

# Explicar el derecho consuetudinario: la cuestión de la *opinio juris*

Piero Mattei-Gentili\*

**Sumario:** I. Introducción: Dar cuenta del derecho consuetudinario; II. Estrategias contemporáneas en torno a la *opinio juris*; 1. Contra la *opinio juris*; 2. La racionalización de la *opinio juris* 3. Dificultades persistentes en la teorización de las normas consuetudinarias; III. Talantes teóricos y consideraciones metodológicas; 1. La juridicidad de las normas; 2. Lo que hace que una regla sea «social»; 2.1. El nacimiento de las regularidades sociales; 2.2. Coordinación y expectativas sociales; 2.3. Coordinación y las reglas sociales; IV. Conclusión.

## Resumen

Este trabajo aborda el problema de la caracterización de las normas consuetudinarias, en particular, centrándose en la explicación de la *opinio juris*. A continuación, se presentan los problemas conceptuales que acarrea la concepción tradicional de la *opinio juris* y se continúa para analizar dos tipos de estrategias contemporáneas que lidian con ésta. Una vez evaluadas las ventajas y dificultades que presentan dichas estrategias, se avanza para proponer una explicación del lugar que puede ocupar conceptualmente la *opinio juris* utilizando insumos de la filosofía jurídica convencionalista en combinación con herramientas conceptuales de la teoría de juegos y la economía comportamental para comprender con mayor detalle el surgimiento de las reglas consuetudinarias su carácter «normativo».

**Palabras claves:** derecho consuetudinario, normas jurídicas consuetudinarias, *opinio juris*, normatividad, convencionalismo.

## Abstract

This paper addresses the problem of characterizing customary norms, focusing particularly on the explanation of *opinio juris*. Next, the conceptual problems that the traditional conception of *opinio juris* entails are presented and it continues to analyze two types of contemporary strategies that deal with it. Once the advantages and difficulties of these strategies have been evaluated, we move forward to propose an explanation of the place that *opinio juris* can conceptually occupy using inputs from conventional legal philosophy in combination with conceptual tools from game theory and behavioral economics to understand in greater detail the emergence of customary rules its «normative» character.

**Key words:** customary law, customary legal norms, *opinio juris*, normativity, conventionalism.

## I. Introducción: Dar cuenta del derecho consuetudinario

---

\* Doctorando en Derecho por la Universitat de Girona, España. Maestro y Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Correo electrónico: piero.matteigentili@udg.edu; pmattei@derecho.unam.mx

Explicar a la costumbre como fuente del derecho esencialmente involucra dar cuenta de existencia de normas consuetudinarias. Esto suele distar de ser una tarea simple. Existen muchas cuestiones intrigantes y poco acuerdo al respecto. En la filosofía jurídica a menudo se cuestiona la autenticidad y autonomía de la costumbre como fuente del derecho o las condiciones para juzgar la legalidad de las normas con este origen<sup>1</sup>, sin embargo, la cuestión que se ha abordado con mayor insistencia refiere a las condiciones para que la costumbre sea fuente de derecho, es decir: ¿Cómo es que la costumbre se convierte en derecho? La cuestión generalmente implica la siguiente línea de razonamientos

- a) La costumbre denota el hecho de que ciertas acciones son reiteradas con cierta consistencia a lo largo del tiempo.
- b) Cuando esas acciones son realizadas por una cantidad significativa de la población dentro de una sociedad, podemos decir que existe una costumbre social, al menos como práctica compartida.
- c) Entre estas prácticas compartidas, algunas deben tener cierta característica relevante ya que son socialmente requeridas. Como consecuencia, algunas costumbres pueden adquirir una faceta normativa.
- d) Además, entre las costumbres socialmente exigidas, algunas deben contar con algún otro rasgo peculiar ya que pueden ser jurídicamente exigibles. Por tanto, algunas costumbres pueden ser parte del derecho.

Este razonamiento ha incitado a los juristas a profundizar en estas peculiares costumbres que se convierten en derecho buscando los rasgos especiales que las hacen formar parte del fenómeno jurídico. Tradicionalmente referida como la indagación sobre la «estructura» o los «elementos» de la costumbre, desde la antigüedad la doctrina jurídica ha afirmado que el derecho consuetudinario está compuesto y, por tanto, identificable en un espacio y tiempo determinados, por dos rasgos: el *usus regulae* y *opinio juris sive necessitates*. El esquema dualista que compone el concepto de «derecho consuetudinario» se le atribuye a Bartolo de Saxoferrato, quien procuró distinguir la *consuetudo* jurídica de los meros hechos de la conducta humana, y llegó a la conclusión de que la costumbre es derecho (*consuetudo est*

---

<sup>1</sup> Chiassoni, P., «Tres buenos filósofos contra las malas costumbres», trad. de F. Arena, *Doxa*, No. 31, pp. 108 – 110.

*jus*) cuando se puede identificar un *usus*, esto es, una convergencia de conductas de varias personas en una determinada comunidad, y cierta *opinio juris*, que sería el dato jurídico relevante, consistente en una convicción reflexiva por parte de los miembros de la comunidad de que esa conducta que están siguiendo es jurídicamente exigible (*consuetudo est jus quoddam moribus institutum, quod pro lege suscipitur*)<sup>2</sup>. Desde entonces, el esquema dualista y la explicación sobre sus elementos han perdurado, casi sin ser cuestionados por la doctrina jurídica. Asimismo, este esquema dualista es el punto de partida común para la conceptualización filosófica del «derecho consuetudinario» en la medida en que captura la comprensión ordinaria de dicho concepto por parte de los juristas<sup>3</sup>.

Pero, la filosofía jurídica contemporánea suele encontrar a esta explicación del esquema dualista como inconstante, particularmente en torno a la elucidación conceptual de la *opinio juris*. En general, la cuestión radica en que se considera sumamente insatisfactoria la afirmación subjetiva e imprecisa de que la *opinio juris* es «el sentimiento o creencia de los miembros del grupo de actuar de acuerdo con el derecho o como si la conducta referida fuera legal». Además de la imprecisión de esta definición, otros problemas conceptuales que involucra la *opinio juris* son:

Además de la vaguedad y la imprecisión, algunos problemas comunes que involucra la *opinio juris* son:

- a) ¿Cómo es posible que *opinio juris* constituya una norma consuetudinaria si, al mismo tiempo, la *opinio juris* implica una norma ya constituida?
- b) Los estados mentales solo son susceptibles de conocimiento conjetural a través de sugerencias externas. Entonces, ¿cómo podemos probar la existencia de un estado mental colectivo en el que una regla debe seguirse como si fuera una norma jurídica?
- c) Las razones para seguir un patrón colectivo de comportamiento pueden variar enormemente entre los miembros de la sociedad. En consecuencia, si todo el

---

<sup>2</sup> Tamayo y Salmorán, R., *Costumbre o eficacia*, Fontamara, México, 2015, pp. 60 – 61.

<sup>3</sup> *Ibid.*, pp. 25 – 26.

mundo tiene una regla diferente en mente cuando se rige por un patrón de comportamiento, ¿podemos decir que están siguiendo la misma regla?<sup>4</sup>

Por tanto, se han planteado varias cuestiones en contra del esquema dualista tradicional y, más concretamente, sobre la formulación de la *opinio juris*, resultando en soluciones alternativas al esquema explicativo tradicional.

Para resolver estos problemas, los filósofos del derecho han propuesto diversas estrategias para dar una mejor explicación de las reglas jurídicas consuetudinarias. Esas estrategias pueden clasificarse en dos grandes categorías: erradicar a la *opinio juris* y racionalizar a la *opinio juris*, de las cuales presentaré algunos de los principales argumentos. En lo que sigue, el presente trabajo buscará indagar en algunos modelos de estas estrategias para analizar sus virtudes explicativas respecto de la *opinio juris* en aras de proporcionar una noción satisfactoria de lo que involucran las normas jurídicas consuetudinarias. Posteriormente, proseguirá en el análisis de consideraciones tradicionales tanto de la filosofía jurídica analítica como de la filosofía social para avanzar una propuesta distinta del modo en que puede ser comprendida la *opinio juris* como un elemento constitutivo de las normas en comento.

