell University Press.
- D'AMATO, A., 1987, «Trashing Customary International Law», *The American Journal of International Law*, Vol. 81, No. 1: 101 – 105.
- DEHAENE, S., 2018 [2006], *En busca de la mente*, trad. L. PADILLA LÓPEZ, Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- DEI VECCHI, D., 2017a, «Enunciados no comprometidos y punto de vista jurídico: Una perspectiva renovada», *Crítica*, Vol. 49, No. 147: 91 – 121.
- DEI VECCHI, D., 2017b, «¿Profundización o caída del realismo jurídico como teoría descriptiva de normas?», *Isonomia*, Vol. 49, No. 147: 9 – 38.
- DUNBAR, N. C. H., 1978, «The Myth of Customary International Law», *Australian Yearbook of International Law*: 1 – 19.
- DWORKIN, R., 1978, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (MA): Harvard University Press.
- DWORKIN, R., 1986, *Law's Empire*, Cambridge (MA): Harvard University Press.

- DWORKIN, R., 2011, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge (MA): Harvard University Press.
- ELLICKSON, R., 1991, *Order without Law*, Cambridge (MA): Harvard University Press.
- ELSTER, J., 1978, *Logic and Society*, Nueva York: John Wiley & Sons.
- ENDICOTT, T., 1998, «Herbert Hart and the Semantic Sting», *Legal Theory*, Vol. 4: 283 – 300.
- ENDICOTT, T., 2001, «Are There Any Rules?», *The Journal of Ethics*, Vol. 5, No. 3: 199 – 220.
- ENDICOTT, T., 2020, «What use has approved», en *Ratio*, Vol. 33: 220 – 231.
- EPSTEIN, B. 2015, *The Ant Trap. Rebuilding the Foundations of the Social Sciences*, Oxford: Oxford University Press.
- EVANS, M. (ed.), 2003, *International Law*, 5a. ed., Oxford: Oxford University Press.
- FERRER BELTRÁN, J., 2000, *Las normas de competencia*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- FERRER BELTRÁN, J., 2010, «Sobre la posibilidad del error judicial y los desacuerdos irrecusables en el derecho. Once comentarios a la tesis de José Juan Moreso», en MORESO, J. J., PRIETO, L. y FERRER BELTRÁN, J., *Los desacuerdos en el derecho*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- FERRER BELTRÁN, J., & RODRÍGUEZ, J. L., 2011, *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid: Marcial Pons.
- FINNIS, J., 2011 [1980], *Natural Law & Natural Rights*, 2ª ed., Nueva York: Oxford University Press.
- FISH, E., 2016, «Choosing Constitutional Remedies», *UCLA Law Review*, 63, 322 – 386.
- FITTIPALDI, E. & TIMOSHINA, E., 2017, «Theory of Custom, Dogmatics of Custom, Policy of custom: On the Threefold Approach of Polish-Russian Legal Realism», *Ratio Juris*, Vol. 30, No. 1: 105 – 122.
- FOCARELLI, C., 2008, *Lezioni di Diritto Internazionale I. Il sistema degli Stati e i valori comuni dell'umanità*, Padova: CEDAM.
- FORST, R., 2017, *Normativity and Power*, trad. de trad. de C. CRONIN, Oxford: Oxford University Press.
- FULLER, L., 1958, «Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart», *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, 630 – 672.
- FULLER, L., 1968, *The Anatomy of Law*, Suffolk: Penguin Books.
- GANS, C., 1981, «The Normativity of Law and its Co-ordinative Function», *Israel Law Review*, Vol. 16, No. 3: 333 – 349.

- GARCÍA-CARPINTERO, M., 1996, *Las palabras, las ideas y las cosas*, Madrid: Ariel.
- GARDNER, J., 2012, *Law as a Leap of Faith*, Oxford: Oxford University Press.
- GARIBIAN, S., & PUPPO, A., 2012, «Acerca de la existencia del *jus cogens* internacional: Una perspectiva analítica y positivista», *Isonomía*, No. 36: 7 – 47.
