

TRES BUENOS FILÓSOFOS CONTRA LAS MALAS COSTUMBRES (JURISPRUDENCIA ANALÍTICA Y TEORÍA DE LA COSTUMBRE)*

Pierluigi Chiassoni**

Universidad de Génova

RESUMEN. El trabajo está articulado en dos partes. En la primera parte, el autor identifica los principales problemas de la teoría analítica de la costumbre jurídica, es decir, los problemas que típicamente han sido afrontados por los filósofos analíticos del derecho que se han ocupado de la costumbre jurídica. En la segunda parte ofrece un resumen del modo en que ha sido abordado y resuelto uno de esos problemas (el problema de las condiciones de existencia de las costumbres) por tres juristas analíticos, a saber, Norberto BOBBIO, Giorgio LAZZARO y Bruno CELANO. A juicio del autor, el análisis que cada uno de ellos lleva a cabo puede inscribirse entre las más significativas contribuciones teóricas que en materia de costumbre hayan sido elaboradas en la cultura jurídica (occidental) del siglo xx.

Palabras clave: teoría analítica de la costumbre jurídica, condiciones de existencia de las costumbres, Norberto BOBBIO, Giorgio LAZZARO, Bruno CELANO.

ABSTRACT. The paper contains two parts. In the first one the author identifies the basic problems of the analytical theory of legal customs, i.e., those problems that have been usually dealt with by analytical legal philosophers. In the second part the author provides an account of the ways one of these problems (the problem about the existence conditions of a legal custom) has been dealt with by three analytical jurists —Norberto BOBBIO, Giorgio LAZZARO, and Bruno CELANO—, for their analyses may be included amongst the finest ones in xx century jurisprudence.

Keywords: analytical theory of legal customs, the existence conditions of a legal custom, Norberto BOBBIO, Giorgio LAZZARO, Bruno CELANO.

«The stannars of Devon claimed a right by custom to divert water from streams into their mines and dig trenches on the lands of third persons [...] Evidence was given of acts alleged to be done in pursuance of the custom, and of reputation. It was contended 1) that the custom was unreasonable in itself even if established, 2) that it was not established by evidence»

Bastard v. Smith (1837), 2 Moo. & R. 129

«Rule 85. The anti-personnel use of incendiary weapons is prohibited, unless it is not feasible to use a less harmful weapon to render a person hors de combat».

Customary Rules of International Humanitarian Law (2005)

* Fecha de recepción: 7 de enero de 2008. Fecha de aceptación: 31 de enero de 2008.

** Pierluigi.Chiassoni@unige.it.

1. INTRODUCCIÓN. ACERCA DE LA TAREA DE LA JURISPRUDENCIA ANALÍTICA

Desde sus comienzos, en las páginas de BENTHAM y de AUSTIN, y luego, con mayor empeño y mejores herramientas, en la época dorada de la filosofía analítica contemporánea, la jurisprudencia analítica se convirtió en abanderada de un diseño de política cultural inspirado en dos objetivos ambiciosos:

- i) La demistificación del pensamiento jurídico.
- ii) Su reconstrucción racional, ya sea con fines explicativos y terapéuticos (de policía lingüística o de terapia semántica), ya sea con vista a operaciones de política jurídica justificadas por los principios de una ciencia de la legislación.

El primer objetivo exige someter a crítica radical los modos de pensamiento —difusos y consolidados— de los juristas, de los filósofos y de los teóricos del Derecho. Exige, en particular, dudar metódicamente de la conveniencia y utilidad teórica y/o práctica de sus aparatos conceptuales, y mediante un análisis riguroso sacar a la luz sus eventuales defectos para arrojarlos, en su caso, al universo del sinsentido.

El segundo objetivo comporta sustituir los sinsentidos del pensamiento jurídico por un aparato teórico de conceptos precisos, distintos y funcionales (pragmáticamente justificados), identificados mediante una terminología simple (sin utilizar jergas), transparente, unívoca y no redundante.

Demistificación y reconstrucción racional se encuentran también en las reflexiones que los filósofos analíticos del Derecho dedicaron a la costumbre.

Con todo, es necesario distinguir dos perspectivas, desde las cuales los filósofos analíticos del derecho han analizado la costumbre.

Una primera perspectiva concierne a la *teoría (general) de las fuentes del Derecho*. Desde este punto de vista las costumbres resultan merecedoras de examen en cuanto *objetos* de teorías analíticas del derecho.

Una segunda perspectiva se refiere a la *teoría (general) del Derecho* o, más precisamente, a aquello que generalmente se entiende como el objetivo principal de esa disciplina (su *core business*). Desde este punto de vista las costumbres merecen atención en cuanto *elementos* de teorías analíticas del Derecho positivo; esto es, en cuanto elementos de modelos analíticos que se presentan como explicaciones de los rasgos del Derecho considerados (de vez en cuando) esenciales, *i. e.*, de la «naturaleza» del Derecho y, por reflejo, del «concepto» de Derecho. Bajo este segundo aspecto, las normas consuetudinarias (de un tipo cualquiera) constituyen un ingrediente esencial de aquellas teorías empírico-analíticas del derecho positivo conocidas, en virtud de esto, como «convencionalismo jurídico», o también como «positivismo convencionalista», por oposición a las variantes normativistas, imperativistas, o decisionistas del «positivismo jurídico»¹.

¹ Toda investigación sobre las vicisitudes del convencionalismo jurídico y del positivismo convencionalista debería detenerse, al menos, en cinco episodios entrelazados: i) el debate sobre la naturaleza de la «regla de reconocimiento» de HART (sobre el tema *cf.*, p. ej., B. CELANO, 2003: «La regola di riconoscimento è una con-

En este trabajo, articulado en dos partes, abordaré sólo la primera de las dos perspectivas mencionadas. En la primera parte identificaré los principales problemas de la teoría analítica de la costumbre jurídica, más precisamente, los problemas que típicamente han sido afrontados por los filósofos analíticos del Derecho que se han ocupado de la costumbre jurídica.

En la segunda parte ofreceré un resumen del modo en que ha sido abordado y resuelto uno de esos problemas por tres juristas analíticos, a saber, Norberto BOBBIO, Giorgio LAZZARO y Bruno CELANO. Según mi modo de ver, el análisis que cada uno de ellos lleva a cabo puede inscribirse entre las más significativas contribuciones teóricas que en materia de costumbre hayan sido elaboradas en la cultura jurídica (occidental) del siglo XX².

Al dar cuenta de las reflexiones de BOBBIO, LAZZARO y CELANO no podré, sin embargo, evitar referirme a las posiciones de otros pensadores analíticos, en particular, Herbert HART y Jonn FINNIS.

Mi trabajo tendrá así el objetivo bastante modesto, aun cuando, creo, no del todo inútil, de contribuir a la elaboración, en beneficio de los juristas y los filósofos, de un resumen razonado del actual estado del arte, indicando los logros obtenidos que deberían constituir el punto de partida de cualquier teoría (analítica) futura de la costumbre.

2. PROBLEMAS DE TEORÍA ANALÍTICA DE LA COSTUMBRE

En un manual sobre fuentes del Derecho, el constitucionalista Federico SORRENTINO afirma que:

«La estructura de la costumbre, según la todavía difundida opinión tradicional, consta de dos elementos: una repetición, más o menos extendida en el tiempo, de comportamien-

venzione?»), en *Ragion Pratica*, 21, pp. 347-360; ii) el debate acerca de la distinción entre positivismo incluyente y positivismo excluyente (sobre el tema *cf.*, p. ej., BAYÓN, J. C., 2002: «Derecho, convencionalismo y controversia», en P. E. NAVARRO, M. C. REDONDO (eds.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona: Gedisa, pp. 57-392); iii) la discusión entre Gerald POSTEMA, Jules COLEMAN, Andrei MARMOR y Leslie GREEN sobre la opción entre positivismo convencionalista y positivismo autoritativo (*cf.* p. ej., G. J. POSTEMA, 1982: «Coordination and Convention at the Foundation of Law», en *Journal of Legal Studies*, 11, 1982, pp. 165-203; J. L. COLEMAN, 2001: «Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis», en J. L. COLEMAN (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 99-148; A. MARMOR, «Legal Conventionalism», en J. L. COLEMAN (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, *op. cit.*, pp. 193-218); iv) el intento llevado a cabo por Scott SHAPIRO y discutido por Michael BRATMAN de combinar positivismo autoritativo y positivismo convencionalista, mediante la utilización en el ámbito de la filosofía del derecho de las ideas de acción compartida cooperativa (*shared cooperative action*) y de actividad intencional conjunta (*jointly intentional activity*) (*cf.* S. SHAPIRO, 2002: «Law, Plans, and Practical Reason», en *Legal Theory*, 8, pp. 387-441; M. BRATMAN, 2002: «Shapiro on Legal Positivism and Jointly Intentional Activity», en *Legal Theory*, 8, pp. 511-517); v) algunos esquemas teóricos convencionalistas de largo alcance (E. LAGERSPETZ, 2002: *The Opposite Mirrors. An Essay on the Conventionalist Theory of Institutions*, Dordrecht-Boston-London, Kluwer, 1995; G. DEN HARTOGH, *Mutual Expectations. A Conventionalist Theory of Law*, The Hague-London-New York: Kluwer).

² Su valor resalta aún más si se los compara, por ejemplo, con algunos trabajos recientes reunidos en A. PERREAU-SAUSSINE, J. B. MURPHY (eds.) 2007: *The Nature of Customary Law*, Cambridge: Cambridge University Press; J. B. MURPHY, *Habit and Convention at the Foundation of Custom*, pp. 53-78; G. J. POSTEMA, *Custom in International Law: a Normative Practice Account*, pp. 279-306.

tos y la convicción de que esos comportamientos se corresponden con una norma jurídica [esto es, la presunción de que el comportamiento responda a una norma jurídica]»³.

Análogamente, en un manual de instituciones del Derecho internacional, Riccardo LUZZATTO sostiene, citando importantes pronunciamientos de la Corte Internacional de justicia, que:

«Las normas consuetudinarias internacionales son [...] vistas como el resultado de dos elementos diversos: uno de carácter objetivo (o material), el otro de carácter subjetivo (o psicológico). El primero consiste en la repetición constante y uniforme de un determinado comportamiento, considerado según los casos como debido o prohibido por la norma (*usus*). El segundo consiste en cambio en la opinión, o en la convicción, de que el comportamiento mismo se corresponde con lo previsto en la norma (se habla, utilizando una expresión de origen incierto, de *opinio juris et necessitatis*)»⁴.

Comenzando, como se acostumbra, por la noción tradicional referida, entre otros, por SORRENTINO y LUZZATTO los filósofos analíticos del Derecho, que se han ocupado de la costumbre como fuente del derecho, han considerado oportuno afrontar uno, o más, de los tres problemas siguientes:

1. El problema de las condiciones de existencia de las costumbres.
2. El problema de las condiciones de juridicidad de las costumbres.
3. El problema de las condiciones de genuinidad, eficacia o autosuficiencia no-mopoiética de las costumbres.

1. *Existencia de las costumbres*. El primer problema, el problema de las condiciones de existencia de las costumbres —a veces oscuramente evocado por la doctrina como el problema de la «estructura» o de los «elementos» de la «costumbre»— se refiere a la identificación de los factores en presencia de los cuales nos encontramos frente a —existe, puede afirmarse verdaderamente que existe, en un espacio *e* y en un tiempo *t*— una costumbre.

Se trata entonces de un problema conceptual, cuya solución depende de la definición de uno o más conceptos, de una o más nociones, de «costumbre» («el problema de la definición del concepto de costumbre», «el problema del concepto de costumbre»).

³ F. SORRENTINO, 1984: *Le fonti del diritto*, Genova: CLU, pp. 128, 129. Cfr., análogamente, V. CRISAFULLI, 1978: *Lezioni di diritto costituzionale. Il L'ordinamento costituzionale italiano*, Padova: Cedam, 4.^a ed., p. 136: «Le varie definizioni del fenomeno, recenti e remote, concordano nell'identificare la consuetudine nel fatto della "ripetizione costante ed uniforme" di una determinata condotta (elemento cosiddetto "materiale"), con la convinzione —si aggiunge da una parte della dottrina— che tale condotta sia "giuridicamente necessaria", o più esattamente, secondo l'incisiva formulazione del Romano, che sia "conforme al diritto" (elemento cosiddetto "spirituale" o "soggettivo": opinio juris seu necessitatis)»; A. PIZZORUSSO, 1988: *Consuetudine. I) Profili generali*, en *Enciclopedia giuridica*, Roma: Istituto dell'Enciclopedia italiana, vol. VIII, pp. 1 y ss.; L. PALADIN, 1996: *Le fonti del diritto italiano*, Bologna: Il Mulino, pp. 381 y ss.; R. GUASTINI, 1998: *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano: Giuffrè, pp. 646 y ss.

⁴ R. LUZZATTO, 2003: «Il diritto internazionale generale e le sue fonti», en S. M. CARBONE, R. LUZZATTO y A. SANTA MARÍA (eds.), *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino: Giappichelli, 2.^a ed., p. 41. No obstante, existen juristas autorizados que continúan aceptando la noción tradicional de costumbre. Piénsese, por ejemplo, en Gustavo ZAGREBELSKY y en Cajo Enrico BALOSSINI. Cfr. G. ZAGREBELSKY, 1970: *Sulla consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del diritto*, Torino: Utet, parte I; C. E. BALOSSINI, 1958: *Consuetudini, usi, pratiche, regole del costume*, Milano: Giuffrè; ID., 1963: *L'accertamento del diritto consuetudinario compito del giurista e del sociologo (la prassi amministrativa)*, lecciones dictadas durante el año académico 1962-1963, Milano: La Goliardica, pp. 18 y ss., también ID., 1973: *Usi (teoria degli)*, en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. 10, Torino: Utet.

Evidentemente, y de manera preliminar, el problema de las condiciones de existencia de las costumbres (el problema del concepto de costumbre) ha de ser, a su vez, abordado.

Podría detenerme en una meticulosa, y (para todos nosotros) penosa, caracterización de los diversos y numerosos modos en que es posible entender «el problema de las condiciones de existencia de las costumbres» («el problema del concepto de costumbre»), entrecruzando las múltiples acepciones de «condiciones de existencia» con las múltiples acepciones de «costumbre», todo a la luz de algunas distinciones metodológicas fundamentales. Pero no lo haré.

Me limitaré por lo tanto a precisar que, en la perspectiva de los juristas analíticos, el problema de las condiciones de existencia de las costumbres (el problema del concepto de costumbre) ha sido generalmente enunciado *grosso modo* de la siguiente manera:

Puesto que en el ámbito jurídico ha sido una constante la defensa de un esquema *dualista* de las condiciones de existencia de una costumbre (norma consuetudinaria), encastrada sobre el binomio «elemento externo»/«elemento interno», *usus/opinio*, y puesto que, al menos *prima facie*, la caracterización tradicional de las dos condiciones no parece para nada satisfactoria (en términos de precisión semántica, coherencia conceptual, fácil utilización, etc.), ¿es preferible redefinir la noción de «costumbre» («norma consuetudinaria») manteniendo el dualismo tradicional pero precisando y modificando sus términos, o es mejor debido a exigencias de precisión, coherencia, funcionalidad sustituir el modelo dualista tradicional por un modelo condicional (o «estructural») distinto?