## **II. Estrategias contemporáneas en torno a la *opinio juris***

### **1. Contra la *opinio juris***

Consciente de los dilemas de naturaleza lógica y del hecho de que los estados mentales sólo son susceptibles de conocimiento conjetural a partir de indicios externos, Bobbio directamente propone deshacerse de la *opinio juris* como un elemento conceptualmente constitutivo del derecho consuetudinario<sup>5</sup>, pues acarrea más problemas que claridad sobre el concepto de norma consuetudinaria. En su lugar, sugiere que deberíamos identificar el «derecho consuetudinario» con el conjunto de reglas sociales que son esenciales para la constitución y preservación de cualquier sociedad<sup>6</sup>. Sin embargo, Bobbio no entra en muchos

---

<sup>4</sup> Postema, G., «Custom, Normative Practice, and the Law», *Duke Law Journal*, No. 62, pp. 716 – 718. En modo similar, pero dirigiendo una crítica general al modelo de reglas del positivismo jurídico, Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1978, pp. 54 – 55.

<sup>5</sup> Bobbio, N., *La consuetudine come fatto normativo*, Turín, Giappichelli Editore, p. 59.

<sup>6</sup> *Ibid.*, pp. 82 – 87.

detalles sobre los criterios para identificar estas reglas o cuál sería la base para considerarlas «jurídicas».

Postema también ha propuesto una explicación conceptual del derecho consuetudinario que deja de lado la *opinio juris*. Además, lamenta el estatus marginal que las explicaciones habituales otorgan al *usus* al centrar demasiado su atención en la *opinio* con las dificultades que ésta conlleva<sup>7</sup>. 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* del análisis del derecho consuetudinario para, en su lugar, enfocar nuestra atención en el *usus*, y reconocer cuáles son las características específicas que la diferencian de otros tipos de regularidades de comportamiento. Por tanto, Postema sugiere una explicación *discursivo-integradora* que considere que los actos convergentes que crean las reglas son tales porque tienen sentido dentro de un determinado contexto de práctica. Entonces, la norma consuetudinaria adquiere un contenido determinado debido a la red de razones para la acción y la red de rendición de justificaciones con los cuales los participantes participan y dan forma a la práctica. El primero aspecto implica el ámbito de la deliberación práctica para determinar si una cierta acción está justificada, mientras que el segundo se refiere al juicio que cada individuo lleva a cabo sobre las acciones de los demás para determinar si están actuando dentro del alcance de las razones de la práctica<sup>8</sup>. Como consecuencia, la propuesta busca centrarse en el *usus* entendido como un hecho más que como un simple comportamiento. De modo que, para saber si una actividad habitual en la que se desenvuelve una comunidad constituye una norma jurídica consuetudinaria, debemos fijarnos en cómo se «lee» la conducta al interior de la práctica normativa de un ordenamiento jurídico.

## **2. La racionalización de la *opinio juris***

Por lo general, el común de los estudiosos del derecho todavía considera que una explicación del derecho consuetudinario no puede construirse adecuadamente simplemente a partir de una explicación del *usus* y que es necesario decir algo acerca del modo en que el razonamiento de los agentes involucrados en la costumbre podría crear una especie de

---

<sup>7</sup> Postema, G., *Op. Cit.*, p. 712.

<sup>8</sup> *Ibid.*, pp. 716 – 717.

acatamiento colectivo que en algún sentido haga «jurídica» a esa pauta de conducta. En esta línea, una estrategia habitual consiste en resaltar la naturaleza racional del ser humano y, así, intentar reconstruir el esquema dualista tradicional del derecho consuetudinario introduciendo una explicación más sofisticada de lo que implicaría la *opinio juris* desde el punto de vista del razonamiento práctico de individuos en sociedad.

Finnis considera que la *opinio juris* es un tipo de juicio práctico cuyas dificultades paradójicas radican en ser confundido con otros juicios prácticos involucrados en la fase de formación de una norma consuetudinaria<sup>9</sup>. Por tanto, Finnis intenta recrear las etapas de formación de la norma consuetudinaria en la comunidad del derecho internacional con una propuesta que implica distinguir dos tipos de juicios en la fase de formación de la norma, el empírico y el práctico. Así, la regla comenzaría con dos juicios interrelacionados: a) que en un cierto dominio de los asuntos humanos sería apropiado tener algún patrón de conducta determinado, común y estable porque una regla autorizada que requiera ese patrón de conducta sería más deseable que dejar la conducta en ese dominio a la discreción de los agentes y; b) que el patrón particular de conducta  $\phi$  sería apropiado como regla común de conducta. En conjunto, a) y b) se ajustan al juicio práctico inicial PJ0 del que se seguirán dos juicios empíricos. Uno, sobre la convergencia y aquiescencia generalizada de los agentes en el patrón de conducta  $\phi$  (EJ1) y, el segundo, sobre la suscripción generalizada de PJ0 por parte de los agentes (EJ2). De los últimos juicios empíricos seguirían dos juicios prácticos: El primero establece que dada la amplia suscripción de PJ0 y la concurrencia predominante en el patrón de conducta  $\phi$ , hay una fuerte razón para juzgar que ahora existe una regla consuetudinaria autorizada que requiere  $\phi$  (PJ1) y, el segundo, que  $\phi$  se requiere (o se permite) en virtud de un estado de derecho consuetudinario autorizado (PJ2). Como consecuencia, la *opinio juris* solo sería PJ0, y ni PJ1 ni PJ2 deben confundirse con ella, resolviendo el problema común y paradójico mencionado anteriormente en 1), ya que PJ0 no presupone la existencia de una regla como PJ1 y PJ2, pero reconoce la necesidad de ello.

Otro intento de este tipo es propuesto por Lazzaro quien, a partir de estudios en sociología y etnografía, propone sustituir la explicación conceptual tradicional de la *opinio*

---

<sup>9</sup> Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, 2ª ed., Cambridge (MA), Oxford University Press, 1980, pp. 239 – 240.

*juris* por una reconstrucción racional basada en las expectativas de reciprocidad como principal rasgo a considerar para una adecuada explicación de las reglas consuetudinarias<sup>10</sup>. Entonces, como resalta Chiassoni, en este modelo, la formación de una regla consuetudinaria parece ser el resultado de la suma de cinco factores<sup>11</sup>:

- 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, es decir, un principio de reciprocidad.
- 3) Disponibilidad de un mecanismo sancionador eficaz.
- 4) Expectativa recíproca.
- 5) Repetición generalizada del mismo modelo de conducta, es decir, *usus*.

Los factores 2 y 4 son prominentemente psicológicos por lo que, para ser precisos, no parecen reemplazar la *opinio* sino más bien sustituir la explicación doctrinal tradicional por una más racionalizada basada en la adhesión al principio de reciprocidad. Por ende, el modelo de Lazzaro funciona como una reconstrucción racional en el que la *opinio* se explicaría mejor como la aceptación normativa de un principio de reciprocidad basado en la utilidad que encuentra un grupo de maximizadores racionales que espera de crear y preservar esas reglas sociales.

### **3. Dificultades persistentes en la teorización de las normas consuetudinarias**

Las propuestas esbozadas anteriormente, sobre ambos tipos de estrategias, son ilustrativas de aspectos importantes a considerar cuando se indaga sobre las costumbres y el derecho, pero en su mayoría muestran dificultades persistentes para explicar el derecho consuetudinario y las paradojas y dilemas implícitos en el elemento constitutivo de la *opinio juris*.

La estrategia de erradicar la *opinio juris* como elemento conceptual deja un vacío que no puede subsanarse satisfactoriamente con una concepción de las normas consuetudinarias como aquellas «imprescindibles para la constitución y conservación de cualquier sociedad». Pero la propuesta genera una gran controversia sobre cuáles serían esas reglas. Posiblemente se podría hacer una interpretación caritativa de la propuesta de Bobbio considerando su

---

<sup>10</sup> Lazzaro, «Reciprocità e consuetudine», en Scarpelli, U. (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Milan: Edizioni di Comunità, 1983, p. 233.

<sup>11</sup> Chiassoni, P., *Op. Cit*, pp. 128 – 129.

concepto de derecho consuetudinario análogo a lo que Hart llamó «el contenido mínimo del derecho natural»<sup>12</sup>; es decir, considerar el derecho consuetudinario como aquellas reglas cuyo contenido cumple el requisito mínimo de supervivencia en la sociedad. Como observa Hart, sin estas reglas no se puede establecer ningún sistema de normas o códigos morales. Sin embargo, cuando la doctrina jurídica se refiere a la costumbre, no parece referirse a las condiciones necesarias ni a los fundamentos para la existencia de un ordenamiento jurídico. Al referirse a las costumbres y la aplicación de las normas consuetudinarias, la doctrina jurídica ya asume la existencia de un sistema jurídico que debe proporcionar una solución jurídica a las disputas sociales más elementales, y el recurso a las costumbre referiría a una fuente de solución para problemas sociales posteriores.