- GARZÓN VALDÉS, E. y LAPORTA, F. (eds.), 2000, *El derecho y la justicia*, 2ª ed., Madrid: Trotta
- GAZZANIGA, M., 1985, *The Social Brain*, Nueva York: Basic Books Inc.
- GILBERT, M., 1989, *On Social Facts*, Princeton (NJ): Princeton University Press.
- GILBERT, M., 2001, «Collective preferences, obligations, and rational choice», *Economics & Philosophy*, Vol. 17, No. 1: 109 – 119.
- GILBERT, M., 2008, «Social Convention Revisited», *Topoi*, 27: 5 – 16.
- GOLDSMITH J. & POSNER, E., 1999, «A Theory of Customary International Law», *University of Chicago Law Review*, Vol. 66, No. 4: 1113 – 1177.
- GOLDSMITH J. & POSNER, E., 2005, *The Limits of International Law*, Nueva York: Oxford University Press.
- GRADONI, L., 2012, «Consuetudine internazionale e caso inconsueto», *Rivista di Diritto Internazionale*, Vol. XCV, No. 3: 704 – 720.
- GRAY, J.C., 1972 [1909], *The Nature and the Sources of the Law*, Glouchester (MA): Peter Smith.
- GREEN, J., 2016, *The Persistent Objector Rule in International Law*, Oxford: Oxford University Press.
- GREEN, L., 1985, «Authority and Convention», *The Philosophical Quarterly*, Vol. 35, No. 141, 329 – 346.
- GREEN, L., 1999, «Positivism and Conventionalism», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. XII, No. 1, 35 – 52.
- GREEN, L., & LEITER, B., 2011, *Oxford Studies in Philosophy of Law: Volume 1*, Oxford: Oxford University Press.
- GRICE, H. P., 1975, «Logic and Conversation», en GRICE, H. P., 1989, *Studies in the Way of Words*, Cambridge (MA): Harvard University Press.
- GRICE, H. P., 1989, *Studies in the Way of Words*, Cambridge (MA): Harvard University Press.
- GUALA, F., 2012, «The normativity of Lewis Conventions», *Syntese*, Vol. 190: 3107 – 3122.

- GUASTINI, R., 1995, «Normas supremas», trad. de J. FERRER BELTRÁN, *Doxa*, No. 17 – 18: 257 – 270.
- GUASTINI, R., 1998, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milán: Giuffrè Editore.
- GUASTINI, R., 2001a, «Cinco observaciones sobre validez y derogación», *Discussiones*, No. II: 59 – 63.
- GUASTINI, R., 2001b, «Costumbres y convenciones constitucionales», trad. de M. FERRER MUÑOZ, en *Estudios de teoría constitucional*, México: Fontamara.
- GUASTINI, R., 2001c, *Estudios de teoría constitucional*, México: Fontamara.
- GUASTINI, R., 2004, «Proyecto para la voz “ordenamiento jurídico” de un diccionario», trad. de M. ATIENZA & J. RUIZ MANERO, *Doxa*, No. 27: 247 – 282.
- GUASTINI, R., 2011, *Interpretare e argomentare*, Turín: Giappichelli.
- GUASTINI, R., 2013a, «Aspetti notevoli di “Normative Systems”», en *Distinguendo ancora*, Madrid: Marcial Pons.
- GUASTINI, R., 2013b, *Distinguendo ancora*, Madrid: Marcial Pons.
- GUASTINI, R., 2014a, «Dos concepciones de normas», trad. de P. CABALLERO ELBERSCI, en *Otras distinciones*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- GUASTINI, R., 2014b, «El realismo jurídico redefinido», trad. de A. NÚÑEZ VAQUERO y P. CABALLERO ELBERSCI, en *Otras distinciones*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- GUASTINI, R., 2014c, *Otras distinciones*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- GUASTINI, R., 2014d, «Releyendo a Hart», trad. de J. M. SAUCA, *Doxa*, No. 37, 99 – 110.