2. *Juridicidad de las costumbres*. El segundo problema, el problema de las *condiciones de juridicidad de las costumbres*, se refiere a la identificación de los factores en presencia de los cuales una costumbre (una norma consuetudinaria o lo que se entienda por esa expresión) es una costumbre *jurídica*: es tiene valor de, constituye, o contribuye a la constitución del *Derecho consuetudinario* en un ordenamiento jurídico positivo.

Al igual que el primero, este segundo problema puede también ser entendido de muchas maneras diversas, no todas susceptibles de un abordaje teórico-analítico. Evitando, también aquí, detenerme en tediosas caracterizaciones de los diversos sentidos en que ha sido entendido «el» problema, me limitaré a precisar que una formulación analítico-compatible del problema de la juridicidad de las costumbres podría ser *grosso modo* la siguiente:

Puesto que históricamente ha sido propuesta una variedad de teorías acerca de las condiciones de juridicidad de las costumbres (de las normas consuetudinarias, o mejor, de aquellas cosas que han sido designadas con esa expresión), ¿cuál o cuáles, si alguna, de esas teorías pueden ser consideradas aceptables, desde el punto de vista de una teoría general analítica de las fuentes del derecho? En particular, ¿cuáles de esas teorías pueden ser consideradas como discursos genuinamente explicativos e informativos? ¿Y cuáles, en cambio, deben ser consideradas, más apropiadamente, ideologías inadvertidas o camufladas de las fuentes del Derecho, esto es, como discursos que, en cuanto no respetan el requisito weberiano de la avaloración pertenecen al universo de la dogmática jurídica o de la política jurídica?

3. *Genuinidad de las costumbres*. El tercer problema, el de las *condiciones de genuinidad, eficacia, o autosuficiencia nomopoiética de las costumbres*, puede, finalmente, formularse, bajo una perspectiva analítica, del modo siguiente (evitando, también en este último caso, una enumeración de posibles formulaciones alternativas):

Puesto que históricamente ha sido pacífico considerar que la costumbre *es* una verdadera y propia *fuerza del Derecho* (es decir como productora de normas y poseedora de eficacia y autosuficiencia *nomopoiética*⁵), ¿es realmente correcto (fundado, justificado) este modo extendido y consolidado de ver, o es en cambio el fruto de una (auto)ilusión? ¿No debería en cambio, al menos en lo que respecta a ciertos contextos institucionales, considerarse la costumbre como una *fuerza del Derecho aparente* (una *paper source*, una *source-in-books*), o incluso como una *pseudofuerza* (una *source-with-guile*), *i. e.*, como una pantalla detrás de la cual tienen lugar clandestinamente las operaciones nomopoiéticas de cierta clase de operadores jurídicos (en particular de los jueces, de los juristas, y de los abogados)? ¿No sería necesario, en fin, adoptar respecto de la costumbre como fuerza del Derecho una actitud de sano escepticismo (*custom-skepticism*)?

En lo que sigue analizaré las soluciones ofrecidas, respectivamente, por BOBBIO, LAZZARO y CELANO al primero de los tres problemas, apenas mencionados, de teoría analítica de la costumbre.

Antes de continuar, sin embargo, creo oportuno introducir algunas advertencias terminológicas mínimas, deliberadamente circulares (tautológicas).

1. «Costumbre» (pero las mismas consideraciones valen, creo, también para los términos correspondientes de otros idiomas, como, por ejemplo, el inglés *custom* o el italiano *consuetudine*) es un vocablo equívoco además de, en sus diversas acepciones, indeterminado.

2. A pesar de ello, juristas, filósofos y teóricos del Derecho, aún siendo presuntamente conscientes de la equivocidad de «costumbre», continúan sirviéndose indiscriminadamente de ese término, prefiriéndolo en lugar de expresiones más precisas que podrían igualmente utilizar y que al corresponderse con acepciones individuales del término no adolecen de la misma ambigüedad.

3. Quien se dedique a problemas de teoría (analítica) de la «costumbre» (y a las soluciones que han sido propuestas) harían bien en tener en cuenta que el término aparece y puede aparecer en los discursos de los juristas, de los filósofos y de los teóricos del Derecho con no menos de cinco diferentes acepciones elementales (no compuestas, no agregadas).

a) En primer lugar, el término «costumbre» es y puede ser usado para designar, de modo completamente genérico, el *fenómeno consuetudinario* en su totalidad. Por *fenómeno consuetudinario* puede entenderse el *ámbito de experiencia* que, en los distintos grupos sociales, puede identificarse sobre la base de criterios preanalíticos de sentido común, en el cual se encuentran cosas todas para desentrañar, ellas mismas y sus relaciones tales como comportamientos consuetudinarios, prácticas consuetudinarias,

⁵ A. G. CONTE me sugirió referirme a eficacia «nomogónica» para subrayar la presunta impersonalidad del proceso.

actitudes consuetudinarias, normas consuetudinarias, etc. («costumbre» como *fenómeno consuetudinario*, *costumbre-fenómeno social*).

b) En segundo lugar, el término «costumbre» es y puede ser usado para designar, más estrictamente, un (algún) *comportamiento consuetudinario* una conducta en algún sentido relacionada con prácticas consuetudinarias, actitudes consuetudinarias, normas consuetudinarias, etc. («costumbre» como *comportamiento consuetudinario*, *costumbre-conducta*).

c) En tercer lugar, el término «costumbre» es y puede ser usado para designar, más estrictamente, una (alguna) *norma consuetudinaria* sea lo que sea aquello que se entienda, o se pretenda entender, con una expresión tal con el único límite genérico de que si algo es una norma consuetudinaria, entonces no es —es algo distinto de— un *comportamiento consuetudinario*, una *actitud consuetudinaria*, una *práctica consuetudinaria*, etc. («costumbre» como *norma consuetudinaria*, *costumbre-norma*).

d) En cuarto lugar, el término «costumbre» es —y puede ser— usado para designar una *práctica consuetudinaria*. Entendiendo por *práctica consuetudinaria*, una vez llevada a cabo la redefinición de ciertas nociones de sentido común o tradicionales, un fenómeno social complejo, caracterizado por la convergencia de determinados *comportamientos* y *actitudes consuetudinarias*, así como —según el modo de ver defendido— determinadas *normas consuetudinarias* correlacionadas (en algún modo) con dichos comportamientos y actitudes («costumbre» como *práctica consuetudinaria*, *costumbre-práctica*).

e) En quinto y último lugar, el término «costumbre» es —y puede ser— usado para designar un particular *modo de producción de normas sociales* (normas de la moral positiva, normas del Derecho positivo, etc.) o, en términos más usuales, una particular *fuerza* de normas sociales. Esta *fuerza* se caracteriza por la combinación de comportamientos y actitudes consuetudinarios («costumbre» como fuerza consuetudinaria de normas, *costumbre-fuerza*, *costumbre-proceso* de producción normativa, en contraposición a la *costumbre-norma*, que es *costumbre-producto* o *costumbre-resultado*).

Hasta aquí, como habrá podido notarse, las advertencias terminológicas se refirieron al término «costumbre», expresión genérica no específicamente referida a la *costumbre jurídica*. Creo no obstante que las advertencias conservan su valor explicativo aún cuando «costumbre» sea utilizado, de modo más estricto, como sinónimo de «costumbre jurídica».

3. EL PROBLEMA DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA DE LAS COSTUMBRES (EL PROBLEMA DE LA DEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE COSTUMBRE)

Bajo la perspectiva de los juristas analíticos —decía antes— «el problema de las condiciones de existencia de las costumbres» («el problema del concepto de costumbre») ha sido, más precisamente, formulado del siguiente modo:

Puesto que en el ámbito jurídico ha sido una constante la defensa de un esquema *dualista* de las condiciones de existencia de una costumbre (norma consuetudinaria), encastrada sobre el binomio «elemento externo»/«elemento interno», *usus/opinio*, y

puesto que, al menos *prima facie*, la caracterización tradicional de las dos condiciones no parece para nada satisfactoria (en términos de precisión semántica, coherencia conceptual, fácil utilización, etc.), ¿es preferible redefinir la noción de «costumbre» («norma consuetudinaria») manteniendo el dualismo tradicional pero precisando y modificando sus términos, o es mejor, —debido a exigencias de precisión, coherencia, funcionalidad— sustituir el modelo dualista tradicional por un modelo condicional (o «estructural») distinto?

Seguidamente analizaré las posiciones de los tres filósofos mencionados en la introducción remontándome, para comenzar, a la de Norberto BOBBIO.

3.1. Normas consuetudinarias con una pata sola

Norberto BOBBIO se dedicó de manera específica a la costumbre en dos trabajos: *La consuetudine come fatto normativo* [*La costumbre como hecho normativo*], publicado en 1942; la voz *Consuetudine (teoria generale)* [*Costumbre (teoría general)*] para la *Enciclopedia del diritto*, publicada en 1962. Posteriormente se ocupó de ella, junto a fenómenos similares, en otra voz redactada para la *Enciclopedia del diritto* —la voz *Fatto normativo* [*Hecho normativo*]— publicada en 1967⁶.

3.1.1. *La costumbre como hecho normativo*

«Si se pregunta a la doctrina actualmente dominante, tanto en derecho público como en derecho privado, tanto en el derecho nacional como en el derecho internacional, se obtiene en todos lados una respuesta uniforme, que dada la seguridad con la que viene generalmente pronunciada adquiere el aspecto de doctrina obvia e incontrovertible: la costumbre jurídica consta de dos elementos, uno externo o repetición, uno interno u opinio iuris seu necessitatis»⁷.

Dicho esto, BOBBIO desarrolla una cerrada crítica del elemento interno (*opinio*) de la costumbre, convirtiéndolo en blanco de cuatro argumentos distintos pero convergentes (cuatro flechas que dan, desde direcciones diferentes, en el mismo San Sebastián). Se trata —con una terminología, y un orden expositivo, no bobbianos— de:

1. Un argumento semántico.
2. Un argumento genealógico.
3. Un argumento lógico.
4. Un argumento epistemológico⁸.

⁶ N. BOBBIO, 1942: *La consuetudine come fatto normativo*, Padova: Cedam; ID., 1962: «Consuetudine (teoria generale)», en *Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè, IX, pp. 426-443; ID., 1967: «Fatto normativo», en *Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè, XVI, pp. 988-995; las últimas dos contribuciones han aparecido también, con leves modificaciones, bajo el título: «Consuetudine e fatto normativo», en ID., 1949: *Contribuiti ad un dizionario giuridico*, Torino: Giappichelli, pp. 17-57. Cfr. también ID., 1960: *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino: Giappichelli, pp. 27-28.

⁷ N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., p. 49.

⁸ Entre las principales fuentes consideradas por BOBBIO en su crítica de la concepción tradicional GLÜCK, la Escuela histórica, la Pandectística, JHERING, ZITELMANN, KELSEN, GÉNY, LAMBERT, GURVITCH, la dogmática jurídica y la teoría general italiana, y la teoría institucionalista del Derecho.

1. El argumento *semántico* sostiene que la referencia al elemento de la *opinio* debe ser suprimido —tal como veremos— de un concepto bien formado de costumbre jurídica (norma jurídica consuetudinaria), en virtud de su extrema equivocidad e indeterminación⁹.

En primer lugar, admitiendo que «*opinio*» se encuentre por algún tipo de actitud psicológica, no es para nada claro *de qué tipo* de actitud psicológica se trata. Los juristas de hecho, con terminología undívaga («*opinio necessitatis*», «*opinio juris*», «*opinio iuris et necessitatis*», «*opinio iuris seu necessitatis*», etc.) parecen referirse indistintamente a cosas bastante diferentes, como consciencia, convicción, convencimiento, creencia, sentimiento, intención o voluntad.

En segundo lugar, aun cuando se convenga que la traducción jurídicamente más apropiada del término «*opinio*» sea *convicción* (o creencia), en la cultura jurídica es posible encontrar no menos de cuatro modos distintos, alternativos, de entender la «*opinio iuris (ac necessitatis)*»:

a) Como la convicción de actuar «por necesidad jurídica», *i. e.*, *no* con libertad, o por condescendencia, complacencia, u otras similares.

b) Como la convicción de actuar «por deber», «actuar obligatoriamente», o sea de «llevar a cabo un comportamiento intrínsecamente obligatorio».

c) Como la convicción de actuar de conformidad con una norma jurídica imperativa. Lo que sin embargo, según BOBBIO, reflejaría el prejuicio normativista (que puede condensarse en la idea «*nulla obligatio sine norma*»).

d) Como la convicción, en fin, de actuar para evitar una sanción (GÉNY), o sea, de realizar actos que no sería posible omitir impunemente (VIVANTE y los «sostenedores de la coactividad esencial del derecho») ¹⁰.

2. El argumento *genealógico* sostiene que la referencia al elemento de la *opinio* debe ser suprimido —tal como veremos— de un concepto bien formado de costumbre jurídica (norma jurídica consuetudinaria), en virtud de sus orígenes poco nobles.

Se trataría, de hecho, de un elemento extraño a la milenaria tradición romano-canónica y desconocido por los juristas medievales. La *opinio* habría obtenido los honores de la dogmática gracias a los exponentes de la Escuela histórica del Derecho, quienes por «veleidad teórica» habrían desnaturalizado la noción intermedia de *opinio iuris ac necessitatis* en beneficio de su propio, y opinable, proyecto de política cultural¹¹.

Los argumentos decisivos en contra de la *opinio* son, sin embargo, los últimos dos.

3. El argumento *lógico* sostiene que la referencia al elemento de la *opinio* debe ser suprimido —tal como veremos— de un concepto bien formado de costumbre jurídica (norma jurídica consuetudinaria), puesto que la combinación de elemento externo y

⁹ N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., pp. 49-50: «uno dei concetti più imbarazzanti ed equivoci che la dottrina giuridica abbia formulato, tramandato e difeso dalla Scuola storica in poi»; «il vecchio e consueto cimelio dell'*opinio iuris*» transmitido de mano en mano de «modo superficiale e convenzionale», sin «che neppur venga affrontato [...] l'impegno e il rischio di una nuova valutazione».

¹⁰ N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., pp. 52 y ss.

¹¹ *Ibidem*, pp. 57-58: «Nella dottrina intermedia esso non assume velleità teoretiche, ma ha una funzione pratica ben precisa e limitata, che è univocamente indicata nell'esclusione dal processo consuetudinario degli atti compiuti per liberalità, tolleranza, compiacenza e simili» (los destacados en el original).

elemento interno, tal como los entiende la doctrina tradicional, presenta dificultades irremediables.