Además, eliminar la *opinio* para centrarse en el relato de los agentes sobre lo que hacen de manera competente dentro del marco de una práctica normativa, como propone Postema, aunque sugerente, parece algo vago e incompleto, ya que no proporciona una explicación depurada sobre las reglas consuetudinarias y, en cambio, parece reafirmar la existencia de una *opinio juris* que debemos buscar en la explicación y justificación de los agentes acerca de sus actos en ese contexto de acción.

Algo parecido se puede decir de la «teoría de la articulación» de Finnis. Este modelo introduce algunos aspectos novedosos, pero que plantean dificultades y controversias conceptuales difíciles de solventar. En primer lugar, es muy debatible que el derecho consuetudinario sea «voluntario». ¿A la voluntad de quién nos referimos? ¿Es voluntario porque, como en un contrato, las partes acuerdan cumplir con esas reglas? La voluntariedad solo podría entenderse como una metáfora de una explicación doctrinal sobre la observancia de la costumbre, pero no puede ser parte de una explicación satisfactoria, ya que se supone que la costumbre surge y se desarrolla a partir de un comportamiento espontáneo, no de un acuerdo negociado, de lo contrario sería derecho contractual, un mecanismo usualmente previsto con antelación en las legislaciones de los diversos sistemas o por alguna norma consuetudinaria previa, como en derecho internacional funciona el principio de *pacta sunt servanda*. Además, si debemos buscar las «expresiones de creencias» de las normas que los Estados pretenden seguir, ¿no se calificarían estas expresiones de creencias como una especie

---

<sup>12</sup> Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, 2a ed., Oxford, Oxford University Press, 1994 [1962], pp. 193 – 200.



de «*opinio juris*»? puesto que, como se podría conjeturar, los estados «pretenden» seguir esas normas porque creen que son leyes o que deberían ser leyes. Finalmente, la costumbre es un hecho que trasciende las creencias de los agentes. Entonces, si estamos dispuestos a argumentar que las normas surgen de ciertas costumbres, la existencia de esas normas no puede depender de las creencias de los agentes sobre la práctica concurrente<sup>13</sup>, sino del hecho de que existe una costumbre que se practica.

Por otro lado, la estrategia de explicar la *opinio juris* como la evaluación racional que haría un agente sobre un curso de acción puede ser una explicación plausible para una amplia gama de reglas consuetudinarias, pero no para todas, especialmente aquellas que surgen del comportamiento espontáneo y que no están diseñados con lo que intuitivamente parece el razonamiento práctico empleado para hacer contratos o elaborar leyes promulgadas. En estos casos, es más plausible imaginar diseñadores racionales de la regla que sean muy conscientes de las circunstancias para convertir una determinada acción en una regla y que se adhieran conscientemente a los principios de maximización de la utilidad. Así, en esta explicación, las únicas regularidades de comportamiento dignas de ser llamadas «reglas» serían las calificadas como «eficientes» debido a su resultado altamente óptimo. Sin embargo, la idea de expectativa no debe descartarse, ya que intuitivamente parece necesario explicar las reglas sociales como el apego a un comportamiento convergente en una sociedad en la que los que desertan son de alguna manera castigados o llamados a salir y donde la convergencia se puede utilizar para justificar uno. propio curso de acción.

De manera más implícita, los teóricos del derecho consuetudinario también suelen enfrentarse al problema de explicar la validez jurídica de las normas consuetudinarias al describir sus elementos constitutivos. En este sentido, un supuesto metodológico común parece ser que la *opinio juris* es la información relevante para la identificación de las normas consuetudinarias en tanto *derecho* o *ley*. Sin embargo, ese supuesto confunde la cuestión de identificar las reglas con la de su fundamento jurídico o validez<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> También, es complicado imaginar que la creencia se perfectamente coincidente. Varios agentes pueden sostener visiones distintas acerca de la práctica consuetudinaria y las razones para llevarla a cabo. Esta línea de razonamiento nos llevaría de regreso a una de las cuestiones iniciales ¿si cada uno tiene diferentes opiniones y visiones acerca de la práctica, es posible decir que siguen la misma regla?

<sup>14</sup> Bobbio, N., *Op. Cit.*, pp. 54 – 56; Finnis, J., *Op. Cit.*, p. 240.

Entonces, proporcionar una explicación adecuada a las normas jurídicas consuetudinarias parece implicar necesariamente al menos tres consideraciones:

1. Explicar las peculiaridades del comportamiento grupal que crea reglas sociales y personalizadas.
2. Dar cuenta del rasgo conceptual especial que involucra ese comportamiento para crear reglas que pertenezcan a una especie de orden normativo, es decir, el orden social.
3. Dar una explicación sobre la validez jurídica de las normas consuetudinarias.

En lo que sigue, en primer lugar, comenzaré por abordar algunos aspectos generales y metodológicos de la teoría jurídica que responde principalmente al tercer aspecto. En consecuencia, este ensayo desarrollará una descripción de las normas consuetudinarias, partiendo de elementos fácticos, para considerar su formación.

### **III. Talantes teóricos y consideraciones metodológicas**

Existe un lugar común que subyace a las ideas del derecho consuetudinario y sus normas, a saber, que independientemente de cómo decidamos conceptualizar sus elementos constitutivos, podemos estar de acuerdo en que la costumbre y, por tanto, las normas consuetudinarias, son productos convencionales<sup>15</sup>. Es decir, a diferencia de los fenómenos naturales, la costumbre es convencional porque, a pesar de la naturalidad con la cual las concebimos, dichas prácticas podrían ser del todo distintas<sup>16</sup>.

Estas consideraciones invitan a proceder con cautela, pues fácilmente las cuestiones que giran en torno a la convencionalidad de las normas consuetudinarias podrían ser llegar a ser confundidas con las preocupaciones que afrontan las posturas teóricas que conciben al derecho en su totalidad como un producto convencional y que, como consecuencia, procuran una explicación de éste consistente con dicha premisa. Por supuesto, si se asume esta postura teórica, ambas agendas de análisis encuentran aspectos tangenciales constantes que permiten mayor soltura en el análisis. Pero, cabe tener en mente que existe la posibilidad, como señala

---

<sup>15</sup> Véase Southwood, N., «Laws as Conventional Norms», en Plunkett, D., Shapiro, S. & Toh, K. (eds.), *Dimensions of Normativity*, New York: Oxford University Press, 2009.

<sup>16</sup> Arena, 2016, p. 63.

Joseph Raz<sup>17</sup>, de argumentar que las normas consuetudinarias que constituyen el derecho consuetudinario son convencionales y, a la par, afirmar que el derecho en su conjunto no es algo convencional<sup>18</sup>. No obstante, el objeto de este trabajo no busca profundizar sobre la posibilidad teórica de explicar al derecho como un producto convencional en general ni afrontar un debate en torno a la convencionalidad del derecho. En este sentido, esta investigación se limita a recurrir a las herramientas de la teoría jurídica convencionalista para dar cuenta de la existencia de normas consuetudinarias y sus elementos constitutivos. En este sentido, conviene precisar que:

- a) El papel metodológico que juega el análisis de las normas al investigar la naturaleza del derecho es diferente al que cumplen cuando lo que se busca es conceptualizar un tipo específico de normas, las normas consuetudinarias. En la primera tarea, las normas son objetos estudiados como elementos del derecho, es decir, son importantes sólo a la luz del objetivo más amplio de explicar el derecho como un todo. En la segunda labor, las normas son el fin mismo del análisis; es decir, son las protagonistas de la investigación, ya que se da por sentado un concepto teórico o la naturaleza del derecho, al menos implícitamente. Por ejemplo, como Chiassoni señala, Hart consideró que los sistemas jurídicos están compuestos de reglas sociales, pero las reglas sociales son solo elementos en la explicación del derecho, no el objeto de la explicación de Hart<sup>19</sup>.
- b) Las convenciones y las costumbres y, por tanto, las normas consuetudinarias, se conciben como producto de la conducta convergente espontánea de un grupo social, pero el derecho también está compuesto por normas de naturaleza promulgada. Por otro lado, las normas promulgadas implican el acto deliberado de una autoridad<sup>20</sup>. La validez de las acciones de la autoridad judicial radica en la existencia de una norma jurídica previa. Si retrocedemos en esa línea de razonamiento hasta sus últimas consecuencias, llegaremos a la cuestión de la base de la existencia y la validez del derecho. La base para la existencia y validez de las normas consuetudinarias y

---

<sup>17</sup> Raz, J., 1979, pp. 85 – 86.