- GUASTINI, R., 2016 [2011], *La sintaxis del derecho*, trad. de Á. NÚÑEZ VAQUERO, Barcelona: Marcial Pons.
- GUASTINI, R., 2017, *Filosofía del diritto positivo*, ed. de V. VELLUZZI, Turín: G. Giappichelli.
- GUIBOURG, R., 2000, «Las fuentes del derecho», en GARZÓN VALDÉS, E. y LAPORTA, F. (eds.), *El derecho y la justicia*, 2ª ed., Madrid: Trotta.
- GUZMAN, A., 2005, «Saving Customary International Law», *Michigan Journal of International Law*, Vol. 27: 115 – 176.
- HACKER, P. M. S. 1977, «Hart’s Philosophy of Law», en HACKER, P. M. S. & RAZ, J. (eds.), *Law, Morality and Society. Essays in honour of H. L. A. Hart*, Oxford: Clarendon Press.
- HACKER, P. M. S. & RAZ, J. (eds.), 1977, *Law, Morality and Society. Essays in honour of H. L. A. Hart*, Oxford: Clarendon Press.

- HAMPSHIRE, S., 2014 [1977], *Dos teorías de la moralidad*, trad. de J.J. UTRILLA, México: Fondo de Cultura Económica.
- HARRIS, J. W., 1979, *Law and Legal Science*, Oxford: Clarendon Press.
- HART, H. L. A., 1954, «Definition and Theory in Jurisprudence», en 1983, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Clarendon Press.
- HART, H. L. A., 1968, «Kelsen's Doctrine of the Unity of Law», en 1983, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Clarendon Press.
- HART, H. L. A., 1977, «American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream», *Georgia Law Review*, Vol. 11, No. 5: 969 – 989.
- HART, H. L. A., 1983, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Clarendon Press.
- HART, H. L. A., 1994 [1961], *The Concept of Law*, BULLOCH, P. A. y RAZ, J. (eds.), 2a. ed., Oxford: Clarendon Press.
- HERDEGEN, M., 2019, *Derecho Internacional Público*, 2ª ed., trad. de M. ANZOLA., México: IJ-UNAM.
- HIERRO, L., 2003, *La eficacia de las normas jurídicas*, Barcelona: Ariel.
- HOGUE, A., 1966, *Origins of the Common Law*, Indianapolis: Liberty Press.
- HOLMES, O.W., 2009 [1881], *The Common Law*, Cambridge (MA): The Belknap Press.
- HUME, D., 1960 [1739 – 1740], *A Treatise of Human Nature, III Of Morals*, ed. by L. A. SELBY-BIGGE, Oxford: Oxford Clarendon Press.
- IGLESIAS VILA, M., 1998, «Una crítica al positivismo hartiano: El problema del seguimiento de reglas», *Analisi e diritto*.
- KAHNEMAN, D., 2011, *Thinking, Fast and Slow*, Nueva York: Farrar, Straus and Giroux.
- KELLY, J. P., 2000, «The Twilight of Customary International Law», *Virginia Journal of International Law*, Vol. 40, No. 2: 449 – 544.
- KELSEN, H., 1982 [1960], *Teoría pura del derecho* (2ª. ed.), trad. de R. VERNENGO, México: UNAM.
- KELSEN, H., 2003 [1945], *General Theory of Law and State*, trad. de A. WEDBERG, Nueva Jersey, The Lawbook Exchange.
- KELSEN, H., 2011 [1934], *Teoría pura del derecho* (1ª ed.), trad. de G. ROBLES y F. SÁNCHEZ, Madrid: Trotta.
- KELSEN, H., 2012 [1939], *Teoría del derecho internacional consuetudinario*, trad. de A. PERALTA GARCÍA, México: Ediciones Coyoacán.

- KELSEN, H., 2012 [1965], *Derecho y lógica*, trad. de U. SCHMILL ORDÓÑEZ y J. CASTRO VALLE, México: Fontamara.
- KELSEN, H., BULYGIN, E. & WALTER, R., 2005, *Validez y eficacia del derecho*, Buenos Aires, Astrea-IIJ-UNAM.