«[C]uando la doctrina común —señala BOBBIO¹²— afirma que no puede darse costumbre jurídica si los actos que la constituyen no son cumplidos con la *opinio iuris seu necessitatis*, entiende que cada usuario individual debe cumplir el acto formativo de la costumbre jurídica con la convicción o creencia o sentimiento o consciencia de que ese acto es necesario, obligatorio, conforme a una norma jurídica, y que el acto contrario, como el acto ilícito, es pasible de sanción [...] El círculo vicioso es evidente [...] La norma consuetudinaria no se constituye si no existe la *opinio*; pero la *opinio* supone al mismo tiempo una norma ya constituida».

Quien quiera salir del círculo vicioso, sin renunciar a la concepción dualista de las normas consuetudinarias, se vería obligado a recorrer alguno de sólo dos caminos disponibles. Según BOBBIO, ambos ruinosos.

La primera vía de escape consiste en presentar el fenómeno de la costumbre como un ejemplo de *error theory* (una explicación fundada en la presencia de un error). En este caso la existencia de las normas consuetudinarias queda explicada por el hecho que la repetición (general y constante) de cierto comportamiento, por parte de una comunidad, reflejaría la creencia *falsa* (errónea) en la existencia de una norma jurídica que exige tal comportamiento, cuando en cambio, sostendría el teórico, tal norma aún no existe.

Esta primera vía de escape, sostiene BOBBIO, debe no obstante ser rechazada por su manifiesta «absurdidad», en cuanto hace descansar «todo el derecho consuetudinario sobre un error de derecho».

La segunda vía de escape consiste en retener la concepción de *opinio* como la creencia *verdadera* de observar una norma jurídica existente. Sin embargo, optando por esta vía se decreta inevitablemente, como veremos, la *irrelevancia constitutiva* («formativa», productiva) tanto del elemento externo, como del elemento interno —y por lo tanto de todo «el proceso consuetudinario»—. La costumbre queda reducida así, tal como —y más que— en la reconstrucción de la Escuela histórica, a fuente de conocimiento, y no ya de producción, del Derecho.

Si la creencia es verdadera, entonces la norma jurídica existe ya, *antes* de cualquier *usus* consistente en la observancia generalizada de esa norma. Pero si esto es así, es decir, si la norma existe con anterioridad al *usus*, entonces este último no contribuye para nada a la creación de la norma, sino, como mucho, a su conservación. Y en este caso tampoco la creencia contribuye a *producir* una norma jurídica pues tal norma existe ya. El *uso* sirve sólo para conservar la y la *opinio* desempeña, como aquél, una función heurística sólo a posteriori¹³.

Si realmente se desea salir del círculo vicioso —sostiene BOBBIO— es necesario elegir una tercera vía. Se trata de «romper el círculo vicioso, eliminando uno de los dos términos». ¿Cuál? A este respecto BOBBIO no deja lugar a dudas¹⁴:

¹² *Ibidem*, p. 53.

¹³ *Ibidem*, p. 54: «*si cade nella palese contraddizione di considerare, da un lato, l'opinio come elemento costitutivo della formazione del diritto consuetudinario, dall'altro, il processo consuetudinario come non formativo di diritto: in altri termini, di attribuire all'opinio efficacia formativa di un diritto che non si formerà mai, perché l'opinio stessa lo presuppone già formato.*»

¹⁴ *Ibidem*, p. 55.

«No queda más que eliminar la *opinio iuris*. Vale para confirmarlo, la experiencia jurídica misma, la que, cuando nos pone delante de una norma consuetudinaria, nos presenta una regla que, en virtud de exigencias sociales ineludibles, nace como consecuencia de un estado de cosas determinado y poco a poco se convierte en una norma obligatoria debido a la constante y uniforme repetición por parte de una gran cantidad de personas; quienes, aun si se obligan, ignoran obligarse en nombre de una regla constituida, que, por otro lado, no existe todavía porque ellos mismo contribuyen a formarla, sino que contraen únicamente una obligación de hecho o natural, que sólo el tiempo o la tradición transformarán en obligación general y abstracta, una vez que la serie de repeticiones será tal como para haber generado, mediante la fuerza del ejemplo, la convicción o la creencia que observar esta regla es obligatorio. De este modo la experiencia jurídica nos muestra que la creencia en la obligatoriedad de una norma no nace durante el proceso de formación, sino al final, cuando la norma consuetudinaria se encuentra ya formada».

4. El argumento epistemológico sostiene, finalmente, que la referencia al elemento de la *opinio* deba ser suprimido —tal como veremos— de un concepto bien formado de costumbre jurídica (norma jurídica consuetudinaria), puesto que los estados mentales (convicciones, creencias, intenciones, etc.) son sólo susceptibles de conocimiento (conjetural) a través de indicios externos. Tales indicios externos, sin embargo, no son cosa distinta a lo que suele llamarse «elemento externo» de la costumbre (*usus*). Se sigue por lo tanto que, desde un punto de vista epistemológico, el elemento interno no posee ninguna relevancia autónoma respecto del elemento externo. Aun más, resulta inescindiblemente vinculado a este, la prueba de su existencia coincide con la prueba de la existencia del *usus* y no puede darse sin éste.

«De este modo —sostiene BOBBIO, siguiendo a Kelsen¹⁵—, el mejor modo de probar si existe la *opinio* es comprobar si la regla ha sido o no repetida. Pero esto lleva desde lo interno a lo externo, de la convicción a la repetición. En fin, después de haber salvado a la creencia como elemento probatorio de la repetición ya verificada [de la formación de la norma consuetudinaria ya verificada], nos damos cuenta de que ella misma, la creencia, necesita a su vez de la repetición para ser probada. Otra vez más el requisito interno ha sido expulsado de su nido: ¿que nos impide todavía decir que *se trata de un elemento jurídicamente irrelevante, tanto* en el proceso formativo, porque [en tal proceso] no tiene lugar, *como* en el conservador, porque no resulta [autónomamente] verificable?».

Llegado a este punto BOBBIO advierte encontrarse frente a un problema¹⁶:

«La eliminación de la *opinio iuris* nos enfrenta a una dificultad fundamental: ¿cómo distinguir la costumbre jurídica de aquella no jurídica?».

¿Como es posible distinguir las (simples) reglas del vestir (formalidades, prendas adecuadas, etc.) de las reglas jurídicas consuetudinarias, de las normas del Derecho consuetudinario?

Según BOBBIO el único criterio de distinción posible es un criterio sustancial que haga referencia a la idea de un contenido mínimo de Derecho natural, cuestión que será abordada veinte años después, por Herbert HART.

Sobre la base de este criterio, son normas consuetudinarias jurídicas (normas del Derecho consuetudinario) aquellas normas producidas por una práctica social de observancia (en virtud «del tiempo y de la tradición») y que pueden considerarse:

¹⁵ *Ibidem*, p. 57.

¹⁶ *Ibidem*, p. 66.

«Esenciales para la constitución y la conservación del grupo, junto a otras reglas no esenciales [...] Histórica y sociológicamente, el fenómeno jurídico, esto es la constitución de normas obligatorias, no puede explicarse de otro modo más que como el resultado de una labor gradual de selección, llevada a cabo en el ámbito de la sociedad en general, de normas esenciales para el grupo y por lo tanto necesarias para la convivencia, de entre normas no esenciales o que poco a poco se demuestran tales»¹⁷.

Es necesario por lo tanto distinguir entre:

«La costumbre que transmite reglas meramente extrínsecas y no necesarias para la existencia del grupo (la moda, la reglas del vestir, etc.) y la costumbre que transmite reglas que inciden en la estructura, la naturaleza y la finalidad mismas del grupo y las relaciones entre los individuos que las transmiten y que transmitiéndolas contribuyen a formar la regla consuetudinaria misma»¹⁸.

Y la determinación del carácter esencial de una norma consuetudinaria —y por lo tanto de su juridicidad— no podrá sino ser un juicio fáctico acerca de aquello que *de hecho* se considera esencial en cada sociedad, que no obstante deberá también tener en cuenta los preceptos fundamentales que anteceden a toda forma de convivencia humana «organizada»:

«Existen —escribe BOBBIO¹⁹— *normas ineliminables e insustituibles*, como aquellas que imponen la observancia de los pactos o la obediencia de la autoridad o la reparación del daño o la restitución de lo ajeno o el castigo de las desviaciones, *normas que pertenecen a todo ordenamiento, porque sin esas normas no puede concebirse una sociedad organizada*. Estas normas constituyen *la trama en la cual se entrelazan los hechos normativos y el derecho positivo, cambiante y diferenciado* [...] Dada la convivencia humana, como problema que requiere una solución, no se puede negar la existencia de reglas universalmente válidas, o en otras palabras, la validez del derecho natural, verdadera y propia lógica formal de la convivencia».

En los escritos sucesivos, BOBBIO cambiará de idea acerca de la existencia de normas consuetudinarias *intrínsecamente* jurídicas, rechazando el criterio *del contenido* (o *sustancial*) defendido en el trabajo de 1942 a favor de un criterio (que podríamos llamar) *sociológico-funcional* de la juridicidad de las normas sociales consuetudinarias²⁰.

¹⁷ *Ibidem*, p. 77.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 77-78.

¹⁹ *Ibidem*, p. 83.

²⁰ Cfr. N. BOBBIO, *Consuetudine e fatto normativo*, cit., pp. 22 y ss., en donde, luego de haber afirmado que «*la ripetizione degli stessi comportamenti per un certo periodo di tempo dà luogo ad una regola consuetudinaria, ma non di per se stessa a una regola giuridica*», y luego de haber rechazado las cinco doctrinas tradicionales acerca de la juridicidad de las normas consuetudinarias [1] la doctrina de la voluntad tácita del soberano (pueblo o príncipe); 2) la doctrina de la conciencia común del pueblo (espíritu del pueblo); 3) la doctrina del reconocimiento judicial; 4) la doctrina de la juridicidad intrínseca; 5) la doctrina de la *opinio iuris seu necessitatis*], arriba a un criterio de juridicidad centrado en la idea de la *pertenencia funcional a un ordenamiento jurídico*. De acuerdo a este criterio, una norma es jurídica si, y sólo si, pertenece a un ordenamiento jurídico (como «conjunto de normas protegidas por una sanción institucionalizada»); y pertenece a un ordenamiento jurídico si, y sólo si, contribuye a su constitución o a su funcionamiento. «*Vi sono* —escribe BOBBIO en la p. 34— *due modi principali con cui una regola diventa parte di un ordinamento*: 1) *in quanto contribuisce a far sorgere e a far agire i poteri cui è affidato il funzionamento del meccanismo della sanzione*; 2) *in quanto offre ai poteri così costituiti criteri per il giudizio dei conflitti di interesse che possono sorgere tra i membri del gruppo* (o *tra questi e gli organi dirigenti*)». Se sigue por lo tanto que las normas sociales consuetudinarias, en cuanto «reglas producidas por una repetición constante, general, uniforme, etc.» son normas jurídicas, con relación a un ordenamiento jurídico determinado, si, y sólo si, se satisfacen las siguientes condiciones: «1) [...] *da tali regole dipende o a tali regole si ispira la formazione di organi costitutivi dell'ordinamento*; 2) [...] *tali regole sono accolte dagli organi così costituiti come criteri per la risoluzione di un conflitto di interesse. Nella prima categoria rientrano le cosiddette*

Sin embargo mantendrá sin variaciones sustanciales su posición —de rechazo radical— acerca de la concepción dualista tradicional de la costumbre. En particular mantendrá también su posición acerca de la carencia de relevancia autónoma del elemento *opinio*²¹.

3.1.2. Consideraciones al margen

Nos encontramos ya en grado de identificar los puntos relevantes de la concepción de la «costumbre jurídica» o más precisamente, de las *normas consuetudinarias jurídicas* construida por BOBBIO sobre los escombros, que él mismo provocara, de la concepción tradicional.

1. Una norma jurídica consuetudinaria es i) una «regla» social, ii) referida a comportamientos *esenciales* para la vida de la sociedad, iii) que ha adquirido valor de norma jurídica obligatoria luego de la repetida observancia por parte de los miembros de la sociedad y en virtud «del tiempo y de la tradición» («de la fuerza de la tradición», de «la autoridad de la tradición»), y iv) que mantiene su validez gracias a la constante observancia por parte de los miembros de la sociedad²².

La fuente de la cual surgen las normas jurídicas consuetudinarias serían, por lo tanto, hechos normativos, consistentes en la repetición de «reglas» sociales, tal como queda resaltado por el título mismo de la monografía bobbiana.

2. En relación con cualquier norma consuetudinaria jurídica, es necesario distinguir cuidadosamente dos fases: la fase de la *formación* de la norma y la fase de la *conservación* de la norma.

consuetudini costituzionali; nella seconda le consuetudini di diritto privato, compresi gli usi mercantili) (pp. 34-35). Se trata, vale decir, de un criterio opinable por dos razones fundamentales: 1) El criterio no tiene en cuenta la diferencia, que en cambio sí es tenida en cuenta por los ordenamientos positivos, entre *pertenencia* y *aplicabilidad* de las normas: existen, de hecho, normas —como las del Derecho extranjero o del Derecho internacional— que típicamente, aun sin pertenecer al ordenamiento, son aplicables en virtud de metanormas que así lo disponen. Sin embargo, de acuerdo al criterio bobbiano tales normas se transformarían *ipso facto* en normas del ordenamiento en el cual se aplican (o mejor: en el cual deben/pueden ser aplicadas). 2) El criterio, en todo caso, es inaceptable desde el punto de vista de una teoría general de las fuentes del Derecho. La única posición que puede ser razonablemente defendida por un teórico del Derecho es aquella posición —normativista, más allá de las confusiones— para la cual una costumbre (uso, norma consuetudinaria, etc.) es Derecho si satisface las condiciones que a veces establecen las metanormas que, en cada ordenamiento positivo, regulan la producción jurídica. Esta posición es defendida de manera ejemplar por B. CELANO, 1996: «Consuetudine e norme sulla produzione di norme», en P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (eds.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Torino: Giappichelli, pp. 185-214.

²¹ Cfr., p. ej., N. BOBBIO, *Consuetudine e fatto normativo*, cit., p. 53: «*elevare a elemento privilegiato della consuetudine il mero fatto della ripetizione nel tempo non significa escludere nei singoli utenti un determinato atteggiamento interno che può anche essere chiamato opinio iuris: significa escludere che questo atteggiamento interno abbia rilevanza per la formazione o modificazione o estinzione di una regola consuetudinaria, in quanto si assume come solo rilevante il mero comportamento di fatto, cioè l'adesione totale, o l'adesione parziale, o la non adesione alla regola tramandata*». En su conjunto, la concepción de la costumbre presentada en este trabajo resulta mucho menos articulada, y menos sofisticada, que la delineada en el libro de 1942.

²² En el trabajo *Consuetudine e fatto normativo*, cit., pp. 20 y ss., BOBBIO identifica seis requisitos necesarios para que la repetición de un comportamiento produzca una norma consuetudinaria: 1) trascurso del tiempo; 2) generalidad; 3) uniformidad; 4) constancia (sin interrupción); 5) frecuencia (sin intervalos); 6) publicidad respecto de este último requisito precisa que «*il diritto di cui si chiede il riconoscimento in base alla regola consuetudinaria consolidata, non sia stato esercitato segretamente*».