<sup>18</sup> Véase Raz, J., *Practical Reasons and Norms*, Nueva York, Oxford university Press, 1999 [1975].

<sup>19</sup> Chiassoni, P., *Op. Cit.*, p. 106.

<sup>20</sup> Gardner, J., *Law as a Leap of Faith*, Oxford, Oxford University Press. 2012, p. 67.

promulgadas podría ser una norma, pero no necesariamente una norma convencional, entendida como el producto de la práctica. Por ejemplo, para Kelsen, la base de los sistemas legales era una norma hipotética; esto es, la norma básica.

Esta digresión sobre la teoría jurídica y las preocupaciones metodológicas es útil en este ensayo para introducir la pregunta sobre qué hace que una norma consuetudinaria sea *jurídica*.

## 1. La juridicidad de las normas

Recordando lo expuesto, no debemos caer en la trampa de considerar que hay algo en la *opinio juris* que inherentemente convierte a la costumbre en derecho. De hecho, no hay nada inherente en las normas consuetudinarias que las haga formar parte del derecho. En términos ontológicos, las normas consuetudinarias son una especie de reglas sociales y son, además, el prototipo de reglas sociales dado que son producto de la interacción social espontánea. Por tanto, lo que hace que las reglas sociales formen parte del fenómeno jurídico y se las denomine *derecho consuetudinario* es el derecho mismo. En concreto, el hecho de que dichas normas cumplan con los criterios establecidos por el propio sistema jurídico para que algo pase a formar parte del mismo.

Una vez más, el presente ensayo no profundizará en las indagaciones teóricas sobre la naturaleza del derecho porque se encuentra fuera de su alcance. Sin embargo, es relevante mencionar que aquí se asume que el derecho es un sistema de normas, ya que cuenta con una estructura<sup>21</sup> y contiene criterios de pertenencia o, para ser más precisos, ya que establece qué reglas pueden ser parte del sistema; es decir, regula su propia creación. En este sentido, se puede considerar que, en general, las normas consuetudinarias son reglas sociales que han cumplido con los criterios que se encuentran en el sistema jurídico. Cuáles son estos criterios es un asunto que no está exento de controversia. Por ejemplo, algunos podrían argumentar que una regla social puede considerarse derecho consuetudinario porque ésta cumple con los criterios establecidos por la *regla de reconocimiento* del sistema, y esto funcionaría bien como explicación para sistemas que no confían tanto en la legislación como fuente del derecho como son los del *common law*. Pero los criterios que hacen que las reglas sociales

---

<sup>21</sup> Véase Caracciolo, R., *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

se conviertan en parte de un sistema jurídico tampoco son el objetivo principal del presente análisis. Aquí basta con decir que el criterio sistemático común que utilizan los abogados para identificar una regla social como derecho consuetudinario es que una regla es considerada como derecho consuetudinario por una norma anterior en el sistema o porque esa regla ha sido identificada y aplicada persistentemente por quienes tiene a su cargo la labor de identificar y aplicar el derecho; prominentemente, los jueces<sup>22</sup>.

## 2. Lo que hace que una regla sea «social»

Ahora que sabemos por medio de qué mecanismos una regla social pasa a formar parte de un sistema jurídico para ser propiamente derecho consuetudinario, debemos enfrentar la cuestión de cómo identificarlas. Para ser precisos, debemos encontrar los elementos conceptuales que hacen posible la existencia de reglas sociales y son útiles para reconocerlas. Esto es de suma importancia ya que, como afirma Gardner: «si una costumbre ha de formar parte del derecho, debe ser normativa a los ojos del derecho. Debe constituir una norma jurídica. Entonces debe haber alguien que en nombre del derecho considere la costumbre como normativa»<sup>23</sup>.

Entonces, identificar las normas consuetudinarias implica buscar elementos *normativos* en las prácticas sociales. La tarea no es nada fácil dado que las normas consuetudinarias nacen de manera informal a través de la interacción social espontánea, por lo que carecen de autoría, lo que significa que no han sido creadas deliberadamente. Tampoco existen formaciones canónicas que nos informen cuál es la norma y la conducta específica que requiere<sup>24</sup>. Todo lo que tenemos son acciones humanas, *usus*. Por tanto, cualquier análisis de las normas consuetudinarias debe centrarse en las características de esas acciones.

Los hechos y las acciones no dicen nada por sí mismos. Para captar algo parecido a la «normatividad» de la interacción social, de manera inevitable debemos involucrarnos en una interpretación conjetural de una relación causal entre la acción de los agentes en una serie de eventos<sup>25</sup>. Esto no es tan fatídico como por ejemplo Bobbio –y otros– asumen, no es algo

---

<sup>22</sup> Raz, J., *Op. Cit.*, p. 86.

<sup>23</sup> Gardner, J., *Op. Cit.*, p. 67.

<sup>24</sup> Redondo, M., *Orden jurídico. Modelos y discusiones*, Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2017: pp. 18 – 19.

<sup>25</sup> Guastini, R., *Interpretare e argomentare*, Milán: Giuffrè Editore, 2011, pp. 6 – 9.

tan oscuro. Se trata de observar patrones y señales peculiares que podrían explicar las acciones de los agentes, y esto es algo que hacemos instintivamente como seres sociales para «leer» el comportamiento de nuestros congéneres y nosotros sabemos de qué manera actuar en consecuencia. De manera metafórica se ha llegado a decir que es una forma de «leer la mente» de los demás<sup>26</sup>. Por ejemplo, si el conductor del automóvil que se encuentra en frente de mí enciende de manera intermitente su luz izquierda, puedo conjeturar con alto grado de probabilidad de encontrarme en lo cierto, en que su intención, lo que en algún modo tiene en mente, es doblar a la izquierda en la próxima salida. Por supuesto, existe la posibilidad de que no en la próxima salida siga derecho y que en verdad su intención sólo fuera la de poner la luz direcciona porque le gusta escuchar el sonido de tic-toc; pero por mi experiencia como conductor, sé que este es un supuesto poco probable, excepcional.

Llegados a este punto, parece claro que, para captar algo así como la «normatividad» de las reglas sociales, no podemos dejar de mencionar una especie de «estado mental» que relaciona la observancia de los agentes con un patrón de comportamiento específico. Ese «estado mental» también puede llamarse —por tradición doctrinal— *opinio juris*. Sin embargo, lo importante no es cómo lo denominemos, sino poder explicarlo, con sus características, de manera que pueda ayudar a cualquiera que quiera identificar normas consuetudinarias.

Teniendo esto en cuenta, parece adecuado respaldar el supuesto metodológico de Finnis de que no podemos aspirar a comprender el concepto y la función de la *opinio juris* sin atender alguna comprensión de las fases de formación de las reglas de las que es un componente. Es en estas fases en donde podemos observar y aseverar algo acerca de los estados mentales de los agentes que tal vez pueda implicar lo que entendemos por *opinio juris*. Por tanto, en este punto, es necesario decir algo sobre cómo nacen las reglas sociales y qué características o «estados mentales» podemos predicar plausiblemente que puedan explicar qué es lo que las hace, por así decirlo, *normativas*.

Posiblemente, el mejor y más familiar punto de partida para comenzar a dar cuenta de las reglas sociales que se pueden encontrar en la filosofía jurídica analítica es el marco

---

<sup>26</sup> Kaku, M., *El futuro de nuestra mente*, trad. de J. M. Ibeas y M. Pérez Sánchez, México, Debolsillo, 2019 [2014], pp. 87 – 88.

desarrollado por Hart. Al tratar de explicar al derecho como un conjunto de dos tipos diferentes de reglas, primarias y secundarias, Hart desarrolló un marco para explicar de qué manera las reglas sociales se diferencian de la mera conducta convergente si las miramos desde el *punto de vista interno* de los participantes<sup>27</sup>. En este sentido, explica lo que implica dar cuenta de las reglas sociales desde el punto de vista interno, en contraposición con el punto de vista externo, donde el observador solo percibiría regularidades de comportamiento que podrían no distinguirse de los hábitos.