- KIRGIS, F., 1987, «Custom on a Sliding Scale», *The American Journal of International Law*, No. 81: 146 – 151.
- KLATT, M., 2017, *Hacer el derecho explícito*, trad. de F. CAMPOS ZAMORA, Madrid: Marcial Pons.
- KOCH, H. J. & NEUMANN, U. (eds.), 1994, *Praktische Vernunft und Rechtsanwendung*, ARSP, Stuttgart: Franz Steiner Verlag.
- KOLLER, P., 2014, «On the Nature of Norms», *Ratio Juris*, Vol. 27, 2: 155 – 175.
- KRIPKE, S., 1982, *Wittgenstein on Rules and Private Language*, Cambridge (MA): Harvard University Press.
- KRISTAN, A., 2014, «En defensa de la concepción expresiva de las normas» *Doxa*, No. 37: 63 – 82.
- LAGERSPETZ, E., 1995, *The Opposite Mirrors*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers.
- LAKATOS, I., 1987 [1971], *Historia de la ciencia y sus reconstrucciones racionales*, trad. de D. RIBES NICOLÁS, Madrid: Tecnos.
- LAZZARO, G., 1983, «Reciprocità e consuetudine», en SCARPELLI, U., (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milán, Edizioni Cominità.
- LEWIS, D., 2002 [1969], *Convention*, Oxford: Blackwell Publishing.
- LEWIS, D., 1986, *On the Plurality of Worlds*, Oxford: Blackwell Publishing.
- MACCORMICK, N., y SUMMERS, R., (eds.), 1997, *Interpreting Precedents*, Nueva York: Routledge.
- MACCORMICK, N., 2008 [1981], *H.L.A. Hart*, Stanford (CA): Stanford University Press.
- MARMOR, A., 2009, *Social Conventions*, Princeton (NJ): Princeton University Press.
- MARMOR, A., 2016, «Conventions, Reasons and the Law», en RAMÍREZ LUDEÑA, L. y VILAJOSANA J. (eds.), 2019, *Legal Conventionalism*, Dordrecht: Springer.
- MATTEI-GENTILI, P., 2017, «La vena liberal del derecho. Apuntes para una teoría liberal jurídica normativa», en CERDIO, J., DE LARRAÑAGA, P. & SALAZAR, P. (eds.), *Entre la libertad y*

- la igualdad. Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez*, Tomo II, México: IJ-UNAM.
- MATTEI-GENTILI, P., 2020, «The Quest for the Opinio Juris», *Noesis*, No. 34: 89 – 114.
- MCDOWELL, J., 1981, «Non-Cognitivism and Rule-Following», en CRARY, A., & READ, R. (eds.), 2000, *The New Wittgenstein*, Londres: Routledge.
- MILLARD, É., 2006, *Théorie Générale du Droit*, Paris: Dalloz.
- MOORE, G. E., 1953, *Some Main Problems of Philosophy*, Londres: George Allen & Unwin Ltd.
- MORESO, J. J., 1993, «Sobre normas inconstitucionales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 13, No. 38, 81 – 115.
- MORESO, J. J., 2010, «La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables», en MORESO, J. J., PRIETO, L. & FERRER, J., 2010, *Los desacuerdos en el derecho*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- MORESO, J. J., 2014, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*, Lima: Palestra.
- MORESO, J. J. & NAVARRO, P., 1993, *Orden jurídico y sistema jurídico*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- MORESO, J. J., & NAVARRO, P., 1996, «Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas», *Isonomía*, No. 5, 119 – 139.
- MORESO, J. J., PRIETO, L. & FERRER BELTRÁN, J., 2010, *Los desacuerdos en el derecho*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- MUNZER, S., 1972, *Legal Validity*, La Haya: Martinus Nijhoff.
- MURPHY, J. B., 2014, *The Philosophy of Customary Law*, Nueva York: OUP.
- NARVÁEZ MORA, M., 2004, *Wittgenstein y la Teoría del Derecho*, Madrid: Marcial Pons.