3. En la *fase de formación* de una norma consuetudinaria, intervienen cuatro factores de producción:

- i) Una «regla» surgida en un grupo «en virtud de ineludibles exigencias sociales» (*regula*).
- ii) La repetida observancia de la «regla» (que podríamos llamar *usus regulae*).
- iii) La creencia en la obligatoriedad «de hecho» o «natural» de la «regla» (que podríamos llamar *opinio regulae*).
- iv) La «fuerza de la tradición», que se manifiesta en cada miembro de un grupo social en la actitud según la cual, con palabras de BOBBIO:

«Yo actúo así, porque muchos otros pertenecientes a mi misma organización social han actuado de este modo antes que yo»²³.

Dos observaciones brevísimas.

a) La *opinio regulae* en virtud de consideraciones epistemológicas análogas a las que BOBBIO formula en relación con la *opinio iuris*, no puede sino probarse mediante el relevamiento de una repetida observancia de la regla social por parte de la generalidad de los miembros. Por lo tanto, según BOBBIO, la *opinio regulae* no posee, en el proceso de producción, una relevancia autónoma respecto de la repetición del comportamiento conforme a la regla (*usus regulae*)²⁴.

b) Una vez rechazado el normativismo («*nulla norma sine praevia norma*») BOBBIO ilustra de modo opaco y débil la «fuerza de la tradición» tal como puede advertirse claramente en el párrafo apenas citado. El párrafo en cuestión, de hecho, contiene un argumento evidentemente elíptico en el cual pueden distinguirse dos ingredientes. Un primer ingrediente lo constituye la premisa normativa —en particular el principio de la autoridad de la tradición— según la cual: «es un deber comportarse tal como se han comportado los otros (innumerables) miembros de la propia organización social». El segundo ingrediente lo constituye la elección moral fundamental: la aceptación por parte de los individuos del principio de autoridad de la tradición, como principio ético dominante (o exclusivo) de su propio actuar social²⁵.

4. En la *fase de conservación* de la norma consuetudinaria intervienen, en cambio, dos factores:

- i) La repetida observancia de la norma (*usus*).
- ii) La creencia en la existencia de una norma jurídica obligatoria, o sea, la creencia de que cierto comportamiento es obligatorio porque así lo exige una norma jurídica (*opinio iuris*).

La *opinio iuris* sin embargo, por razones epistemológicas, no puede sino probarse a través del relevamiento de una observancia repetida de la norma consuetudinaria. De esta manera la *opinio iuris* tampoco posee relevancia conservatoria autónoma respecto de la repetición del comportamiento conforme a la norma (*usus*).

²³ N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., p. 30.

²⁴ Realizo estas aclaraciones con el objetivo de llevar a cabo una *charitable interpretation*, teniendo en cuenta el párrafo citado antes en N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., p. 55.

²⁵ Para un rechazo ejemplar de la pretensión —común en numerosas teorías— de reconducir el origen de las normas consuetudinarias a meros hechos sociales, *cf.* C. ERNST, 1994: *Los derechos implícitos*, Córdoba: Lerner, pp. 127 y ss.

5. En conclusión, la *opinio iuris*, tal como es entendida por la doctrina tradicional, no posee ni una función constitutiva o formativa de la norma consuetudinaria (ni puede tenerlo por razones conceptuales), ni una función autónoma como elemento «probatorio» la fase («proceso») de «conservación» de las normas.

El tratamiento bobbiano de la costumbre jurídica representa, todavía hoy, un caso paradigmático de abordaje teórico desprejuiciado de un fragmento del pensamiento jurídico (la tradicional noción dualista de costumbre), acompañado de una tarea de reconstrucción racional.

El éxito de la reconstrucción —para usar fórmulas recurrentes, y siguiendo lo sostenido por BOBBIO— consiste en sustituir una *concepción dualista* de la costumbre— asentada sobre la combinación de dos elementos constitutivos: *usus* y *opinio*— por una *concepción monista*. Bajo esta concepción, la *opinio* queda absorbida por el elemento externo, el *usus*, y éste queda como el único factor constitutivo (junto a la fuerza de la tradición)²⁶. Es así que la concepción de la costumbre jurídica defendida por BOBBIO, si se la compara con la concepción tradicional, es una concepción de *pata única* («one-legged»), retomando una feliz expresión de Gerald POSTEMA.

Sin embargo, es necesario señalar que una comparación que, quizás como consecuencia de un apresurado deseo de clasificación de las teorías (monistas, dualistas, etc.), se limitase sólo a este aspecto pasaría por alto las demás diferencias que existen entre la concepción tradicional y la concepción defendida por BOBBIO.

La adhesión de BOBBIO al monismo behaviorístico se inserta en un cuadro de oposición radical a la doctrina tradicional de la costumbre. Un cuadro en el cual la crítica al *contenido* de la doctrina tradicional de la costumbre es una crítica por elevación al pensamiento jurídico tradicional, bajo los siguientes aspectos metodológicos: *a*) el modo de plantear el problema de las condiciones de existencia de las costumbres, y *b*) el modo de abordarlo.

Acerca del modo de concebir el problema, en el trabajo de 1942 BOBBIO, sugiere que, aparentemente, cuando nos preguntamos por las «condiciones de existencia» de las normas consuetudinarias, nos encontramos, si se observa bien, frente a no uno sino dos problemas distintos. Por un lado, el problema de las *condiciones de formación* de una norma consuetudinaria jurídica, por otro lado, el problema de las *condiciones de conservación* de la norma consuetudinaria ya formada. Y —sugiere BOBBIO— el elemento de la *opinio*, tal como resulta concebido por la doctrina tradicional, naufraga precisamente contra los peligrosos escollos de la distinción entre la fase formativa y la fase conservatoria de las normas consuetudinarias.

Respecto del modo de abordar el problema, BOBBIO sugiere que las dificultades de la doctrina tradicional derivan esencialmente de la ausencia de espíritu crítico, de un cansino y persistente adormecimiento de la razón. Los juristas se limitan a repetir viejas fórmulas, cargadas de los más diversos legados culturales, no prestan atención suficiente a los conceptos que usan y no se preocupan por someterlos a examen lógico y

²⁶ N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., p. 84: «la sua struttura essenziale è data dalla ripetizione costante, uniforme, generale di atti, indipendentemente dalla credenza o dal sentimento o dalla convinzione o dalla intenzione dei soggetti».

empírico. Es así que los juristas se encuentran al fin y al cabo utilizando aparatos conceptuales mezquinos e insuficientes como para capturar adecuadamente los variados aspectos de las cosas a las que se refieren.

Dicho esto, es igualmente cierto que la concepción bobbiana de la constumbre presenta —al menos bajo la mirada de quien la analiza aquí y ahora, trascurridos casi setenta años desde su formulación— graves limitaciones.

Dejando de lado, por razones de tiempo, la tesis de la intrínseca juridicidad de las reglas sociales esenciales que resultan consagradas por una práctica concordante (y por la «fuerza de la tradición») quiero detenerme —y llamar la atención— sobre cuatro aspectos de la teoría bobbiana:

1. «Reglas» sociales como puntos a partir de los cuales inician los procesos de formación de Derecho consuetudinario.

2. La concepción bobbiana del *usus*.

3. Los límites del argumento epistemológico.

4. Los modos de escapar de las redes del argumento lógico.

1. *Reglas sociales como puntos de partida*. La fuente costumbre transforma «reglas» sociales (esenciales) en normas jurídicas, a través de la repetición y de la fuerza de la tradición.

La primera pregunta es, ¿qué son las reglas sociales que constituyen el punto de partida de los procesos de formación de normas jurídicas consuetudinarias? ¿Son «reglas» (prescripciones) o son quizás «regularidades» (comportamientos habituales)?

Dado el silencio de BOBBIO acerca de la cuestión, no queda sino formular conjeturas basadas en el principio de interpretación simpatética.

Pues bien, propongo como conjetura que las «reglas» de las que habla BOBBIO pueden concebirse como *modelos (esquemas) de comportamiento* originariamente adoptados, dentro de un grupo social, por ciertos individuos en sus relaciones con otros individuos. Estos *modelos (esquemas) de comportamiento* luego son imitados, repetidos, por los demás miembros y por las sucesivas generaciones («en un caso parecido se ha actuado así, y desde entonces siempre se ha hecho lo mismo»). La norma consuetudinaria provendría, de esta manera, de la repetición de comportamientos sociales en coincidencia con un modelo de comportamiento (precedente, cuyo verificarse puede incluso perderse en la noche del tiempo). Ese modelo de comportamiento, gracias a la autoridad de la tradición, se transforma, por fuerza de la repetición a lo largo del tiempo, en norma jurídica.

Esta conjetura me parece plausible. Queda sin embargo el hecho de que la concepción de BOBBIO es indeterminada en un punto fundamental: la naturaleza —y la genealogía— de las «reglas» sociales.

2. *Usus regulae/usus iuris*. En la literatura es común detenerse sobre el monismo behaviorístico que caracteriza la concepción bobbiana de las normas consuetudinarias²⁷.

²⁷ Cfr., p. ej., G. LAZZARO, 1983: «Reciprocità e consuetudine», en U. SCARPELLI (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto BOBBIO*, Milano: Comunità, pp. 231 y ss.

Este tipo de análisis, sin embargo, no permite advertir que tampoco el elemento externo es ya el mismo que el de la doctrina tradicional. Y no es más el mismo porque, como hemos visto, además del *usus iuris* que se corresponde *grosso modo* al *usus* de la concepción tradicional, BOBBIO estima conveniente introducir (lo que he denominado) el *usus regulae*.

El primero —*usus iuris*— que interviene en la fase de la conservación de una norma jurídica consuetudinaria por hipótesis ya vigente (existente) es, podría decirse, un *usus confirmatorio*.

El segundo —*usus regulae*— que interviene en cambio en la fase de producción de una norma jurídica consuetudinaria es, podría decirse, un *usus formativo, constitutivo, productivo*.

BOBBIO es, claramente, un filósofo atento. Tanto como para ser consciente del hecho de que las dos *nociones*, claras y distintas en el cielo de los conceptos, comienzan a rasgarse —bajo la forma de una inevitable textura abierta— una vez enfrentadas a la experiencia. Escribe BOBBIO²⁸:

«La confusión entre los dos procesos, a consecuencia de la cual se habla generalmente de costumbre jurídica sin distinguir si se trata de una costumbre formativa [*usus* formativo] de una norma consuetudinaria, o de una costumbre conservatoria [*usus* conservativo] de una norma que puede incluso no ser consuetudinaria, confusión que se produce en el terreno de la costumbre [-fuente] pero no en el de, digamos, la ley [...] proviene evidentemente del hecho de que en la vida de la costumbre [-norma], a diferencia de la de la ley, tanto la formación como la conservación tienen lugar mediante el mismo proceso de repetición, y resulta difícil, o al menos engorroso, cuándo termina uno y comienza el otro. Pero que existe una diferencia resulta del hecho [...] que la repetición destinada a la formación posee efectos diferentes de la repetición destinada a la conservación. [...] En ausencia de la primera no se crea el *uso*, en ausencia de la segunda se crea el *desuso*»^{*}.

Adviértase, sin embargo, que esta admisión de BOBBIO, lejos de ser marginal, genera consecuencias infaustas. Nos habíamos desembarazado de la *opinio* debido a su absurdidad (en relación con la formación de las normas consuetudinarias) o su irrelevancia (en relación con la conservación de las normas consuetudinarias), y sin embargo nos encontramos ahora frente a un *usus* respecto del cual no es posible determinar si se trata de un *usus* formativo o un *usus* confirmatorio.

Si esto es así, la noción bobbiana de norma consuetudinaria resulta, desafortunadamente, viciada de una profunda indeterminación, que se proyecta fatalmente sobre la experiencia social y jurídica que pretende iluminarse a través de ella. La indeterminación genera controversia. La controversia nos pone frente al juez (si existe uno). Y el juez tiene inevitablemente que decidir, en condiciones de incertidumbre y según su propia (y más o menos amplia) discreción, si ha sido atravesado el umbral invisible más allá del cual el *usus* formativo se transforma en *usus* conservatorio. Decidir sí, en otras palabras, ha sido traspasada la puerta intangible más allá de la cual la *opinio regulae* se

²⁸ N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., p. 56 —el párrafo, como me he atrevido a señalar, documenta de manera preciosa la equívocidad de «costumbre» en los contextos jurídicos—.

^{*} N. de T.: BOBBIO utiliza los términos *consuetudine* y *desuetudine*, en lugar de *uso* y *desuso*, respectivamente. Prefiero utilizar este último para para conservar, en castellano, el juego de palabras.

transforma en *opinio iuris*, y el deber de hecho se transforma —se podría decir, mágicamente— en deber jurídico.

Desde este ángulo visual, la perplejidad que manifiesta BOBBIO, con su conocida honestidad y agudeza, parece capaz de desmoronar completamente su propia reconstrucción. De la sartén de la concepción tradicional, rebosante de dificultades, hemos caído en las brasas de una concepción meritória en su *pars destruens*, pero inadecuada en su *pars construens*. Inadecuada porque, en última instancia, parece promover conclusiones escépticas acerca de la costumbre como fuente; parece sugerir, en otras palabras, que es sumamente difícil —si no imposible— conceptualizar la formación de las normas consuetudinarias de un modo que preserve la eficiencia nomopoiética autónoma de ese modo de producción normativa²⁹.

3. *Perplejidades acerca del argumento epistemológico*. Uno de los dos argumentos principales que utiliza BOBBIO para suprimir el elemento *opinio* de un concepto bien formado de norma consuetudinaria y hacerlo absorber por el elemento externo, es, como hemos visto, el argumento (que he llamado) epistemológico.

El argumento epistemológico presenta sin embargo, según pienso, dos límites fundamentales.

Un primer límite consiste, creo, en su excesivo rigor. Consiste, si se quiere, en una especie de absolutismo desilusionado, para usar una célebre frase de Herbert HART. Efectivamente, BOBBIO parece razonar de la siguiente manera: puesto que no es posible probar la existencia de un estado mental, si no indirectamente, sobre la base de datos «externos» de experiencia, entonces el estado mental debe considerarse jurídicamente irrelevante.

Evidentemente, la premisa (intermedia) en el razonamiento de BOBBIO no conduce necesariamente a esa única conclusión. Lo hace si, y sólo si, se agrega una premisa ulterior, no explicitada por BOBBIO, pero claramente —aunque tácitamente— presupuesta, a saber, la premisa según la cual todo lo que no puede probarse directamente no es jurídicamente relevante.

Desde un punto de vista jurídico, sin embargo, esta última premisa es opinable, basta pensar en el instituto de las presunciones judiciales.