Advierte acertadamente Shapiro que el punto de vista interno no debe entenderse como el punto de vista del agente que está adentro de la comunidad, lo que significaría considerar las razones sustantivas que tienen los agentes para acatar las reglas, variando desde las razones morales hasta el miedo, el castigo y la mera acción no reflexiva. Más bien, el punto de vista interno es sinónimo de «internalizado», refiriéndose a la actitud práctica de aceptación de la regla por parte de los agentes que, no obstante, podrían tener opiniones diferentes sobre la moralidad de la regla, así como diversas razones sustantivas para acatarla pero que consideren conjuntamente a la regla como un estándar de conducta social por el cual es legítimo criticar a los desertores<sup>28</sup>. La actitud reflexiva de los agentes es otro de los elementos relevantes que Hart aporta para distinguir a las reglas sociales<sup>29</sup>. Por lo tanto, la explicación discursivo-integradora de Postema cuenta con un buen punto al enfatizar la necesidad de observar lo que los agentes hacen de manera competente dentro del contexto de la práctica que realizan. Después de todo, el énfasis del punto de vista interno radica en distinguir cómo los agentes se *preocupan* por las reglas. Sin embargo, como se dijo antes, el modelo de Postema es demasiado vago para decirnos algo más específico para llegar a identificar algo específico de las reglas sociales. Asimismo, el punto de vista interno de Hart y la actitud reflexiva crítica parecen demasiado amplios, ya que solo buscaba una explicación sobre las reglas sociales que fuera satisfactoria para diferenciarlos de los hábitos y que funcionara suficientemente bien para el fin de una teoría (general) del derecho.

Con toda probabilidad, la explicación de Hart es un gran marco de referencia que se puede complementar para dar una explicación más detallada sobre las reglas sociales y los

---

<sup>27</sup> Hart, H.L.A., *Op. Cit.*, pp. 89 – 92.

<sup>28</sup> Shapiro, S., «What is the Internal Point of View?», *Fordham Law Review*. No. 75, 2006, p. 1159.

<sup>29</sup> Hart, H.L.A., *Op. Cit.*, p. 57.

elementos que las componen. Más concretamente, aclarar qué puede implicar la *opinio juris* si se entiende de forma análoga al punto de vista interno. En este último sentido, lo que desarrollaré puede entenderse como un complemento de la explicación de Hart con el propósito de dar una explicación de las reglas sociales como objetos de su propio estudio. Eso significa profundizar en la explicación de las reglas sociales y especificar más sus características para dar una descripción más detallada que pueda funcionar para alguien que intente identificar las reglas sociales, así como la *opinio juris* problemática que las compone, en contextos específicos. Para ello, el trabajo seguirá la estrategia de Finnis de explicar las fases de la formación de las reglas sociales e introducirá características explicativas de la teoría de juegos y aportes de la economía comportamental (*behavioral economics*) que, con suerte, pueden arrojar luz sobre los fenómenos que implican las reglas sociales. En cuanto a la introducción de estos peculiares aparatos conceptuales, el Celano afirma que el desarrollo de una adecuada teoría del derecho consuetudinario requiere buscar herramientas y paradigmas teóricos que no necesariamente pertenecen a la tradición de la filosofía jurídica analítica pero que son compatibles con sus preocupaciones metodológicas<sup>30</sup>.

## **2.1. El nacimiento de las regularidades sociales**

El modo en que las reglas sociales llegan a existir es sin duda una pregunta intrigante. Como hemos visto, algunos filósofos del derecho creen que al adentrarse en las razones que constituyen una práctica social como estándar común compartido, podemos encontrar la base en la que se encuentra la «normatividad» y, por tanto, las raíces de la *opinio juris*. Por ende, esos filósofos adoptan una especie de intuición contractualista que, aunque es plausible para explicar los motivos de unos pocos miembros de la sociedad para seguir esa regla, no logra explicar por qué esa razón está lo suficientemente extendida como para ser seguida por otros miembros de la sociedad. Tal es el caso de Finnis. Ciertamente, es muy posible que dos o unos pocos miembros de la sociedad lleguen a un acuerdo espontáneo privado sobre qué hacer en una determinada situación y, que libremente, comiencen a actuar de la misma manera para casos futuros. También es plausible imaginar que el acuerdo implica el hecho de que consideran conveniente establecer una regla específica para ese tipo de casos, siendo conscientes de que la solución que alcancen maximice sus beneficios esperados, conociendo

---

<sup>30</sup> Celano, B., *Dos estudios sobre la costumbre*, trad. de J. J. Moreso, Mexico, Fontamara, 2009, pp. 9 – 10.



el *statu quo* en el momento y las probabilidades de su fortuna en el futuro<sup>31</sup>. Sin embargo, si bien el *insight* contractualista es plausible como insumo explicativo, no da cuenta de manera satisfactoria de la observancia en grupos extensos de una regla, considerando que otros miembros no estuvieron presentes en la negociación y en la exposición de las razones para establecer esa regla. Como consecuencia, es muy plausible considerar que la razón (*opinio*) que tienen estos últimos para acatar tal regla no es la misma que la de quienes la diseñaron. Además, como se dijo anteriormente, esta explicación dejaría de lado la conducta espontánea que, aunque no fue producto de un proceso racional en un principio, funciona regularmente para resolver o gobernar una situación social.

Asimismo, con Hart como guía, debemos recordar que no es un camino fructífero investigar las razones sustanciales que las personas pueden tener para acatar una regla<sup>32</sup>, y esta premisa conviene ser observada para la explicación de la formación de reglas sociales también. No obstante, para explicar las reglas sociales y sus rasgos distintivos de manera más aguda, es necesario decir algo sobre cómo surgen.

Ricardo Guibourg sugiere que el origen de reglas sociales aún más espontáneas también puede explicarse a través de los hábitos, pero es importante no confundirlas con ellos<sup>33</sup>. Esta parece ser una buena manera para empezar, ya que una explicación más plausible de las reglas sociales no debería excluir la posibilidad de explicar aquellas que nacen y se difunden de manera no contractualista, debido a un comportamiento social espontáneo y convergente que se repite para crear una regularidad que haga que los individuos se formen expectativas recíprocas. También, de qué manera esas regularidades en el comportamiento nacen y se propagan puede explicarse mejor comenzando con hábitos entendidos como las regularidades sociales que *pueden*<sup>34</sup> preceder a las reglas sociales.

Comúnmente se dice que nosotros, los humanos, somos criaturas de hábitos. Una buena explicación sobre el nacimiento y la persistencia de hábitos a largo plazo en el comportamiento humano proviene de la *economía comportamental*. Dan Ariely destaca que

---

<sup>31</sup> Parisi, F. & Fon, V., *The Economics of Lawmaking*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 135.

<sup>32</sup> Shapiro, S., *Op. Cit.*, p. 1162.

<sup>33</sup> Guibourg, «Las fuentes del derecho», in Garzón Valdés, E. & Laporta, F. (eds.), *El derecho y la justicia*, 2ª. ed., Madrid, Trotta, 2000, p. 181.

<sup>34</sup> El énfasis en la palabra «pueden» busca dejar en claro que es posible que una hábito social se convierta en regla, pero no es una cuestión necesaria sino contingente.

una combinación de sesgos cognitivos ayuda a la formación de hábitos a largo plazo sobre los que actuamos en nuestra toma de decisiones diaria. Por ejemplo, el *efecto de anclaje* es el sesgo cognitivo que explica que el valor inicial que se asigna a un hecho establece el espectro de evaluación de nuestras decisiones futuras, no solo sobre ese hecho, sino también en casos futuros de situaciones similares<sup>35</sup>. El valor puede ser puesto por nosotros mismos o por otra persona, y aunque podemos ajustar las estimaciones para instancias futuras de acuerdo con diferentes circunstancias, el efecto de anclaje significa que nuestra percepción sobre el hecho está tan fijada en nuestra mente que el valor ajustado normalmente no distanciará mucho del valor original, por lo que será insuficiente o no adecuado al nuevo caso.

Posterior al anclaje, existe el sesgo cognitivo que se explica en los efectos de *pastoreo* y *auto-pastoreo*. Cuando se emite un juicio sobre las acciones de otros y decidimos seguirlo después, esto se llama *pastoreo*. Por ejemplo, cuando vemos gente haciendo cola en un restaurante, existe una alta probabilidad de que asumamos que la calidad de la comida en ese restaurante es buena y luego nos unamos o regresemos en otra ocasión. El *auto-pastoreo* ocurre cuando juzgamos algo bueno, malo, adecuado o inadecuado en función de nuestro propio comportamiento anterior<sup>36</sup>. Por ejemplo, si, al enfrentar el problema Y1, decido hacer X1, y X1 me parece que resuelve el problema de manera adecuada, lo más probable es que durante el futuro o instancias similares a Yn, realice Xn, aunque puede existir otra solución mejor para cualquier caso del tipo Y. La clave para romper el ciclo y adoptar un comportamiento diferente sería introducir un nuevo factor o característica que cambie de manera prominente la experiencia del sujeto, incitándolo a cambiar decisiones pasadas. Estos sesgos cognitivos tienen efectos sociales, ya que producen indicadores públicos o sociales que otros agentes pueden seguir y, fácilmente, pueden magnificarse para crear regularidades sociales de comportamiento generalmente observables. Sin embargo, hay que añadir algo más, ya que estos fenómenos sólo dan una explicación sobre los mecanismos mentales por los que es más probable que surjan las regularidades sociales, pero todavía no pueden hacer frente a explicar plenamente la «normatividad» o las reglas sociales.