- NARVÁEZ MORA, M., 2015, *Expresiones de normas*, *Revus*, No. 25: 71 – 100.
- NAVARRO, P., 1990, *La eficacia del derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- NAVARRO, P., 2000, «Enunciados jurídicos y proposiciones normativas», *Isonomía*, No. 12: 121 – 155.
- NAVARRO, P., 2005a, «Acercas de la inevitabilidad de la interpretación», *Isonomía*, No. 22: 99 – 122.
- NAVARRO, P., 2005b, «Casos difíciles, lagunas en el derecho y discreción judicial», en ATRIA, F. et al., *Lagunas en el derecho*, Madrid: Marcial Pons.

- NAVARRO, P., 2012, «¿Son los enunciados jurídicos proposiciones normativas?», *Doxa*, No. 35: 629 – 639.
- NAVARRO, P., 2017, *Dinámica y eficacia del derecho*, México: Fontamara.
- NAVARRO, P., 2018, «The Uncertain Limits of Law», *Analisi e diritto*, Vol. 18, No. 2: 9 – 38.
- NAVARRO, P., 2020, «Exclusividad y exhaustividad del derecho. Algunas reflexiones sobre la naturaleza abierta de los sistemas jurídicos». *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, No. 19: 42 – 63.
- NAVARRO, P. & REDONDO, M. C. (eds.), 2002, *La relevancia del derecho*, Barcelona: Gedisa.
- NINO, C., 1983, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona: Ariel.
- NINO, C., 1992, *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires: Emecé Editores.
- NINO, C., 2014 [1994], *Derecho, moral y política*, Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- NÚÑEZ VAQUERO, A., 2016, «Sin precedentes: una mirada escéptica a la regla del stare decisis», *Doxa*, No. No. 39: 127 – 156.
- NUSSBAUM, A., 1954, *A Concise History of the Law of Nations*, Nueva York: The Macmillan Company.
- OLIVECRONA, K., 1998 [1962], *Lenguaje jurídico y realidad*, trad. de E. GARZÓN VALDÉS, México: Fontamara.
- OLSON, M., 1993, «Dictatorship, Democracy, and Development», *The American Political Science Review*, Vol. 87, No. 3: 567 – 576.
- OLSON, M., 2000, *Power and Prosperity*, Nueva York: Basic Books.
- OROZCO HENRÍQUEZ, J. J., 1993, *Derecho constitucional consuetudinario*, México: IIJ-UNAM.
- ORTEGA GARCÍA, R., 2016, «The Conventionality of Law», *Problema: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, No. 10: 244 – 288.
- ORUNESU, C., RODRÍGUEZ, J. & SUCAR, G., 2001, «Inconstitucionalidad y derogación», *Discusiones*, No. II: 11 – 58.
- PARISI, F., 2001, «The Formation of Customary Law», *George Mason Law & Economics Research Papers Series*, Paper No. 01-06.
- PARISI, F., 2004, «Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics», *European Journal of Law and Economics*, No. 18: 259 – 272.
- PARISI, F. & FON, V., 2009, *The Economics of Lawmaking*, Nueva York: Oxford University Press.

- PEROT, P., 2003, «Tipos de reglas y el concepto de obligación jurídica», *Isonomía*, No. 19: 197 – 219.
- PERREAU-SAUSSINE, A. & MURPHY, J (eds.), 2007, *The Nature of Customary Law*, Nueva York, Cambridge University Press.
- PETERS, A., 2009, «The Merits of Global Constitutionalism», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 16, No. 2: 397 – 411.
- PINKER, S., 2003 [1989], *Learnability and Cognition*, Cambridge (MA): The MIT Press.
- POGGI, F., 2013, *Concetti teorici fondamentali*, Pisa: Edizioni ETS.
- POPPER, K., 2002 [1935], *The Logic of Scientific Discovery*, Nueva York: Routledge Classics.
- POSTEMA, G., 1979, «The Expositor, the Censor, and the Common Law», *Canadian Journal of Philosophy*, Vol. XIX, 4: 643 – 670.