²⁹ En la literatura más reciente las razones del escepticismo acerca de la costumbre como fuente han sido examinadas, en particular, por B. CELANO, *Consuetudine e norme sulla produzione di norme*, cit., pp. 185 y ss.; F. SCHAUER, «Pitfalls in the Interpretation of Customary Law», en A. PERREAU-SAUSSINE y J. B. MURPHY (eds.), *The Nature of Customary Law*, cit., pp. 13-34; D. CANALE, 2007: «La consuetudine giuridica: problemi e paradossi», ponencia presentada en el congreso *La consuetudine giuridica: teoria, storia, ambiti disciplinari*, Milano: Università di Milano, 20 de septiembre. Asimismo, el escepticismo acerca de la costumbre como fuente encuentra ya una autorizada expresión en Max WEBER, 1922: «Wirtschaft und Gesellschaft», Band III, *Soziologie des Rechts*, trad. it., «Economía e società», vol. III, *Sociologia del diritto*, Milano: Comunità, 1981, pp. 87 y ss. Con particular interés en la posición de los jueces y de los juristas respecto del Derecho consuetudinario, Max WEBER observa (pp. 92-93, 94): «il giudice non si limita mai ad apporre il suo sigillo a ordinamenti già di fatto validi [effettivi, ndr] in base a un consenso o a una stipulazione, ma influenza sempre il processo di selezione di ciò che è destinato a sopravvivere come diritto, spesso —in misura notevole— attraverso le conseguenze operanti al di là del caso particolare che è stato oggetto della decisione [...] In conclusione, costituiscono fonti primarie di produzione di norme giuridiche il consolidarsi in forma tipica di determinati consensi, soprattutto di stipulazioni razionali rispetto allo scopo, che vengono sempre più consapevolmente poste in essere dall'agire degli individui impegnati a delimitare reciprocamente le loro sfere di interessi, con l'assistenza dell'«avvocato» di professione, e insieme a ciò i «precedenti» dei «giudici»».

Un segundo, y más serio, límite del argumento epistemológico se presenta respecto de la delimitación del elemento externo. En su intento por reconstruir racionalmente la noción tradicional de costumbre (no importa aquí si, en el ensayo de 1942, BOBBIO fue filósofo analítico sin saberlo) BOBBIO adopta una concepción restringida del elemento externo. Concepción que, es verdad, le ha sido sugerida por la tradición. Según este modo de ver, el elemento externo coincide con el *usus*, y el *usus*, a su vez, no es otra cosa más que la *repetición* de comportamientos conforme a un modelo, a un regla.

En sede de reconstrucción racional, sin embargo, la identificación del elemento externo con el *usus* puede —y, en virtud también de múltiples razones de oportunidad, quizás deba— ser abandonada. A favor, por ejemplo, de una concepción más amplia del campo de referencia del elemento externo que incluya, además del *usus* en sentido estricto (como repetición de un patrón de comportamiento), comportamientos colindantes —en gran parte, pero no exclusivamente, lingüísticos—, que tienen lugar junto a la repetición del comportamiento conforme a la regla y junto a la producción de comportamientos desviados. Este tipo de comportamientos colindantes consisten, típicamente, en manifestaciones de aprobación para aquellos que actúen según el *usus* y para aquellos que reaccionen de un cierto modo frente a comportamientos desviados, y en manifestaciones de desaprobación para quienes se aparten del *usus*.

En defensa de este modo de concebir el elemento externo —en relación con la relevancia y la verificación del elemento interno— es posible apoyarse en dos autoridades, ambas pertenecientes a la cultura jurídica de la segunda mitad del siglo pasado.

Por un lado, puede invocarse la teoría de las reglas sociales de Herbert HART. HART, como se sabe, propone una concepción más amplia de los datos empíricos que permiten verificar la existencia de reglas sociales, como también distinguirlas de una mera regularidad o hábito, socialmente difuso. De esta teoría, defendida por HART frente al estricto conductismo de ciertos realistas americanos, se servirá el mismo BOBBIO en un trabajo posterior³⁰.

Por otro lado, es posible invocarse cierta corriente de la doctrina internacionalista contemporánea, cuya formulación puede encontrarse, por ejemplo, en la sentencia que la Corte Internacional de Justicia dictó en el caso *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*. Una sentencia que posee algunos párrafos que parecen escritos por el puño del mismo HART (J. HART, naturalmente)³¹:

«No ha de esperarse que en la práctica los Estados apliquen las normas en cuestión de manera perfecta, en el sentido que los Estados se hayan abstenido, de modo absolutamente consistente, del uso de la fuerza o de la intervención en los asuntos internos de otro estado. La Corte no cree que por el hecho de que una norma se haya establecido como consuetudinaria, la práctica correspondiente tenga que conformarse a la regla de manera absolutamen-

³⁰ Cfr. H. L. A. HART, 1961: *The Concept of Law*, 2.^a ed. con prólogo por P. A. BULLOCH y J. RAZ, Oxford: Oxford University Press, 1994, pp. 85 y ss.; N. BOBBIO, 1980: «Norma», en ID., *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., pp. 180-181.

³¹ Corte Internacional de Justicia, Sentencia del 27 de junio de 1986 en el «Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua contra los Estados Unidos de América)», en *CIJ Recueil*, 1986, 14, párr. 186, citado por R. LUZZATTO, *Il diritto internazionale generale e le sue fonti*, cit., p. 48.

te rigurosa. Para determinar la existencia de normas consuetudinarias, la Corte considera suficiente que la conducta de los Estados coincida, en general, con tales reglas y que los casos de conductas estatales que no coincidan con una regla dada hayan sido tratados en general como violación de la regla, y no como indicación de un reconocimiento de una nueva regla. Si un Estado se comporta de manera *prima facie* incompatible con una regla reconocida, pero defiende su propia conducta alegando excepciones o justificaciones contempladas por la norma en cuestión, tal actitud tiende a confirmar, más que a debilitar, la norma, independientemente del hecho de que la conducta del Estado sea de hecho justificable sobre esa base».

4. ¿Una cuarta vía de salida? Frente a la efectividad del argumento lógico, y luego de haber mencionado dos vías de salida, ambas ruinosas, BOBBIO propone, como único recurso practicable para salvar la noción de costumbre jurídica del naufragio, una tercera vía de salida. La vía de salida propuesta por BOBBIO comporta, como se ha visto, sacrificar el elemento *opinio* y anclar las normas consuetudinarias en el *usus* (*usus-formativo* y *usus-conservativo*).

La concepción de las normas consuetudinarias defendida por BOBBIO presenta, sin embargo, algunos defectos que comprometen su valor como alternativa a la concepción dualista tradicional. Esto exige buscar otras vías de salida. ¿Pero existen?

Aparentemente sí.

BOBBIO elimina el elemento *opinio*, como hemos visto, por dos motivos. En primer lugar porque considera equivocada la concepción tradicional. En segundo lugar, y sobre todo, debido a la dependencia epistemológica que la *opinio* presenta respecto al *usus*. *Usus* entendido como repetición de un comportamiento de acuerdo a una «regla».

La debilidad del argumento epistemológico, sin embargo, sugiere la posibilidad de una cuarta vía de salida. Vía consistente en el *conservar*, con los ajuste necesarios, el elemento *opinio* tanto en la fase formativa como en la fase confirmatoria.

Este camino ha sido propuesto, por ejemplo, por John FINNIS³² quien identifica, en la formación de una costumbre de Derecho internacional, los siguientes ingredientes:

1. Dos juicios prácticos correlacionados (aún cuando FINNIS se exprese en términos de «*a practical judgement*») según los cuales, *a*) es preferible que, en un sector dado, las relaciones internacionales se desarrollen según un modelo, común y estable, de comportamiento regido por una regla autoritativa; *b*) un determinado modelo de comportamiento *f* constituye el contenido más apropiado (justo, razonable, etc.) para una regla aplicable a ese sector (PJ₀).

2. Un juicio de hecho acerca de la extendida convergencia y aquiescencia de los Estados respecto del esquema de comportamiento *f* (EJ₁).

3. Un juicio de hecho acerca de la extendida aceptación, por parte de los Estados, de los juicios prácticos PJ₀, o sea de la «*opinio iuris*» (EJ₂).

4. Un juicio práctico PJ₁, de acuerdo al cual la extendida adhesión a PJ₀ y la extendida convergencia y aquiescencia respecto del modelo de conducta *f* son suficientes para justificar el juicio práctico PJ₂ según el cual existe, actualmente, una regla consuetudinaria autoritativa que prescribe (o permite) *f*.

³² Cfr. J. FINNIS, 1980: *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Clarendon Press, pp. 238 y ss.

5. Un juicio práctico PJ₂ de acuerdo al cual, aquí y ahora, se debe/puede hacer *f* («*f is required/permitted*») en virtud de una regla de Derecho internacional consuetudinario.

6. Un juicio de hecho EJ₃ según el cual los Estados, en general, aceptan la regla que impone el deber (p permite) hacer *f*.

7. Una proposición normativa JJ («*juridical judgement*») según la cual, de acuerdo al Derecho internacional consuetudinario, *f* es obligatorio o se encuentra permitido.

8. Un juicio práctico fundamental («*meta-legal or framework principle*») PJ^m según el cual el surgimiento y el reconocimiento de reglas consuetudinarias (asumiendo que un cierto grado de convergencia y/o de aquiescencia, en la práctica y la *opinio juris* correspondiente, es condición suficiente para crear una norma que vincule también a los Estados que no hayan sido partícipes de la práctica o no compartan la *opinio*) es un método conveniente o apropiado para resolver problemas de interacción y coordinación dentro de la comunidad internacional.

De acuerdo al análisis de FINNIS y revisitando la distinción, también presente en BOBBIO, entre *opinio regulae* y *opinio iuris*, un concepto bien formado de norma jurídica consuetudinaria podría, por lo tanto, ser reconstruido con el auxilio de cuatro nociones —recuperando así, si bien bajo ciertas condiciones, el elemento *opinio*—: 1) *usus-formativo*; 2) *usus-confirmatorio* (convalidatorio); 3) *opinio iuris de iure condendo*; 4) *opinio iuris de iure condito*.

La principal novedad de este aparato conceptual es la *opinio iuris de iure condendo*, que debe ser entendida como la intención de los miembros de un grupo de contribuir, con su comportamiento, a producir una norma jurídica consuetudinaria. Y mediante este procedimiento lograr que el Derecho tal como es coincida con el Derecho tal como debe ser. En otras palabras, con el fin de adecuar el derecho positivo al Derecho ideal (bajo alguna concepción de este último).

Es posible individualizar dos elementos principales que componen la *opinio iuris de iure condendo*:

i) La creencia de que el Derecho positivo es inadecuado debido a la ausencia de una norma que, a la luz de una moral ideal (o crítica) cualquiera (incluso una moral exclusivamente egoísta o de «*self-interest seekers with guile*»), debería existir.

ii) La intención de aprovechar el mecanismo de la fuente consuetudinaria para producir, a través de la repetición de ciertos comportamientos, la norma jurídica deseada (justa, oportuna, deseable).

La *opinio iuris de iure condendo* es, por lo tanto, una noción de *opinio* a la luz de la cual la costumbre es concebida como un método de producción de normas jurídicas. Un método consistente en la juridización «desde abajo», o *per facta concludentia*, de las reglas de una moral ideal (o crítica) cualquiera.

Asimismo, desde esta perspectiva, el *usus-formativo* es el conjunto de comportamientos —lingüísticos y no lingüísticos— que incluye no sólo los comportamientos cuya repetición se produce de acuerdo a una norma ideal, sino también aquellas conductas colindantes a las que me referí durante el análisis de los límites del argumento epistemológico.

Obviamente, también esta noción de norma consuetudinaria es blanco de dudas escépticas. A pesar de ello, creo se trata de una noción que a diferencia de la noción

dualista tradicional no se encuentra, como *explicatum*, tan alejada de la propuesta bobiana y es más clara que la de FINNIS.

Antes de examinar la concepción de costumbre jurídica delineada por Giorgio LAZZARO puede ser útil ensayar un breve balance de la contribución de Norberto BOBBIO a la teoría (analítica) de la costumbre jurídica.

En la columna del deber hemos de contar, sin dudas:

- i) La apresurada eliminación del elemento *opinio*.
- ii) Una concepción extremadamente restringida del *usus iuris*.
- iii) La indeterminación epistemológica que afecta a la distinción, en concreto, entre *usus-formativo* y *usus-conservatorio* y que justifica, al menos *prima facie*, un cierto *custom-skepticism*.
- iv) La opacidad de la noción de regla social —sin contar, como decía, la opinable idea de la juridicidad intrínseca de las normas consuetudinarias que, por otro lado, el mismo BOBBIO abandonará expresamente a partir de sus escritos de los años sesenta.

En la columna del haber hemos de incluir, en cambio:

- i) El abandono de la concepción dualista en su versión tradicional.
- ii) La distinción entre la fase de formación y la fase de conservación de las normas consuetudinarias —y la consecuente discusión del problema de las «condiciones de existencia» y de las «condiciones de sobrevivencia» de las normas consuetudinaria.
- iii) La multiplicación de los conceptos útiles para dar cuenta, en modo adecuado, del fenómeno consuetudinario —más allá de la particular pertinencia de los conceptos proporcionados por el mismo BOBBIO.
- iv) Las indicaciones metodológicas concernientes a la (re)construcción de conceptos jurídicos bien formados.

3.2. La llamada de la selva (Lazzaro et la vie sauvage)

En el artículo «Reciprocità e consuetudine» [Reciprocidad y costumbre], publicado el año 1983 en una compilación de trabajos dedicados a Norberto BOBBIO³³, Giorgio LAZZARO propone lo que considero una *quinta* vía para escapar a los problemas revelados por el argumento lógico.

La vía de salida sugerida por LAZZARO —al igual que la cuarta recién analizada— consiste también en un intento de recuperar, si bien con convenientes modificaciones, el tradicional elemento de la *opinio*; con el objetivo declarado de proporcionar una explicación plausible de la genealogía de las normas consuetudinarias.

Con el auxilio de investigaciones sociológicas y, sobre todo, de las investigaciones etnográficas de Bronislaw MALINOWSKI y de Claude LEVI-STRAUSS, LAZZARO construye un modelo de formación de normas (jurídicas) consuetudinarias poniendo en evidencia el fundamental rol genealógico que jugarían las expectativas de reciprocidad —tal como anuncia, por lo demás, en el título de su trabajo—.

³³ G. LAZZARO, «Reciprocità e consuetudine», cit., pp. 231-247.

Vale la pena traer a colación algunos párrafos del texto de LAZZARO³⁴:

«Parecen ser dos las tesis más importantes del ensayo [*La consuetudine come fatto normativo* de BOBBIO]:

- a) La costumbre no necesita otro fundamento más que la propia actitud de considerarse como regla de conducta.
- b) El uso no exige, como elemento esencial, una convicción particular de los sujetos que lo siguen, y en consecuencia tampoco exige una convicción acerca de una incierta juridicidad.

Las dos tesis [intrínseca juridicidad y crítica de la concepción tradicional de la *opinio iuris*], conservan aún su valor en su parte central. Aún más, creo que, con un poco más de atención, ambas pueden ser sostenidas introduciendo un elemento aún no identificado ni analizado ni discutido por BOBBIO como tampoco por los numerosos autores que lo citan. Este elemento es también un elemento subjetivo del uso y desearía llamarlo *expectativa de reciprocidad* [...]