## 2.2. Coordinación y expectativas sociales

---

<sup>35</sup> Ariely, D., *Predictably Irrational*, New York, Harper Collins Publishers, 2008.

<sup>36</sup> *Ibid.*, pp. 25 – 33.

Recordando a Hart, una característica relevante de las reglas sociales es la actitud crítico-reflexiva que conlleva el punto de vista interno. Esta actitud podría explicarse mejor como producto de la coordinación y la expectativa que radica en la reiteración de la práctica social<sup>37</sup>. A partir de una regularidad social, un miembro de un grupo puede formar una expectativa con respecto a acciones futuras, sin tener en cuenta si lo considera bueno, justo, práctico o contrario a los adjetivos precedentes.

Imaginemos una sociedad en la que las notificaciones personales se dejan debajo de la puerta cuando el destinatario no está presente. Inicialmente, puede ser solo un hábito, pero a medida que pasa el tiempo y la práctica se consolida, las personas desarrollarán expectativas y se sentirán frustradas cuando alguien no siga la práctica. Ahora bien, es importante considerar que, si bien esta práctica puede regir en una sociedad, es posible que nadie haya expresado nunca explícitamente su existencia como una regla. La práctica se realiza simplemente. Puede ser que alguien lo haya pensado como una solución ideal para un problema práctico y lo haya realizado por primera vez, pero es posible que otras personas nunca hayan sabido de la autoría de este sujeto. Más aún, otros posiblemente consideren que la práctica actual es deficiente o imprudente, no obstante, las personas siguen la práctica porque presumen que otros hacen lo mismo, por lo que cualquier juicio personal al respecto es irrelevante.

Esta idea fue desarrollada por Hume cuando sugirió una posible forma de explicar los acuerdos convencionales fuera de la institución de la promesa (es decir, un artefacto del lenguaje)<sup>38</sup>. Y fue la intuición de Hume lo que llevó a Lewis a explorar cómo es posible que el lenguaje sea una *convención* si al principio no contábamos con un lenguaje para acordar sus reglas. Ese razonamiento puede traducirse en la explicación de las normas sociales cuando tomamos como premisa que pueden surgir espontáneamente como hábitos y, posiblemente, evolucionar y difundirse de manera más espontánea, sin nada como un acuerdo explícito, pero eventualmente creando expectativas sociales mutuas.

---

<sup>37</sup> Recordemos la noción de expectativa introducida por Lazzaro con antelación.

<sup>38</sup> Hume, D., *A Treatise of Human Nature, III Of Morals*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 1960 [1739 - 1740], p. 490.

Para explicar cómo se crean las convenciones sin un acuerdo expreso, Lewis se beneficia de las herramientas de la *teoría de juegos*, centrándose en los juegos de coordinación pura para explicar cómo las convenciones sociales podrían surgir y prevalecer espontáneamente. Así, Lewis propone entender las convenciones sociales como referidas a problemas de coordinación ante situaciones de decisiones interdependientes de dos o más agentes en las que predomina la coincidencia de intereses y en las que existen dos o más equilibrios de coordinación posibles<sup>39</sup>. Los equilibrios serían la combinación de acciones en las que cada agente ha hecho lo mejor que puede al considerar las acciones de los otros 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 notar que el equilibrio producido no fue necesariamente el mejor posible y que no es el caso que no haya otros resultados posibles igualmente buenos<sup>40</sup>. Simplemente significa que fue el mejor resultado posible dadas las opciones reales de los agentes en esa situación.

Uno de los famosos ejemplos que presenta Lewis es aquel 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 solo si uno vuelve a llamar mientras el otro espera. Importa muy poco quién vuelve a llamar y quién tiene que esperar, es más relevante sobre todo retomar la conexión. Existe un interés común y dos posibles conjuntos de acciones que alcanzan el equilibrio de coordinación deseado.

	C1	C2
R1	0	1
R2	1	0

<sup>39</sup> Lewis, D., *Convention*, Oxford, Blackwell Publishers, 1969, p. 24.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 8.

Como podemos ver, si ambos agentes realizan las mismas acciones {R1, C1}, {R2, C2} no cumplen con sus expectativas y no logran retomar su conversación, mientras realizan diferentes acciones, ya sea {R2, C1} o {R1, C2}, logran alcanzar su objetivo común sin importar cuál de las dos posibles recompensas de coordinación eligieron.

A diferencia del famoso *dilema del prisionero*<sup>41</sup>, el caso que nos ocupa no es un interés opuesto ni un juego de una sola ocasión. Los jugadores pueden fallar en sus primeros intentos de coordinarse, y una vez alcanzado un equilibrio seguramente elogiarían la recompensa, ya que podrían prever 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 para situaciones similares en el futuro cuando se interrumpa una llamada telefónica. Como explica la economía comportamental, esto último probablemente se deba a los efectos de anclaje, pastoreo y auto-pastoreo. Como consecuencia, anclamos el valor al resultado de nuestras acciones coordinadas y pastorearemos para ocasiones futuras en las que surja una situación similar. Una vez más, este no es un juego de una sola vez y es posible que la regularidad en una solución de equilibrio no se alcance de inmediato, sino por prueba y error hasta que se logre y luego ésta se repita. La clave está en la expectativa que se conforma una vez que se ha logrado un equilibrio y se conocen las acciones para mantenerlo. Así, es muy probable que se creara un conjunto de expectativas para ocasiones futuras a partir de los primeros equilibrios de coordinación.

Las situaciones y acciones nos ayudan a construir puntos de referencia que funcionan como signos para nuestra mente que nos ayudan a construir marcos de acciones para ocasiones futuras. Así es como estamos hechos. Se puede decir que los agentes inductivos naturales buscan patrones en el mundo para comportarse en otras ocasiones<sup>42</sup>. Una vez que ese conjunto de expectativas es generado por factores comúnmente identificados que representan una situación determinada, esas señales prominentes nos llevan a repetir con frecuencia el mismo patrón de comportamiento entre nosotros, e incluso entre cualquier otra

---

<sup>41</sup> 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 recompensa del otro, buscando individualmente el mejor resultado para cada uno sin importar cuánto esto pueda dañar las expectativas de sus contrapartes.

<sup>42</sup> Ariely, D., *Op. Cit.*, pp. 3 – 10.

persona que entre en nuestra dinámica. Así, podemos decir que tenemos una regla social propia porque lo hemos hecho en ocasiones pasadas cuando ocurrieron situaciones similares, y sirve para coordinar nuestras intenciones por las expectativas asentadas que ha establecido entre nosotros.

### 2.3. Coordinación y las reglas sociales

Lewis consideró que su modelo era apropiado para dar cuenta de fenómenos convencionales como las reglas sociales. Aunque su definición y análisis no incluye términos normativos como «debe», considera que las convenciones son especies de reglas, en particular considerando regularidades a las que pensamos que deberíamos conformarnos por las presuntas razones que otro agente puede tener sobre el beneficio que nosotros y los demás obtenemos al comportarnos de esa manera. Además, para Lewis, las convenciones son tipos de reglas sociales, ya que pueden aplicarse provocando respuestas desfavorables de los demás si no se ajustan<sup>43</sup>. Sin embargo, todavía parecen faltar algunas especificaciones para entender dónde podría encontrarse algo así como la «normatividad» incrustada en la idea de *opinio juris*.

Las explicaciones doctrinales tradicionales del derecho consuetudinario son engañosas, ya que tienden a representar cualquier posible *opinio juris* que los agentes podrían sostener como un juicio positivo u optimista hacia la observancia y perdurabilidad de esa práctica social. Sin embargo, la explicación de las reglas sociales basada en el modelo de Lewis, así como la percepción del sesgo cognitivo expuesta por la economía comportamental, nos da la posibilidad de considerar como «normas consuetudinarias» prácticas sociales que son equilibrios subóptimos (*Pareto inferior*). Además, dado que el resultado podría estar lejos de ser óptimo (con beneficios bajos o nulos) es probable que un gran número de miembros de la sociedad tenga una percepción negativa de la persistencia de la práctica y prefieran cambios<sup>44</sup>. Esto plantea las preguntas: si una gran parte de la población, quizás incluso la mayoría, considera mala una práctica, ¿se puede considerar ésta como una regla

---

<sup>43</sup> Lewis, D., *Op. Cit.*, pp. 97 – 100.