- POSTEMA, G., 1982, «Coordination and Convention at the Foundations of Law», *The Journal of Legal Studies*, Vol. 11, No. 1: 165 – 203.
- POSTEMA, G., 1986, *Bentham and The Common Law Tradition*, Oxford: Oxford University Press.
- POSTEMA, G., 1994, «Implicit Law», *Law and Philosophy*, Vol. 13, 3: 361 – 387.
- POSTEMA, G., 2007, «Custom in international law: a normative account», en PERREAU-SAUSSINE, A. & MURPHY, J (eds.), *The Nature of Customary Law*, Nueva York, Cambridge University Press.
- POSTEMA, G., 2011, *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*, Dordrecht: Springer.
- POSTEMA, G., 2012, «Custom, Normative Practice, and the Law», *Duke Law Journal*, No. 62: 707 – 738.
- POUND, R., 1954 [1922], *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Heaven (MA): Yale University Press.
- QUINE, W.V., 1936, «Truth by Convention», en 1966, *The Ways of Paradox and Other Essays*, Kingsport (TN): Random House.
- QUINE, W.V., 1966, *The Ways of Paradox and Other Essays*, Kingsport (TN), Random House.
- RAMÍREZ LUDEÑA, L. & VILAJOSANA, J. (eds.), 2016, *El convencionalismo jurídico*, Madrid: Marcial Pons.
- RAMÍREZ LUDEÑA, L. & VILAJOSANA J. (eds.), 2019, *Legal Conventionalism*, Dordrecht: Springer.

- RATNAPALA, S., 2009, *Jurisprudence*, Nueva York: Cambridge University Press.
- RAPETTI, P., 2019, *Desacuerdos en el derecho y positivismo jurídico*, Madrid: Marcial Pons.
- RATTI, G. B., 2014, «Un poco de realismo sobre inconstitucionalidad y derogación», *Discusiones*, No. XIV: 254 – 276.
- RAUSTIALA, K., 2005, «Form and Substance in International Agreements», *The American Journal of International Law*, Vol. 99, No. 3: 581 – 614.
- RAZ, J., 1971, «The Identity of Legal Systems», en RAZ, J., 1979, *The Authority of Law*, Hong Kong: Clarendon Press.
- RAZ, J., 1972, «Legal Principles and the Limits of Law», *The Yale Law Journal*, No. 81: 823 – 854.
- RAZ, J., 1975, «The Institutional Nature of Law», en RAZ, J., 1979, *The Authority of Law*, Hong Kong: Clarendon Press.
- RAZ, J., 1979a, *The Authority of Law*, Hong Kong: Clarendon Press.
- RAZ, J., 1979b, «Legal Positivism and the Sources of Law», en RAZ, J., 1979, *The Authority of Law*, Hong Kong: Clarendon Press
- RAZ, J., 1980 [1970], *The Concept of a Legal System*, Oxford: Clarendon Press.
- RAZ, J., 1981, «Authority and Consent», *Virginia Law Review*, No. 67: 103 – 131.
- RAZ, J., 1994, *Ethics in the Public Domain*, Nueva York, Oxford University Press.
- RAZ, J., 1999 [1975], *Practical Reason and Norms*, Nueva York: Clarendon Press.
- RAZ, J., 2007, «¿Puede haber una teoría del derecho?», en RAZ, J., ALEXY, R. y BULYGIN, E., 2007, *Una discusión sobre la teoría del derecho*, Madrid: Marcial Pons.
- RAZ, J., 2009, *Between Authority and Interpretation*, Oxford: Oxford University Press.
- REDONDO, M. C., 2017, *Orden jurídico. Métodos y discusiones*, Santiago: Ediciones Olejnik.
- REDONDO, M. C., 2018, *Positivismo jurídico «interno»*, Liubliana: Revus.
- ROBERTS, A., 2001, «Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation», *The American Journal of International Law*, Vol. 95, No. 4: 757 – 791.
- RÓDENAS, Á., 2012, *Los intersticios del derecho*, Madrid: Marcial Pons.