Olvidemos por un momento el problema de la juridicidad. La alusión a la sociología conduce a preguntarse cómo es posible que nazca una regla espontánea, es decir no impuesta, de comportamiento. La referencia a la etnografía lleva también a preguntarse como es que nacen las reglas de comportamiento en las sociedades primitivas. De este modo, entonces, surge —con algo de prepotencia— el elemento de la *reciprocidad* [...].

Por tanto, si realmente se quiere identificar un elemento subjetivo de la costumbre es mejor identificarlo con la expectativa de reciprocidad, tal como he intentado trazarla. Y de todos modos, bajo una visión realista de los usos, ningún tipo de *opinio iuris* (ni siquiera un prejuiciamiento de la ley) puede sustituir la expectativa de reciprocidad».

Parecería entonces que nos encontramos frente a una concepción dualista de la formación de normas consuetudinarias, cuyo ingrediente principal consiste en una expectativa de reciprocidad. Ésta, sin embargo, sería una conclusión apresurada.

Si se lo analiza cuidadosamente —teniendo en cuenta lo que el mismo LAZZARO afirma en varios lugares de su artículo, y analizando desapasionadamente los hechos, tomados de MALINOWSKI, que LAZZARO utiliza como ejemplo a favor de su concepción (las relaciones entre una tribu de pescadores y una tribu de aricultores en un isla de la Melanesia)— el cuadro se revela, gracias a LAZZARO, mucho más articulado. En este cuadro el peso del factor expectativas de reciprocidad resulta redimensionado en beneficio de la relevancia de otros factores, uno de los cuales es igualmente interno. Veamos cómo.

³⁴ G. LAZZARO, «Reciprocità e consuetudine», cit., pp. 233, 245. La idea de que la expectativa de reciprocidad juega un rol importante en la explicación del origen de las normas consuetudinaria ha sido sostenida, quizás por primera vez —como indica B. CELANO, 1995: «Consuetudini, convenzioni», en P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (eds.), *Analisi e diritto 1995. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino: Giappichelli, p. 54, nota 36— por Lon FULLER. Cfr., en particular, L. FULLER, 1968: *Anatomy of the Law*, Harmondsworth: Penguin, pp. 99 y ss. Escribe FULLER, en uno de los párrafos que a nosotros aquí más nos interesa (pp. 104-105): «*rules of customary law [...] do not arise simply out of habitual or repeated actions. The fact that a man or a group of men has for a long time acted uniformly in certain respects cannot of itself give anyone else a claim that this pattern of behaviour should be continued. A sudden departure from established routine may cause surprise, but it will not normally arouse a sense of injury or wrong unless the observer has in some way adjusted his own affairs to the previously observed pattern of behaviour. Customary law imposing rights and duties will arise between A and B only in case their interests are interwoven in such a way that each has to orient his own behaviour by some expectation as to the other's action [...] Customary law arises, then, out of situations of human interaction where each participant guides himself by an anticipation of what the other will do and will expect him to do.*»

La formación de una norma consuetudinaria —a la luz de los hechos mencionados por LAZZARO— parece ser el resultado de la conjugación de al menos cinco factores, tres factores externos y dos factores internos (psicológicos):

1. Un conjunto de circunstancias favorables (un contexto propicio).
2. La adhesión a un principio ético normativo (una actitud práctica claramente normativa, extendida y compartida).
3. La disponibilidad de un mecanismo sancionador eficaz (un mecanismo sancionador eficiente).
4. Las expectativas de reciprocidad (una actitud proposicional difundida y compartida).
5. La repetición generalizada de un mismo modelo de comportamiento, o *usus* (un modo generalizado de comportamiento).

1. Al *primer factor* —el *contexto propicio* para el surgimiento de una norma consuetudinaria— lo conforman situaciones en las cuales, ya sea desde el punto de vista de los miembros de un grupo social, ya sea para cada uno de dos o más grupos sociales asentados en territorios contiguos, resulta en suma ventajoso instaurar formas de cooperación interindividual, o intertribal. Formas de cooperación consistentes en el intercambio, no contextual, de bienes y/o servicios. Tales intercambios, de hecho, resultan ventajosos para todas las partes involucradas; en este sentido, son transacciones Pareto-superior (al menos una parte resulta beneficiada, y ninguna resulta perjudicada) a favor de las que militan fuertes consideraciones utilitaristas.

2. El *segundo factor* —la *adhesión a un principio ético-normativo común*— consiste, en particular, en una aceptación generalizada de un mismo principio de justicia sinalagmática, como la regla fundamental que rige las relaciones interindividuales o intertribales. Se trata, pecisamente, del «principio de reciprocidad». En palabras de LAZZARO: «Haz a los demás aquello que esperas te hagan a ti».

El principio de reciprocidad —apunta LAZZARO— «implica que cada una de las partes tiene *derechos* y *deberes* contemporáneamente». Ese principio ordena a quien haya recibido un beneficio devolver al beneficiante un beneficio equivalente. El mismo principio confiere a quien haya proporcionado un beneficio el título para esperar, del beneficiado, un beneficio análogo en su favor, *i. e.* una expectativa normativamente justificada, legítima. Tal principio se encuentra, finalmente, concreta en gran variedad de reglas sociales específicas³⁵.

3. El *tercer factor* —la *disponibilidad de un mecanismo sancionador eficiente*— consiste en la posibilidad, concreta y simple, de sancionar a quienes hayan violado el principio de reciprocidad, es decir, a quienes no hayan hecho aquello que los demás, legítimamente, esperaban que hicieran, y de denegar a aquellos los beneficios que usualmente les habría sido conferido, por lo menos hasta tanto no regularicen su situación:

«Cada comunidad —señala LAZZARO a propósito del ejemplo de MALINOWSKI³⁶— dispone de un arma para hacer respetar los propios derechos, a saber, la *reciprocidad*».

³⁵ «*Così come l'esogamia* —escribe C. LÉVI-STRAUSS, en uno de los párrafos que cita LAZZARO («Reciprocità e consuetudine», cit., pp. 236-237)— *anche la proibizione dell'incesto è una regola di reciprocità: io infatti rinuncio a mia figlia e a mia sorella a patto che anche il mio vicino rinunci alle sue*».

³⁶ G. LAZZARO, «Reciprocità e consuetudine», cit., p. 234.

4. El *cuarto factor* —las *expectativas de reciprocidad*— consiste en la actitud proposicional, compleja y generalizada, en virtud de la cual cada una de las partes involucradas en una trama permanente de relaciones *espera* (prevé y confía) *que*, si hace *x* en favor de *B* en la situación *S*, a su turno *B*, apenas se dé la ocasión, hará *x* —o algo equivalente *y*- en favor suyo—, y *B* se comportará así porque espera, a su vez, que la otra parte hará *x* en su favor apenas exista la posibilidad.

Escribe a este respecto LAZZARO³⁷:

«El impulso secreto que produce el surgimiento de una regla espontánea es la expectativa de una reciprocidad más o menos intensa».

Desde este punto de vista, las normas consuetudinarias se originarían en comportamientos que se repiten en virtud del entrelazamiento de expectativas de reciprocidad.

Dicho esto, sin embargo, conviene preguntarse: ¿Qué es lo que libera el «impulso secreto» de las expectativas? O, para decirlo sin metáforas: ¿sobre qué «se fundan» tales expectativas? ¿Cómo se explica la formación de tales expectativas? ¿Qué es lo que hace que quienes abrigan tales expectativas consideren justificado abrirlas?

Aparentemente, al juzgar por el ejemplo etnográfico adoptado por LAZZARO, el impulso de las expectativas resulta liberado por dos factores. Los dos factores son externos al juego mismo de las expectativas cruzadas y consisten en un par de asunciones de los participantes sobre las actitudes psicológicas de los demás.

La primera asunción consiste en formular una hipótesis acerca de los demás participantes, considerándolos *maximizadores racionales del propio interés*. Esta asunción alimenta la expectativa en la continuidad del comportamiento conforme al uso, pues resultaría irracional que este tipo de participantes lleven a cabo un comportamiento que, en virtud del mecanismo sancionador, pudiera ser perjudicial para ellos mismos.

La segunda asunción consiste en formular una hipótesis acerca de la *aceptación por parte de los demás del principio ético normativo de reciprocidad*, *i. e.* considerar que los demás participantes han aceptado, aunque más no sea por razones utilitaristas, el principio de reciprocidad como principio de justicia sinalagmática. En virtud de esta aceptación aparecen en las relaciones interindividuales e intertribales ciertas nociones que de otro modo serían inexplicables. Entre estas nociones, utilizadas por LAZZARO, se encuentran las de «derechos» y «deberes» recíprocos y la de expectativas no meramente prudenciales, sino normativamente justificadas o, en este sentido, «legítimas».

5. El *quinto*, y último, *factor* —la *repetición de un mismo modelo de comportamiento* por parte de la generalidad de los miembros de un grupo, o por parte de cada grupo (por ejemplo, en las relaciones intertribales)— es el tradicional factor del *usus*. El factor del *usus*, en la concepción de LAZZARO, participa en la formación de una norma consuetudinaria en el contexto de las circunstancias y de las actitudes psicológicas que he intentado iluminar.

³⁷ *Ibidem*, p. 234.

3.2.1. *Consideraciones al margen*

Me limitaré a dos breves consideraciones.

1. *La opinio iuris en la concepción de las expectativas de reciprocidad.* Las expectativas de reciprocidad constituirían, en la concepción de LAZZARO, un modo de dar, al vetusto elemento de la *opinio*, un contenido inmune a los defectos que el argumento lógico de BOBBIO permitió advertir.

Sin embargo, si la reconstrucción que he ofrecido arriba es correcta, la expectativa de reciprocidad no es, como dije, el único aspecto del elemento interno (*opinio*) en la concepción defendida por LAZZARO. Por lo que sería reduccionista y engañoso considerarla como el elemento genealógico decisivo. Además de la expectativa de reciprocidad es posible aislar, de hecho, otros *tres* elementos.

En primer lugar, existe una *actitud normativa*: la adhesión al principio ético-normativo de reciprocidad. La adhesión, si se quiere, a una cierta idea o a un cierto «sentido» de lo que es justo hacer en determinadas circunstancias. Adviértase que en virtud de esta actitud las expectativas acerca del comportamiento de los demás se transforman en expectativas legítimas (normativamente justificadas). De este modo, defraudar las expectativas de los demás no es sólo motivo de sorpresa, o de desconcierto, sino que es un acto ilícito pues lesiona un derecho.

En segundo lugar, existe la *asunción* de que los demás individuos involucrados en un contexto de interacción social dado son también maximizadores racionales del propio interés.

En tercer lugar, y por último, encontramos asimismo la *asunción* de que los demás individuos involucrados en un cierto contexto de interacción social han aceptado el principio de reciprocidad como un principio normativo cardinal que rige las relaciones sociales.

Bajo esta perspectiva, una norma consuetudinaria es una norma social que se forma debido al repetirse de un comportamiento (*usus*) acompañado (condicionado, explicado) por una *opinio*. Donde *opinio* es entendida como complejo de actitudes psicológicas en el que es posible distinguir, por lo menos, cuatro elementos ya identificados: i) la adhesión de cada parte al principio ético normativo de reciprocidad, ii) la expectativa de reciprocidad (previsión de y confianza en la reciprocidad de los demás) fundada, a su vez, sobre iii) la asunción de la racionalidad ajena, y iv) sobre la asunción de la adhesión, por parte de los demás, al principio de reciprocidad.

2. *Normas consuetudinarias tradicionales (costumbres autoritativas) vs. normas consuetudinarias sinalagmáticas (costumbres sinalagmáticas).* En la concepción tradicional, como también en la concepción que defiende BOBBIO como resultado de la reconstrucción racional de la primera, una «regla» observada repetidamente por un grupo social adquiere el *status* de norma social (jurídica) obligatoria en virtud de la «autoridad de la tradición».

Si bien BOBBIO evita poner las cosas de este modo —debido a razones vinculadas por un lado con la defensa de la tesis de la costumbre como hecho normativo (como fuente que produce normas a partir de hechos sin que aparentemente inter-

vengan normas presupuestas) y por otro lado al rechazo de un punto de vista normativista de la producción de normas— la «autoridad» (la fuerza prescriptiva) «de la tradición» es un hecho social que depende de la adhesión —consciente o inconsciente— por parte de la generalidad de los miembros del grupo a una norma sobre la producción de normas.

Se trata, particularmente, de una norma sobre la producción de normas (NPN) que puede, por ejemplo, asumir las siguientes formulaciones:

NPN¹ «*Ex facto consuetudinis oritur ius*» —entendiendo la frase, no como una improbable proposición apofantica, sino como expresión del principio que declara a los hechos consuetudinarios fuente de normas jurídicas.

NPN² «*Consuetudo servanda est*».

NPN³ «Es obligatorio comportarse como se han comportado nuestros venerables antepasados»

NPN⁴ «Es obligatorio comportarse como siempre nos hemos comportado y como nos comportamos habitualmente», etc. O también, con la forma de una norma sintácticamente condicional sobre la costumbre como fuente (una NCF, para usar un acrónimo similar al introducido por CELANO³⁸):

NCF¹ «Si nos hemos comportado repetidamente en cierto modo, entonces existe una norma (jurídica) que ordena/permite comportarse de ese modo».

NCF² «Si nos hemos comportado repetidamente en cierto modo, con la convicción de que comportarse así se encuentra ordenado/permitido por una norma jurídica existente, entonces existe una norma (jurídica) que ordena/permite comportarse de ese modo».

NCF³ «Si nos hemos comportado repetidamente en cierto modo, con la convicción de que comportarse así resulta obligatorio/permitido a la luz de ciertas exigencias sociales ineludibles, entonces existe una norma (jurídica) que ordena/permite comportarse de ese modo».

NCF⁴ «Si nos hemos comportado repetidamente en cierto modo, con la intención de contribuir a la producción de la norma jurídica correspondiente, entonces existe una norma (jurídica) que ordena/permite comportarse de ese modo».

En la concepción de las expectativas de reciprocidad elaborada por LAZZARO, en cambio, la norma sobre la producción de normas es una variante del principio de reciprocidad. Esta norma, en virtud de la cual la repetición de ciertos comportamientos acompañada por expectativas de reciprocidad entrelazadas produce normas sociales, puede ser formulada del siguiente modo:

NPN⁵ «Es obligatorio comportarse como siempre nos hemos comportado *si* existe, y *mientras* exista, una expectativa razonable de reciprocidad».

O, con forma de norma condicional sobre la costumbre como fuente:

NCF⁵ «Si nos hemos comportado repetidamente en cierto modo, en un contexto de interacción caracterizado por ventajas cooperativas, adhesión al principio de reciprocidad, mecanismo sancionatorio de la reciprocidad y, como consecuencia, expecta-

³⁸ Cfr. B. CELANO, «Consuetudine e norme sulla produzione di norme», cit., pp. 185 y ss.

tivas de reciprocidad, entonces existe una norma que ordena/permite comportarse de ese modo *sí*, y *mientras*, existe una razonable expectativa de reciprocidad».