<sup>44</sup> Anomaly, J. & Brennan, G., «Social norms, the invisible hand, and the law», *University of Queensland Law Journal*, No. 33 (2), 2014, p. 263.

social susceptible de ser utilizada para la adjudicación? ¿Puede haber algo así como una *opinio juris* en esta llamada «regla social»?

*Prima facie*, cualquier idea contractual tradicional respondería negativamente a las preguntas anteriores. Es contrario a la racionalidad seguir una práctica que se evalúa de manera negativa y que produce bajas ganancias. Ninguna explicación conceptual podría justificar un acuerdo hipotético de este tipo entre agentes racionales. Por esta razón, desde una perspectiva estándar de *Law and Economics*<sup>45</sup>, sería aconsejable considerar como derecho consuetudinario, es decir, normas exigibles, solo aquellas reglas que pasen la prueba de *eficiencia de Pareto*<sup>46</sup>. El enfoque estándar de *Law and Economics* argumentaría que esta es 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 fomentarían la estabilidad de la práctica, ya que estas reglas son útiles para evitar estrategias de deserción porque tienden a ser consideradas como verdaderas reglas de reciprocidad para un juego que presenta constantes recompensas socialmente deseables<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> La expresión «perspectiva estándar de *Law and Economics*» hace referencia en especial a la Escuela de Chicago que entiende al derecho (en especial al common law) como el resultado de un esfuerzo por procurar resultados eficientes. No obstante, la Escuela de Yale, con su postura normativa en relación con la intervención por medio de políticas para corregir resultados injustos, también puede ser encuadrada en esta etiqueta. Véase Parisi, F., «Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics», *European Journal of Law and Economics*, No. 18, 2004.

<sup>46</sup> Se dice que una situación es Pareto, o eficiente en asignación de resultados, si es imposible cambiarla para que al menos una persona mejore su situación sin empeorar otra. Cooter, R. & Ulen, T., *Law & Economics*, 6ª ed., Boston, Addison-Wesley, 2012, p. 14.

<sup>47</sup> Parisi, F., «The Formation of Customary Law », *George Mason Law & Economics Research Papers Series*, Paper No. 01-06, 2001, pp. 13 – 15.

	C1	C2	C3
R1	6	7	8
R2	2	3	4
R3	-2	-1	0
	6	2	-2
	7	3	-1
	8	4	0

Por lo tanto, las reglas sociales exigibles por el derecho deben ponderarse como soluciones a problemas de cooperación, como los juegos de dilemas del prisionero de más de una oportunidad de acción. Únicamente se puede considerar como una norma jurídica consuetudinaria cuando su resultado alcanza el resultado de *Pareto óptimo* {R1, C1}.

El enfoque de *Law and Economics* es una reconstrucción interesante para analizar los resultados en las reglas sociales, pero no es el resultado de una empresa conceptual y descriptiva y, como consecuencia, no debemos confundir las observaciones normativas con la explicación teórica de la realidad y los objetos conceptuales. Bajo este enfoque, varias reglas que funcionan en la realidad y que son efectivamente aplicadas por los jueces –por seres humanos imperfectamente racionales– serían expulsadas de la consideración teórica, aunque coordinen expectativas y resuelvan una situación social, aunque no necesariamente en un óptimo manera. Tal sería el caso de la recompensa {R2, C2} que, aunque es un *equilibrio de Nash* subóptimo en relación con {R1, C1}, sigue siendo un equilibrio y puede ser efectivamente una regla social. Se puede argumentar que las reglas sociales no deberían ser perfectas para existir y proporcionar soluciones, no necesariamente buenas, a situaciones sociales.

Es importante no confundir la empresa de dar cuenta del derecho consuetudinario con el punto de vista de la política jurídica<sup>48</sup>. Puede haber un amplio consenso en que una determinada regla es despreciable, pero eso no hace que deje de ser una regla. Una ley

---

<sup>48</sup> Fittipaldi, E. & Timoshina, E., «Theory of Custom, Dogmatics of Custom, Policy of custom: On the Threefold Approach of Polish-Russian Legal Realism», *Ratio Juris*, Vol. 30, No. 1, 2017, p. 107 – 108.



promulgada puede ser considerada injusta por la mayoría de la población, pero sigue siendo una ley y es probable que la población la obedezca en general o que los tribunales la hagan cumplir. Por tanto, la norma jurídica puede ser utilizada por alguien para justificar su propio comportamiento, aunque se considere injusto, o por un juez como base para sancionar a quienes no observan la norma. Lo mismo ocurre con las normas consuetudinarias. Son normas en la medida en que sirven para justificar el comportamiento de uno o para criticar o castigar a los desertores<sup>49</sup>. Por tanto, cualquier relato sobre un estado mental o elemento análogo a lo que podría denominarse *opinio juris* debe ser capaz de explicar que la práctica social conlleva una regla en la medida en que puede ser utilizada legítimamente para justificar o criticar la conducta independientemente de otras consideraciones como la moralidad o la eficiencia.

Entonces, las reglas sociales no coinciden necesariamente con nuestro propio interés, como presupone el modelo de juego de coordinación puro. Además, los juegos de coordinación siempre van en contra de nuestro propio interés, aunque no necesariamente se puede decir lo mismo de las reglas sociales. Finalmente, se puede decir que existe una regla social sin que sea seguida con total frecuencia. De hecho, una regla social, como tal, es evitable si se elude la situación en la que gobierna<sup>50</sup>, mientras que las convenciones del tipo de Lewis no tienen en cuenta esta posibilidad, Bicchieri observa estas consideraciones como distinciones relevantes entre las convenciones de Lewis y las reglas sociales. Por esa razón, Bicchieri considera que su explicación de las normas sociales es distinta de la de Lewis. No obstante, esta explicación no contradice mucho el esquema de convenciones esbozado por Lewis. Más bien, podría verse como un complemento para un análisis más preciso de las reglas sociales como convenciones, en donde los estados mentales pueden sustentarse como una *opinio juris* para que los participantes consideren cualquier práctica social como una norma.

Primero, Bicchieri tiene razón al señalar que muchas reglas sociales no surgen del interés propio, pero eso no excluye que muchas otras lo hagan, como en el relato de Lewis. En segundo lugar, incluso Bicchieri afirma que, eventualmente, las reglas sociales que surgen

---

<sup>49</sup> Bulygin, E, «El concepto de eficiencia», en Kelsen, H., Bylygin, E. & Walter, R., *Validez y eficacia del derecho*, Buenos Aires, Astrea-UNAM, 2005 (1965), p. 32.

<sup>50</sup> Bicchieri, C., *The Grammar of Society*, New York, Cambridge University Press 2006, pp. 38 – 40.

de los juegos de motivos mixtos (*el dilema del prisionero*) evolucionan hacia juegos de coordinación. 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 cooperación<sup>51</sup>. Por tanto, al darse cuenta de que el otro agente tiene las mismas opciones a la mano, y que, si ambos eligen la misma opción egoísta, los dos perderían y obtendrían el peor resultado posible, es mejor que se pongan de acuerdo eligiendo la opción que constituye de *equilibrio de Nash* en la que ninguno obtiene la mejor recompensa posible por sí mismo, pero no terminan perdiéndolo todo.

Como consecuencia, podríamos decir que, en una situación de juego de motivos mixtos, para que exista una regla social tiene que 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 situación<sup>52</sup> para elegir esa opción y no la egoísta<sup>53</sup>. La expectativa normativa –que podría denominarse *opinio juris*– es la suma de las expectativas empíricas más la noción de que la práctica está justificada, así como estaría justificada la posible sanción o reproche a quien quebrante esas expectativas<sup>54</sup>. La primera explicación es concordante con la noción bien establecida de que «las reglas implícitas surgen y obtienen su fuerza práctica de la interdependencia de expectativas y objetivos sociales»<sup>55</sup>.

Respecto a no seguir las reglas sociales, pero incluso afirmar su existencia, Bicchieri se refiere a la evitación de la situación en la que la regla está en vigor. El ejemplo que utiliza es uno de cazadores de ciervos donde quien no coopera es sancionado por no comer. La alternativa para evitar la regla (y posible sanción) sería ir a cazar conejos individualmente<sup>56</sup>. Por lo tanto, que se torne habitual el que las personas que prefieran cazar conejos por sí mismas significaría que la regla social en acción para los cazadores de ciervos no se observa regularmente. Con todo, se podría argumentar que está en vigor otra regla social permisiva,

---

<sup>51</sup> *Ibid.*, pp. 25 – 26.