- RODRÍGUEZ, J. L., 2002, *Lógica de los sistemas jurídicos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- RODRÍGUEZ, J. L., 2005, «La imagen actual de las lagunas en el derecho», en ATRIA, F. *et al*, *Lagunas en el derecho*, Madrid: Marcial Pons.

- RODRÍGUEZ-PEREYRA, G., 2002, *Resemblance Nominalism*, Nueva York: Oxford University Press.
- ROSS, A. 1957, «Tû-tû», *Harvard Law Review*, Vol. 70, No. 5: 812 – 825.
- ROSS, A., 1961, «El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural», en Ross, A., 1991, *El concepto de validez y otros ensayos*, México: Fontamara.
- ROSS, A., 1962, «Review», *The Yale Law Journal*, Vol. 71, No. 6: 1185 – 1190.
- ROSS, A., 1968, *Directives and Norms*, Londres: Routledge & Kegan Paul Ltd.
- ROSS, A., 1991, *El concepto de validez y otros ensayos*, trad. de G. CARRIÓ y O. PASCHERO, México, Fontamara.
- ROSS, A., 2001 [1958], *Diritto e giustizia*, trad. de G. GAVAZZI, Turín: Einaudi.
- ROSS, A., 2007, *Teoría de las fuentes del derecho*, trad. de J. MÚÑOZ DE BAENA SIMÓN, A. DE PRADA GARCÍA y P. LÓPEZ PIETSCH, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- RUIZ MANERO, J., 1990, *Jurisdicción y normas*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- RUIZ MANERO, J., 1991, «Normas independientes, criterios conceptuales y trucos verbales. Respuesta a Eugenio Bulygin», *Doxa*, No. 9: 281 – 293.
- RUIZ MIGUEL, A., 2009, *Una filosofía del derecho en modelos históricos*, 2ª ed., Madrid: Trotta.
- SÁNCHEZ BRIGIDO, R., 2010, *Groups, Rules and Legal Practice*, Dordrecht: Springer.
- SCARPELLI, U., (ed.), 1983, *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milán: Edizioni Cominità.
- SCHARF, M., 2014, «Accelerated Formation of Customary International Law», *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol. 20, No. 2: 305 – 342.
- SCHAUER, F., 1991, *Playing by the Rules*, Oxford: Oxford University Press.
- SCHAUER, F., 2012, *Thinking Like a Lawyer*, Cambridge (Mass): Harvard University Press.
- SCHIAVELLO, A., 2015, «Rules, Conventionalism and Normativity: Some Remarks Starting from Hart», en ARASZKIEWICZ, M., BANAŚ, P., GIZBERT-STUDNICKI, T. y PŁESZKA K. (eds.), *Problems of Normativity, Rules and Rule-Following*, Dordrecht: Springer.
- SEARLE, J., 1995, *The Construction of Social Reality*, Nueva York: Free Press.
- SEARLE, J., 1999, *Mind, Language and Society*, Londres: Weidenfeld & Nicolson.
- SEARLE, J., 2011 [1969], *Speech Acts*, Nueva York: Cambridge University Press.
- SERRANO GÓMEZ, E., *Política congelada. Una introducción a la filosofía del derecho*. México: Fontamara.

- SILLARI, G., 2013, «Rule-Following as Coordination: A Game-Theoretic Approach», *Synthese*, Vol. 190 (5): 871 – 890.
- SHAPIRO, S., 2006, «What Is the Internal Point of View?», *Fordham Law Review*, Vol. 75, No. 3: 1157 – 1170.
- SHAPIRO, S., 2011, *Legality*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- SMITH, A., 1978, *Lectures on Jurisprudence*, MEEK, R, RAPHAEL, D., y STEIN, P. (eds.), Oxford: Oxford University Press.
- STRAWSON, G. 2010 [1994], *Mental Reality*, Cambridge (MA): The MIT Press.
- STRAWSON, P. F., 1950, «On Referring», *Mind*, Vol. 59, Vol. 235: 320 – 344.