Nos encontramos, por lo tanto, frente a dos tipos de «normas consuetudinarias», a saber, las normas consuetudinarias (que podríamos llamar) *tradicionales o miméticas*, formadas sobre la base de normas de tipo NCF¹-NCF⁴, y las normas consuetudinarias (que podríamos llamar) *sinlagmáticas* que se forman, en cambio, sobre la base de normas como NCF⁵. Nos encontramos frente, en otras palabras, a dos conceptos distintos de «norma consuetudinaria».

Al igual que el explorador que, desembarcando en una isla desconocida, cree erróneamente encontrarse al borde de una tierra conocida desde hace tiempo por los cartógrafos, LAZZARO considera, aparentemente, que su concepción de costumbre no es otra cosa más que una versión sociológico-etnográfica de la concepción bobbiana. Concepción, esta última, que es a su vez una reconstrucción racional (para BOBBIO, tal como vimos, la única posible) de la concepción dualista tradicional.

Pero las cosas no son exactamente así.

Con LAZZARO, la reconstrucción racional de la concepción dualista tradicional desembarca en las tierras vírgenes del pluralismo conceptual. En otras palabras, se arriba a la idea según la cual el conjunto de cosas que suelen llamarse «costumbres» no es un conjunto homogéneo, comprende en cambio fenómenos diversos que mediante aparatos conceptuales apropiados han de ser cuidadosamente distinguidos.

En la cultura jurídica italiana del tardo *novecento*, el camino del pluralismo conceptual *circa consuetudinem*, casualmente abierta por LAZZARO, será recorrida con suda determinación, a través de un largo, y quizás exhaustivo, trecho, por el tercero de los (buenos) filósofos a quienes está dedicada mi breve reseña: Bruno CELANO.

3.3. Tres conceptos de costumbre

Bajo el presupuesto —aparentemente racional pero sin embargo para nada inocuo ni descontado— de que las «costumbres jurídicas» son una especie perteneciente al género «costumbre», CELANO afirma:

«Mi problema no es: “¿Bajo qué condiciones puede decirse de una costumbre que es una costumbre *jurídica*?”; mi problema es, en cambio, más general: “¿Qué es, como tal, una costumbre?”»³⁹.

La respuesta que proporciona CELANO no consiste, sin embargo, en *un* concepto de «costumbre», sino, a menos que me equivoque, en no menos de tres conceptos de «costumbre»:

1. Costumbre-comportamiento (costumbre-regularidad social conformista).
2. Costumbre-regla social normativa (costumbre-norma social).
3. Costumbre-regla social estratégica (costumbre-regularidad social estratégica).

Veamos muy brevemente de qué se trata.

³⁹ B. CELANO, «Consuetudini, convenzioni», cit., p. 37.

3.3.1. Costumbre-comportamiento

Según la primera noción una costumbre:

«Es un comportamiento repetido (una regularidad de conducta) por parte de la generalidad de los miembros de un grupo social dado, y cada uno de ellos procede de este modo (cada uno se amolda) porque así se hace “de norma”, o normalmente»⁴⁰.

A fin de poner en evidencia el elemento subjetivo que caracteriza esta noción de costumbre como *comportamiento consuetudinario* CELANO propone una formulación más precisa que incluya el elemento de las *preferencias* (digamos) *conformistas* de cada uno de los miembros de un grupo social.

La formulación sugerida por CELANO es la siguiente:

En una situación S, que se presenta frecuentemente, existe una costumbre entre los miembros de un grupo G si, y sólo si, dado un cierto tipo de acción A que puede ser realizada intencionalmente:

1. En toda instancia de S, cada uno de los miembros de G hace A.
2. Cada uno de los miembros de G hace A en S porque prefiere hacer A.

(CD) Cada miembro de G prefiere hacer A en S debido a que los demás miembros de G prefieren hacer A en S (el hecho de que cada uno de los miembros de G prefiera hacer A en S es, de este modo, un efecto que posee como causa el hecho de que los demás miembros de G hacen A en S)⁴¹.

Sin embargo, no es posible, sostiene CELANO, utilizar sensatamente esta noción de costumbre como contenido de una (hipotética) norma sobre la producción jurídica que instituya la «costumbre» como fuente del derecho (una norma NFC: «norma sobre la fuente consuetudinaria»).

Efectivamente, una norma tal —que CELANO indica como norma NFC₁— tendría, *grosso modo*, el siguiente tenor:

«Si existe en un grupo social G una costumbre-comportamiento CC, entonces existe, en el ordenamiento jurídico OG del grupo G, una norma jurídica que establece como standard de conducta ese comportamiento general y constantemente repetido, CC»⁴².

La eventual pertenencia de una NFC₁ a un ordenamiento jurídico poseería, no obstante, «consecuencias contraintuitivas». Consecuencias que, sostiene CELANO, es razonable suponer, «aparecerían como indeseadas»⁴³. Aparecerían como indeseadas por una razón fundamental; cualquier regularidad de comportamiento que dependa de preferencias conformistas, cualquiera sea su contenido (ir al cine los sábados por la noche, consumir pan dulce en navidad, pasar un periodo de vacaciones fuera de la residencia habitual), se transformaría en norma jurídica en virtud de NFC₁. Es entonces necesario introducir criterios de distinción.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 48.

⁴¹ *Cfr.* B. CELANO, «Consuetudini, convenzioni», cit., p. 49.

⁴² *Cfr.* B. CELANO, 1996: «Consuetudine e norme sulla produzione giuridica», en P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (eds.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Torino: Giappichelli, p. 187.

⁴³ *Ibidem*, p. 191.

«Brevemente, NFC deberá “obviamente” [...] declarar supuesto de hecho productor de normas jurídicas consuetudinarias a la repetición general y constante, por parte de los miembros de un grupo social, de cierto tipo de comportamiento; *siempre y cuando* tal repetición satisfaga *ciertas condiciones adicionales* que excluyan las consecuencias contraintuitivas derivadas de la precedente formulación de NFC₁»⁴⁴.

Se llega así «a una segunda versión de NFC₁», NFC₁^{*}, más sensata, plausible, verosímil y razonable que la primera, según la cual:

«El supuesto de hecho, al cual NFC asocia la consecuencia jurídica consistente en el nacimiento de una norma jurídica “consuetudinaria”, es la repetición general y constante de un cierto tipo de comportamiento que satisfaga las condiciones C₁ ... C_n»⁴⁵.

Sin embargo, el modo más razonable de entender las condiciones en presencia de las cuales una regularidad social (una costumbre-comportamiento) representa un supuesto de hecho productor de normas jurídicas consiste, según CELANO, en abandonar la noción de costumbre como comportamiento consuetudinario (regular, habitual, por motivos conformistas) en favor de (alg)una noción de costumbre como «regla social»⁴⁶.

En términos completamente genéricos, por lo tanto, una norma NFC apropiada sería una norma formulada, *grosso modo*, de la siguiente manera:

«Si existe en un grupo social G una regla social RS, entonces existe, en el ordenamiento jurídico OG del grupo G, una norma jurídica correspondiente (NG^{RS}) que ordena/permite el comportamiento que constituye el contenido de RS (*i. e.*, de contenido idéntico a RS)».

¿Cómo puede ser entendida, sin embargo, una costumbre-regla social?

Para responder a esta pregunta CELANO parte de la noción dualista tradicional de costumbre (jurídica):

«La costumbre, en cuanto fuente de producción jurídica, consta de dos elementos fundamentales:

1. Un elemento denominado exterior, material, objetivo: el *usus*.
2. Un elemento denominado espiritual, psicológico, mental, subjetivo: la *opinio juris ac (seu) necessitatis*.

La *opinio* es una actitud subjetiva consistente, *grosso modo*, en la creencia, convencimiento, convicción, sentimiento, opinión... que el tipo de conducta general y constantemente repetida constituye un *standard*, en cierto sentido, vinculante (un tipo de comportamiento que *debe*, en cierto sentido, ser observado)»⁴⁷.

Ahora bien, existen según CELANO dos sentidos fundamentales en que un agente puede considerar tener el *deber* de observar un comportamiento. El «deber» puede ser, efectivamente, entendido como un *deber normativo*, o bien, en cambio, como un *deber técnico* (estratégico). En el primer caso, la costumbre es una *regla social normativa* («noción normativa» de costumbre); en el segundo caso existe en cambio una *regla social estratégica* («noción estratégica» de costumbre).

⁴⁴ *Ibidem*, p. 192, cursivas en el original.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 192.

⁴⁶ *Cfr. ibidem*, pp. 198 y ss.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 193.

3.3.2. Costumbre-regla social normativa

En los trabajos de CELANO encontramos —por razones analíticas— no menos de tres versiones de la noción de costumbre como regla social normativa. Una versión simple o tradicional (C-RSN1), y dos versiones en las que se precisa el elemento *opinio* teniendo en cuenta la interdependencia individual y las conexiones entre expectativas de reciprocidad (C-RSN2, C-RSN3).

C-RSN1 (Noción normativa simple)

«En una situación recurrente S, existe una costumbre [norma consuetudinaria] entre los miembros de un grupo G si, y sólo si, dado un cierto tipo de acción A que puede ser realizada intencionalmente:

1. En cada instancia de S cada uno de los miembros de G hace A.
2. Porque considera tener el deber de hacer A»⁴⁸.

Según CELANO, por otro lado, esta primera noción de regla social normativa no ofrecería una reconstrucción racional satisfactoria del concepto de norma consuetudinaria. Tampoco constituiría un término satisfactorio *ad quem* para una norma NFC adecuada. Todo ello por la sencilla razón que a la luz de esa noción, la repetición generalizada de un mismo modelo de comportamiento puede ser simple reflejo de una *convergencia casual* de los comportamientos y las actitudes de los individuos. En este caso la convergencia se produce independientemente de cualquier consideración de cada individuo acerca de las actitudes y los comportamientos de los demás. En otros términos, la repetición puede ser reflejo de una situación de «*overlapping consensus*» rawlsiana. Faltaría, por lo tanto, la referencia a la conducta y a las actitudes de los demás: la «condición de dependencia» respecto al actuar de los otros, que sería en cambio el rasgo distintivo de los fenómenos que se suelen llamar «costumbre».

C-RSN2 (Noción normativa tradicional, basada en el principio de autoridad de la tradición o principio conformista)

En una situación recurrente S, existe una costumbre [norma consuetudinaria] entre los miembros de un grupo G si, y sólo si, dado un cierto tipo de acción A que puede ser realizada intencionalmente, cada vez que se presenta S:

- «1. Cada uno de los miembros de G hace A.
2. Porque considera que tiene el deber de hacer A.
- CD. Cada miembro de G concluye que tiene el deber de hacer A porque:
 - a) Cree que tiene el deber de hacer aquello que se hace normalmente y que siempre se ha hecho en el pasado.
 - b) Cree que normalmente se hace A y que en el pasado se lo ha siempre hecho»⁴⁹.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 199.

⁴⁹ B. CELANO, *Consuetudini, convenzioni*, cit., p. 51.

En esta definición de regla consuetudinaria normativa entra claramente en juego la «norma fundamental» de un ordenamiento normativo (puramente) consuetudinario». Se trata, precisamente, de una norma del tipo NFC¹⁴ (cfr. *supra*, § 2.2.1), que «ordena repetir los comportamientos que de hecho han sido repetidos por la generalidad de los miembros del grupo», de «actuar tal como los miembros de la comunidad han actuado siempre»⁵⁰. Nos encontramos de este modo frente a una definición —sumamente lúcida y articulada— de la noción tradicional de norma consuetudinaria (*supra*, § 2.2.1).

C-RSN3 (Noción normativa basada en un principio ético-normativo de reciprocidad)

En una situación recurrente S existe una costumbre [norma consuetudinaria] entre los miembros de un grupo G si, y sólo si, dado un cierto tipo de acción A que puede ser realizada intencionalmente, en cada instancia de S:

1. Cada uno de los miembros de G hace A.
2. Porque cree [concluye] que tiene el deber de hacer A.

CD. Cada uno de los miembros de G concluye que es su deber hacer A porque:

- a) Cree que normalmente se haga A y que en el pasado siempre se ha hecho A.
- b) Cree que tiene el deber de hacer aquello que se hace normalmente y que siempre ha sido hecho en el pasado.
- c) «Cree que tiene el deber de cumplir la norma “Se debe hacer aquello que se hace normalmente, y siempre se ha hecho en el pasado”, bajo la condición de que cada uno de los demás miembros de G considere que es también su propio deber cumplirla (bajo la misma condición [de reciprocidad])»⁵¹.

Esta última noción normativa de regla social consuetudinaria —como habrá sido notado— coincide, *grosso modo*, con la noción (que antes he llamado) sinalagmática, basada en el principio ético-normativo de reciprocidad y también identificada por LAZZARO.

Las últimas dos nociones normativas de costumbre podrían tranquilamente ser adoptadas, al menos *prima facie*, por normas que regulen especialmente la producción jurídica NFC.

Veremos ahora, sin embargo, que CELANO considera que la norma NFC «más plausible» (racional, sensata) es una norma NFC que convierte en normas jurídicas «reglas sociales» estratégicas.

3.3.3. Costumbre-regla social estratégica

La noción estratégica de costumbre-regla social (C-RSS) deriva de la sustitución de la *opinio* tradicional, atada a la idea de deber normativo, por el requisito diverso de la «expectativa de reciprocidad».

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 51-52, nota 32.

⁵¹ Cfr. *ibidem*, p. 64.

«En una situación recurrente de interacción estratégica S, existe una costumbre [regla social consuetudinaria] entre los miembros de un grupo G si, y sólo si, dado un cierto tipo de acción A que puede ser realizada intencionalmente, cada uno de los miembros de G:

1. Hace A en S.
2. Porque cree que tiene el deber de hacer A en S.
3. Concluye que tiene el deber de hacer A en S, porque cree que, para cada uno de los miembros de G, valen las condiciones 1, 2 y 3»⁵².

Si, sin embargo, el deber al cual se alude en la definición es, como el mismo CELANO tiene el cuidado de resaltar, un «deber estratégico» o un «deber técnico», y si deber estratégico (deber técnico) equivale a «conveniencia estratégica», ¿por qué no abandonar del todo la utilización de términos deónticos y expresarse, en cambio, precisamente en términos de conveniencia estratégica?

Llevando a cabo las sustituciones adecuadas, la definición de regla social consuetudinaria estratégica a la que acabo de referirme asume, *grosso modo*, el siguiente tenor:

«En una situación recurrente de interacción estratégica S, existe una costumbre (regla social consuetudinaria) entre los miembros de un grupo G, si y sólo si, dado un cierto tipo de acción A que puede ser realizada intencionalmente, cada uno de los miembros de G:

1. Hace A en S.
2. Porque cree conveniente/útil/ventajoso hacer A en S.
- 3/CD. Concluye que es conveniente/útil/ventajoso hacer A en S, porque cree que, para todos los miembros de G, valen precisamente las condiciones 1, 2 y 3 (*i. e.*, cada uno de los miembros cree que cada uno de los demás miembros hace A en S, que lo hace porque considera ventajoso hacerlo, y cree ventajoso hacerlo en consideración de lo que los demás hacen, creen que es ventajoso hacer, y creen que los demás consideran ventajoso hacer)».