<sup>52</sup> Celano, B., *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, Rome, Aracne, 2010, pp. 194 – 195.

<sup>53</sup> Bicchieri, C., *Op. Cit.*, p. 28.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>55</sup> Postema, G., «Implicit Law», *Law and Philosophy*, Vol. 13, No. 3, 1994, p. 364

<sup>56</sup> Bicchieri, C., *Op. Cit.*, p. 39 – 40.

ya que justifica un curso de acción alternativo, siendo la regla: siempre que los cazadores no se reúnen para cazar ciervos o cuando uno no se encuentra con los que cazan ciervos, está permitido como lo que cada uno caza individualmente.

Si bien la observación de Bicchieri es oportuna para demostrar lo que sería una regla social consolidada, e incluso cómo puede llegar a su fin, no parece que sus observaciones difieran mucho del modelo de Lewis, puesto que lo único que significaría es que siempre que surja la situación de la caza colectiva del ciervo, está vigente la regla convencional de cooperación. La situación es evitable, pero una vez que la situación se mantiene, la regla social está en vigor. En términos de Lewis, en el ejemplo de la llamada telefónica, la próxima ocasión en la que mi contraparte y yo nos volvamos a llamar podría ser durante un largo período de tiempo. Aun así, cuando por cualquier circunstancia nos volvemos a llamar, se aplica la misma práctica para la situación de las llamadas telefónicas entre nosotros, es decir, la convención sobre quién debe devolver la llamada si falla la conexión. Sin embargo, las observaciones de Bicchieri son oportunas para enfatizar rasgos importantes de las reglas sociales:

- a) al principio, el interés mutuo de los agentes podría oponerse por interés propio o egoísta;
- b) las reglas sociales consuetudinarias se componen de tipos de expectativas: empíricas y normativas;
- c) que si bien en principio son habituales (en el sentido de su frecuencia), existe una forma de evitar las normas sociales<sup>57</sup>, evadiendo la situación en la que se encuentran vigentes; y
- d) la forma en que las reglas sociales incrustan la expectativa mutua se denomina intereses correlativos que dejaron de lado la opción egoísta por los que alcanzan la cooperación.

#### **IV. Conclusión**

El presente trabajo ha tratado de describir los elementos constitutivos del derecho consuetudinario, entendiéndolo como reglas sociales que se integran en un sistema jurídico.

---

<sup>57</sup> Y la forma para eludirlas, a su vez, puede dar lugar a la creación de otra norma social.

Para ello hemos aceptado el supuesto doctrinal común de que uno de los elementos constitutivos de las normas consuetudinarias son el *usus*<sup>58</sup>, y en su lugar se ha prestado más atención al análisis de la *opinio juris*. Para resolver el problema de dar una explicación adecuada del derecho consuetudinario y, más específicamente, de su elemento constitutivo, la *opinio juris*, nuestro trabajo utilizó la explicación de Hart de las reglas sociales, asumiendo a la *opinio* como análoga al punto de vista interno.

Siguiendo directrices generales, este análisis ha profundizado en una indagación de cómo surgen las reglas sociales en diferentes fases, con el fin de descubrir algunas características más específicas que puedan ayudar a alguien a identificar las reglas sociales como prácticas que incluyen un contenido normativo que pueda reflejarse en un punto de vista interno. Para resumir, podemos concordar con Hart en no expresar que la regla social surge por razones sustantivas (moral, cálculo o miedo) y, a partir de los aspectos explorados, entender que se surgen a partir de prácticas habituales y expectativas recíprocas que se consolidan con su repetición. Esto produce un proceso de internalización que asiste a que ese patrón de conducta sea concebible como una norma consuetudinaria y que, por tanto, a partir de esas expectativas, y de la idea socialmente difundida de que su cumplimiento se encuentra justificado (así como se encuentra justificada la crítica o pena a quien la defrauda), y esto es lo que, con cierta plausibilidad podríamos identificar como una *opinio*, en donde el adjetivo *juris*, vendría dado porque esa pauta de comportamiento de algún modo sea reconocido o adoptado por el sistema jurídico de referencia.

## **Bibliografía**

Anomaly, J. & Brennan, G. (2014), «Social norms, the invisible hand, and the law», *University of Queensland Law Journal*, Vol. 33 (2), 2014.

Arena, F., «Embodied conventions», *Revus*, 30, 2016.

Ariely, D., *Predictably Irrational*, New York, Harper Collins Publishers, 2008.

Bicchieri, C., *The Grammar of Society*, New York, Cambridge University Press. 2006.

---

<sup>58</sup> Aquí se ha adoptado la explicación doctrinal de que el *usus* consiste en la convergencia en el comportamiento de los miembros de una sociedad. Celano, B., *Op. Cit.*, p. 198.

- Bobbio, N., *La consuetudine come fatto normativo*, Turin, Giappichelli Editore, 2010 [1942].
- Bulygin, E., «El concepto de eficacia», in Kelsen, H., Bulygin, E. & Walter, R., *Validez y eficacia del derecho*, Buenos Aires: Astrea-UNAM, 2005 (1965)
- Caracciolo, R. (1988), *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Celano, B., *Dos estudios sobre la costumbre*, trad. de J. J. Moreso, Mexico, Fontamara, 2009.
- Celano, B., *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, Rome: Aracne, 2010.
- Chiassoni, P. (2008), «Tres buenos filósofos contra las malas costumbres», trad. de F. Arena *Doxa*, No. 31, 2008.
- Cooter, R. & Ulen, T., *Law & Economics* .6<sup>th</sup> ed., Boston, Addison-Wesley, 2012.
- Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge (MA), Harvard University Press. 1978.
- Finnis, J., *Natural Law & Natural Rights*, 2<sup>o</sup> ed., New York, Oxford University Press, 1980.
- Fittipaldi, E. & Timoshina, E., «Theory of Custom, Dogmatics of Custom, Policy of custom: On the Threefold Approach of Polish-Russian Legal Realism», *Ratio Juris*, Vol. 30, No. 1, 2017.
- Gardner, J., *Law as a Leap of Faith*, Oxford, Oxford University Press. 2012.
- Guastini, R., *Interpretare e argomentare*, Milan: Giuffrè Editore, 2011.
- Guibourg, R., «Las fuentes del derecho», in Garzón Valdés, E. & Laporta, F. (eds.), *El derecho y la justicia*, 2<sup>a</sup> ed., Madrid, Trotta, 2000.
- Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2<sup>nd</sup> ed., New York, Oxford University Press, 1994 [1962].
- Hume, D., *A Treatise of Human Nature*, III *Of Morals*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 1960 [1739 – 1740].
- Kaku, M., *El futuro de nuestra mente*, trad. de J. M. Ibeas y M. Pérez Sánchez, México, Debolsillo, 2019 [2014].

- Lazzaro, G., «Reciprocità e consuetudine», in Scarpelli, U. (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Milan: Edizioni di Comunità, 1983.
- Lewis, D., *Convention*, Oxford, Blackwell Publishers, 1969.
- Parisi, F., « The Formation of Customary Law », *George Mason Law & Economics Research Papers Series*, Paper No. 01-06, 2001.
- Parisi, F., « Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics », *European Journal of Law and Economics*, No. 18, 2004.
- Parisi, F. & Fon, V., *The Economics of Lawmaking*, New York, Oxford University Press, 2009.
- Postema, G., «Implicit Law», *Law and Philosophy*, Vol. 13, No. 3, 1994.
- Postema, G., «Custom, Normative Practice, and the Law», *Duke Law Journal*, Vol. 62, 2012.
- Raz, J., *The Authority of Law*, Hong Kong, Oxford Clarendon Press, 1979.
- Raz, J., *Practical Reasons and Norms*, New York: Oxford University Press, 1999 [1975].
- Redondo, C., *Orden jurídico. Modelos y discusiones*, Santiago: Ediciones Olejnik, 2017.
- Shapiro, S., «What is the Internal Point of View?», *Fordham Law Review*, Vol. 75, 2006.
- Southwood, N., «Laws as Conventional Norms», en Plunkett, D., Shapiro, S. & Toh, K. (eds.), *Dimensions of Normativity*, New York: Oxford University Press, 2009.
- Tamayo y Salmorán, R., *Costumbre o eficacia*, Mexico, Fontamara, 2005.