- STRAWSON, P. F., 1992, *Analysis and Metaphysics*, Oxford: Oxford University Press.
- SUNSTEIN, C., 1996, «Social Norms and Social Rules», *Columbia Law Review*, Vol. 96, No. 4: 903 – 968.
- SUNSTEIN, C., 2019, *How Change Happens*, Cambridge (Mass.): The MIT Press.
- TALAMNCA, M., 1981, «Il diritto in Grecia», en BRETONI, M. y TALAMNCA, M., 1981, *Il diritto in Grecia e a Roma*, Roma-Bari: Laterza Editori.
- TAMANAH, B., 2017, *A Realistic Theory of Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- TAMAYO Y SALMORÁN, 2004, *Razonamiento y argumentación jurídica*, 2ª ed., México: IJ-UNAM.
- TAMAYO Y SALMORÁN, R. 2015, *Costumbre o eficacia*, México: Fontamara.
- TARELLO, G., 1979, «“Sistema giuridico”, “ordinamento giuridico”», en CASTIGNONE, S., GUASTINI, R., y TARELLO, G., *Introduzione teorica allo studio del diritto*, Génova: ECIG.
- THIRLWAY, H., 2003, «The Sources of International Law», en EVANS, M. (ed.), *International Law*, 5a. ed., Oxford: Oxford University Press.
- TOH, K., 2005, «Hart’s Expressivism and his Benthamite Project», *Legal Theory*, No. 11: 75 – 123.
- TOH, K., 2011, «Legal Judgements as Plural Acceptance of Norms», en GREEN, L., & LEITER, B., *Oxford Studies in Philosophy of Law: Volume 1*, Oxford: Oxford University Press.
- TOMASI DI LAMPEDUSA, G., 2009 [1957]: *Il gattopardo*, Milán: Feltrinelli.
- TROPER, M., y GRZEGORCZYK, C., 1997: «Precedent in France», en MACCORMICK, N., y SUMMERS, R. (eds.), *Interpreting Precedents*, Nueva York: Routledge.

- TVERSKY, A. & KAHNEMAN, D., 1974, «Judgement under Uncertainty: Heuristics and Biases», *Science*, No. 4157: 1124 – 1131.
- ULLMANN-MARGALIT, E., 1977, *The Emergence of Norms*, Oxford University Press: Oxford.
- ULLMANN-MARGALIT, E., 1981, «Is Law a Co-ordinative Authority», *Israel Law Review*, Vol. 16, No. 3: 350 – 355.
- VERNENGO, R., 1976, *Curso de teoría general del derecho*, Buenos Aires: Coordinadora de Derecho y Ciencias Sociales.
- VILAJOSANA, J., 2010, *El derecho en acción*, Madrid, Marcial Pons.
- VILAJOSANA, J. 2016, «¿Por qué la regla de reconocimiento es una convención?», en RAMÍREZ LUDEÑA, L. y VILAJOSANA, J. (eds.), *El convencionalismo jurídico*, Madrid: Marcial.
- VON BOGDANDY, A., & VENZKE, I., 2014, *In Whose Name? A Public Law Theory of International Adjudication*, Oxford: Oxford University Press.
- VON WRIGHT, G., 1963, *Norm and Action. A Logical Inquiry*, Londres: Routledge & Keagan.
- VON WRIGHT, G., 1984, «The Logic of Predication», en VON WRIGHT, G., 1984, *Truth, Knowledge and Modality. Philosophical Papers*, Vol. III, Oxford: Basil Blackwell.
- WILLIAMS, M., 1999, *Wittgenstein, Mind and Meaning*, Londres: Routledge.
- WITTGENSTEIN, L., 1958, *Philosophical Investigations*, trad. de G.E.M. ANSCOMBE, Oxford, Basil Blackwell.
- WOLFKE, K., 1964, *Custom in Present International Law*, Breslavia: Wrocławskiego Towarzystwa Naukowego.
- ZORZETTO, S. (ed.), 2008, *La consuetudine giuridica*, Pisa: Edizioni ETS.