Adviértase que una vez formulada de este modo la noción de C-RSS aparece con toda nitidez la diferencia entre la noción normativa y la noción estratégica de regla social consuetudinaria.

De modo que resulta inoportuno, en el ámbito de la reconstrucción racional de una noción tan problemática como la de costumbre, no diferenciar netamente, incluso a nivel terminológico, las situaciones en las que existen «deberes normativos», únicos deberes propiamente dichos, de las situaciones, radicalmente distintas de las primeras, en las cuales existen en cambio «deberes técnicos», o sea, simples conveniencias estratégicas.

Frente a una regla consuetudinaria estratégica, efectivamente, el comportamiento que no se ajusta al modelo no constituye, propiamente dicho, la violación de un deber pues por hipótesis tal deber no existe. En otros términos, no constituye un acto ilícito sino un simple quebrantamiento del equilibrio estratégico al cual se reacciona, comúnmente, con una ruptura equivalente. La sanción consiste aquí en el no hacer, a su turno, la propia parte. Lo ilustro con una imagen bucólica: «No has venido, sin avisar,

⁵² B. CELANO, *Consuetudine e norme sulla produzione giuridica*, cit., p. 202. *Cfr.*, para una posición *grosso modo* análoga, respecto de las costumbres internacionales, G. J. POSTEMA, «Custom in International Law: a Normative Practice Account», en A. PERREAU-SAUSSINE y J. B. MURPHY (eds.), *The Nature of Customary Law*, cit., pp. 279-306.

a ayudarme a segar el heno, como habías siempre hecho en los últimos diez años. Bien, no puedo obligarte a hacerlo. Pero tampoco yo iré a ayudarte con la cosecha de las verduras».

El juego costumbre-regla social normativa —en las dos variantes principales que han sido hasta ahora identificadas, el juego «principio de la autoridad de la tradición» y el juego «principio ético-normativo de reciprocidad»— y el juego costumbre-regla social estratégica son por lo tanto, ha de subrayarse, formas de interacción social radicalmente distintas.

Sólo en el primer caso el juego es, propiamente hablando, un juego *normativo*. Un juego que *produce normas* sociales sobre la base de comportamientos inspirados en una norma fundamental sobre producción de normas (de los tipos NFC¹-NFC², *cfr. supra*, § 2.2.1).

En el segundo caso en cambio, como claramente se sigue también de la tesis de la justificación basada en el principio de tutela de la confianza (a la cual me referiré inmediatamente), los modelos de interacción estratégica —la *regularidad estratégica*— adquieren valor de normas sociales (jurídicas), atributivas de derechos y deberes, sólo en virtud de un factor que, por hipótesis, es externo. Este factor consiste en una norma jurídica sobre la producción de normas consuetudinarias que otorga carácter jurídico a los modelos de comportamiento que se repiten en determinadas situaciones de interacción estratégica.

Con respecto a las costumbre-reglas sociales estratégicas (costumbre como regularidad social estratégica), CELANO sostiene tres tesis que me limito sólo a señalar, a modo de conclusión:

1. La tesis de la naturaleza convencional.
2. La tesis de la justificación basada en el principio jurídico de tutela de la confianza.
3. La tesis de la genuinidad nomopoietica.

1. *Naturaleza convencional*. Las costumbres como regularidades estratégicas son convenciones en el sentido y con los rasgos abajo indicados⁵³:

«El concepto de costumbre [...] incluye como elementos constitutivos un conjunto de expectativas recíprocas de conducta (de varios niveles) que se complementan entre sí, y un conjunto de preferencias condicionales, cuya existencia forma parte del conocimiento que comparten los participantes de la práctica consuetudinaria. Las formas estables de interacción sostenidas por la presencia, no accidental, de estos factores pueden sin lugar a dudas ser llamadas [...] “convencionales” [...] el comportamiento *acorde* (aun si no *acordado*) de las partes, respaldado por un conjunto de expectativas recíprocas [...] y por preferencias condicionales del tipo indicado [dependientes de las expectativas y cuya existencia es de conocimiento común entre los participantes], es un *acuerdo*, una *convención* o, si se quiere, un *pacto* [...] la existencia de un sistema de expectativas recíprocas coinciden-

⁵³ B. CELANO, «Consuetudini, convenzioni», cit., pp. 71-72, cursivas en el original; *cfr.* además p. 72: «*quando sussiste una consuetudine [regla social estratégica, una C-RSS, ndr], il comportamento di ciascun membro di G è fonte (sia di produzione, sia di cognizione) di norme aventi come destinatari i membri di G; nella consuetudine [...] sono i membri del gruppo a dare a se stessi le proprie leggi; l'osservanza generale e costante della regola consuetudinaria va interpretata, alla luce della nostra definizione, come una manifestazione di consenso nei confronti della regola medesima*».

tes y de preferencias condicionales que dependen de una expectativa tal, conocido por todos los agentes involucrados, constituye el núcleo de lo que normalmente se entiende por el término “convención” [...] identificar el, así denominado, elemento interior de la costumbre con una “expectativa de reciprocidad” equivale a concebir la costumbre como una convención».

2. *Justificación basada en el principio jurídico de tutela de la confianza.* La recepción (juridización) de las costumbres estratégicas por un ordenamiento jurídico se produce —y no puede producirse de otro modo mas que— a través de una norma al efecto NFC.

Ahora bien, desde un punto de vista ético-normativo, la recepción o juridización de reglas sociales así consideradas encontraría su más sólida razón de ser —sostiene CELANO— en el *principio de tutela de la confianza* y, correlativamente, en la promoción y en la estabilización de la coordinación y de la cooperación interindividual, que tal principio favorece, sancionando los comportamientos antisociales de los *free-riders*⁵⁴.

«El ordenamiento jurídico “interioriza” las costumbres sociales [del tipo C-RSS], pres-tándoles su propio sostén, con el fin de tutelar las expectativas generadas por los actos que se conforman a ellas, haciendo menos probable la eventualidad de que resulten defraudadas, y con el fin de corroborar, de este modo, tales expectativas [...]. Brevemente: la *ratio* de HS [hipótesis estratégica, como tipo particular de NFC] consiste en la idea que es tarea del derecho hacer que la *regularidad de conducta surgida y seguida espontáneamente en situaciones de interacción estratégica recurrente* no sean “aprovechadas” por individuos que pretenden, sin pagar los costos, obtener beneficios de la cooperación de los demás».

3. *Genuinidad nomopoiética.* Existiría asimismo —sugiere CELANO— una segunda razón a favor de la juridización de costumbres-regularidades estratégicas relacionada con su comprobación en caso de una controversia judicial. Se trataría, efectivamente, de una noción menos permeable a las interferencias de la discrecionalidad judicial y, por lo tanto, más idónea para asegurar la genuinidad de la fuente costumbre como un auténtico hecho productor de normas jurídicas, y no una pseudofuente (un pseudo-concepto) o una fuente putativa, detrás de la cual se esconden las operaciones clandestinas de otros factores realmente productores de normas jurídicas⁵⁵.

A la luz de los principales dudas escépticas que pueden surgir al respecto (discrecionalidad en la selección del contexto de interacción estratégica jurídicamente relevante, indeterminación del modelo de repetición de comportamiento que permite extraer, de una misma experiencia, una pluralidad de reglas diversas y alternativas, fatal indeterminación de proceso de comprobación de la existencia y de la disolución de modelos de coordinación surgidos *per facta concludentia*, fatal derrotabilidad de las reglas sociales estratégicas, etc.), esta última tesis merecería, además, un examen cuidadoso que, lamentablemente, excede los límites del presente trabajo.

⁵⁴ B. CELANO, «Consuetudine e norme sulla produzione giuridica», cit., pp. 201, 204.

⁵⁵ Cfr. *ibidem*, pp. 211-212. En honor de la verdad, CELANO sostiene esta tesis en relación con ordenamientos «pre-modernos», no en relación «con derechos codificados y dotados de una constitución escrita rígida». Las dudas escépticas que menciono en el texto, inmediatamente a continuación parecen, sin embargo, valer también para los ordenamientos premodernos pues provienen del carácter incierto del concepto de costumbre com regla social estratégica, o sea de la «noción estratégica» de costumbre.

4. REFLEXIONES A MODO DE CONCLUSIÓN

Me he tomado la libertad de angustiarlos con la narración de algunas páginas de la historia de la jurisprudencia analítica dedicadas a la teoría de la costumbre.

Se trata, incluyendo aciertos y desaciertos, de páginas ejemplares, de las que los cultores del Derecho —cualquiera que sea su rol institucional específico— podrán seguramente extraer sugerencias preciosas para utilizar en la resolución de sus preocupaciones cotidianas.

Me limitaré, para concluir, a recordar aquellas que considero las más significativas.

1. *La mística del derecho consuetudinario*. Se encuentran a veces, en la literatura jurídica, visiones idealizadoras de los ordenamientos que incluyen mayoritariamente Derecho consuetudinario. Discursos inspirados en lo que LON FULLER llama, utilizando una feliz expresión, la «mística del Derecho consuetudinario»⁵⁶.

Un ejemplo reciente de esta mística creo lo ofrece un historiador del Derecho, que se encuentra entre los más insignes de la actualidad:

«Debajo del mar eternamente agitado de los acontecimientos cotidianos —escribe Paolo GROSSI— se encuentran las aguas profundas pero calmas, calmas porque profundas, de la tranquilidad jurídica. Es la plataforma constitucional de la *costumbre, hecho primordial y segunda naturaleza*, en ocasiones puesta —mínimamente— por escrito y transformada en *lex* por obra de un príncipe celoso y con frecuencia mantenida en el estado original de *trama invisible pero omnipresente e imperiosa en la cual se encuentran sumergidos los hombres y las cosas*.

Este patrimonio jurídico de índole tan exquisitamente consuetudinaria tiene el *privilegio de nacer desde abajo*, de ser *la voz intacta de lo real*, logrando —y conservando— así la calidad de auténtico ordenamiento: *aquí el derecho es más ordenamiento que autoridad, no existe violencia sobre las cosas, sino elevada manifestación de las cosas ordenadamente estructuradas*. La *juridicidad* es una dimensión interna de las cosas [...] se encuentra *inscrita en las cosas*»⁵⁷.

Es necesario apresurarse a señalar, como incluso el mismo GROSSI, en párrafos siguientes pero de menor fuerza expresiva, ha cuidadosamente advertido que... las cosas presentan a menudo un lado mucho menos edificante. Que las reglas consagradas por el uso podrían también nacer de «exigencias» (*precationes*) bastante difíciles de evitar (como sugiere el caso de los «*famuli*» del monasterio de S. Ambrogio). Que «*usus* y *consuetudo*» sirvieron a veces «para designar las libertades que los pobladores de una tierra fatigosamente arrebataron a los señores y que ahora, una vez consuetudinariamente adquiridas, sirven en cuanto usos de límite a los poderes del señor»⁵⁸. Evocando así el bien conocido fenómeno de las *malae consuetudines* o de las costumbres abusivas que aparece, por supuesto, junto a las *bonae consuetudines*; como también la función cristalizadora de relaciones de fuerza (de violencia sobre hombres y cosas) que puede jugar el Derecho consuetudinario.

Atentamente analizado, el mismo texto de GROSSI sugiere que la mística del Derecho consuetudinario debe ser, cuanto menos, atenuada a la luz de un examen cuidado-

⁵⁶ Cfr. L. FULLER, *Anatomy of the Law*, cit., pp. 100-101.

⁵⁷ P. GROSSI, 1995: *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari: Laterza, pp. 95-96, cursivas en el original.

⁵⁸ P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., pp. 90 nota 11, 97-98.

so y desapasionado de las relaciones sociales y, si se quiere, a la luz de consideraciones axiológicas.

Es mucho más corrosiva, sin embargo, la lección que, respecto de la mística del derecho consuetudinario, puede extraerse de las investigaciones de los filósofos analíticos.

El gigantesco y venerable edificio del Derecho consuetudinario⁵⁹ —sugieren éstos— reposa, lamentablemente, sobre una trama de dudosos discursos (como alguna vez dijo John AUSTIN en relación con otro tema). Discursos que involucran nociones *técnicas* —¿y qué otra cosa podrían involucrar dada la inevitable artificialidad del Derecho?— que se revelan *equivocas, aproximativas, y a veces hasta auto-contradictorias*. De modo que puede dudarse si los cultores de lo jurídico perciban claramente aquello a lo que se refieren cuando hablan de «costumbres».

2. «*El concepto de costumbre*»: un falso problema. Frente al reproche arriba efectuado un operador del Derecho podría considerar que su deber es identificar, con la mayor diligencia y precisión posible, el concepto de costumbre a partir del estudio, histórico y actual, del Derecho consuetudinario.

Aquí entra en juego una segunda sugerencia —si se quiere, una segunda lección— que puede inferirse de las investigaciones de los filósofos analíticos. Una sugerencia que se resume en las ideas de *pluralismo* y de *convencionalismo conceptual*.

No existe un *único* concepto (verdadero o absolutamente correcto) de costumbre y toda investigación que pretenda desandar este camino está destinada al fracaso.

Es por el contrario más conveniente dotarse de una pluralidad de conceptos de costumbre, no excluyente uno del otro, a fin de poder dar cuenta adecuadamente del complejo fenómeno social consuetudinario.

Para comenzar recordemos los cuatro conceptos de costumbre que es posible recabar a partir de los trabajos de los tres filósofos analíticos que he analizado:

1. El concepto de costumbre como regularidad social conformista.
2. El concepto de costumbre como regularidad social estratégica.
3. El concepto de costumbre como norma social fundada sobre un principio de autoridad de la tradición.
4. El concepto de costumbre como norma social fundada sobre un principio ético-normativo de reciprocidad.

Teniendo en cuenta lo dicho, el método que, desde el punto de vista de la jurisprudencia analítica, ha de seguir todo estudioso del Derecho consiste, según su función institucional, en una o más de las siguientes operaciones:

i) Analizar y afinar, bajo la luz de exigencias pragmáticas previamente identificadas y declaradas (de índole teórica y/o práctica), los diversos conceptos de costumbre comúnmente disponibles.

ii) Elaborar, si es el caso, nuevos conceptos de costumbre que se encuentren justificados por exigencias pragmáticas previamente identificadas y declaradas.

⁵⁹ Quizás algún irreverente habría preferido referirse —por razones de precisión, entiéndase bien— a la «choza» del Derecho consuetudinario.

iii) Seleccionar cuidadosamente, de modo pragmáticamente justificado y responsable, uno o más conceptos de costumbre, para utilizarlo ya sea en sede de interpretación de disposiciones normativas, ya sea en sede de explicitación de normas implícitas sobre la costumbre como fuente, ya sea, en fin, en sede de identificación y aplicación de normas consuetudinarias en la resolución de controversias judiciales.

(Traducción de Federico José Arena)