

ANUARIO

Nº41 · 2025

**La costumbre en
el derecho
(Comentario al capítulo IX
del libro *El lenguaje
del derecho*)**

Páginas 51-61

LA COSTUMBRE EN EL DERECHO (COMENTARIO AL CAPÍTULO IX DEL LIBRO *EL LENGUAJE DEL DERECHO*)

Eliana Dugarté
Universidad Austral de Chile

RESUMEN

Este texto pretende una discusión crítica acerca del libro de Daniel Mendonca *El lenguaje del derecho* (2023). A partir de la tesis planteada por el autor, se aborda la costumbre en el derecho desde una perspectiva analítica, con el objetivo de tratar cuestiones fundamentales que están relacionadas con el problema ontológico de la norma, en este caso, de la costumbre como norma, a saber: (1) su condición de existencia, (2) su fundamento normativo y (3) la eficacia jurídica de la costumbre. Aunque el comentario se enfoca exclusivamente en el capítulo IX del libro, el análisis remite a una lectura integral y, por ende, a una discusión que problematiza el texto con base en la intención manifestada por el autor acerca de la necesaria clarificación de los conceptos.

PALABRAS CLAVE

condición de existencia, costumbre, creencia, norma consuetudinaria.

CUSTOM IN LAW (COMMENTARY ON CHAPTER IX OF *EL LENGUAJE DEL DERECHO*)

RESUMEN

This text aims to provide a critical discussion of Daniel Mendonca's book *El lenguaje del derecho* (2023). Taking the author's thesis as a starting point, it addresses the concept of custom in law from an analytical perspective, with the objective of tackling three fundamental issues related to the ontological problem of norms, specifically custom as a norm, namely: (1) its condition of existence, (2) its normative foundation and (3) the legal effectiveness of the custom. Even though the commentary only talks about Chapter IX of the book, the analysis refers to a comprehensive reading and, therefore, to a discussion that questions the text based on the author's stated intention to explain the necessary clarification of the concepts.

KEYWORDS

condition of existence, custom, belief, conventional norms.

En *El lenguaje del derecho*, el autor expone la complejidad del fenómeno jurídico, sirviéndose de una clasificación acotada de la tipología normativa de G. H. von Wright (1969) que, entre otras cosas, le permite zanjar los hechos sociales que le son sustanciales al derecho, mencionando entre ellos la organización del poder, la regulación de conductas, la consagración de derechos, la estipulación de sanciones y la clarificación de los conceptos que le son propios y que, en su operar, configuran la realidad que ocasiona distintos tipos de normas, entre ellas las normas consuetudinarias. Dado su interés en examinar las normas en el ámbito del lenguaje, permite inferir que el propósito que persigue el capítulo que se comenta es la clarificación de la costumbre, en concordancia con lo que se dice cuando se afirma que un fenómeno es una costumbre jurídica.

El autor toma partido de la explicación ofrecida por Hume (2000), aunque su interés no se centra en las convenciones que regulan el sentido de justicia abordado en el *Tratado de la naturaleza humana*, sino en introducir el análisis de David Lewis (1969) para gatillar el debate en torno al carácter normativo de la costumbre. Con la propuesta de Lewis se desplaza la obligación y la fuerza del hábito en favor de la racionalización estratégica, por la que afirma que una convención surge cuando nos vemos enfrentados repetidamente al mismo problema, y para resolverlo generamos estrategias para coordinar nuestras expectativas, las cuales conducen a un equilibrio de coordinación, en la espera de que los demás actúen de la misma manera en que actuamos nosotros, y con la preferencia de que nadie desee actuar de manera contraria. En este contexto, se cita el argumento *humeano* en contra del contractualismo que dice:

dos hombres que mueven los remos de un bote lo hacen por un acuerdo o convención, aunque ellos no se han prestado jamás una promesa mutua. La regla que concierne a la estabilidad de las propiedades no se deriva de las convenciones humanas, sino que surgen gradualmente y adquiere fuerza en una lenta progresión por nuestra experiencia repetida de los inconvenientes de no cumplirla. (Hume, 2000, p. 354)

Mendonca no define la convención *humeana*, pero no está de más exponerla, considerando que Lewis desarrolla su tesis de las convenciones sociales como equilibrios que responden a problemas de coordinación sobre la idea de la “estabilidad de las propiedades” mencionada por el escocés. En consecuencia, me permito decir que (1) para Hume convención es asimilable a costumbre, (2) persiste porque es percibida como algo que contribuye al beneficio mutuo de los participantes, por tanto, (3) no es el resultado de ninguna promesa o acuerdo explícito, (4) sino algo que se da por la expresión de un sentido general de interés común basado en la suposición de que el resto se conducirá de la misma manera porque es conveniente hacerlo, y (5) porque en la concurrencia de la práctica nos volvemos sensibles a dicha conveniencia. En otras

palabras, cuando el sentido de interés se vuelve común, porque se expresa mutuamente y es conocido por todos, entonces se genera una conducta tan relevante como la de una obligación, sin ser ella misma una promesa, ya que la obligación de cumplir una promesa es comprensible únicamente en referencia al sentido de justicia o injusticia que, como demuestra Hume, es artificial por ser una convención.

A partir del célebre ejemplo de Hume, Lewis dirá que los individuos en el bote se enfrentan a un problema de coordinación del que surgen diversas opciones: (1) la acción de remar compasadamente el bote con suavidad, (2) la de remar aceleradamente o (3) la de remar de forma errática malgastando energía y esfuerzos, a sabiendas de que ninguna de las alternativas es necesaria. Queriendo decir que (a diferencia del empirista) quienes participan de la práctica eligen bajo el supuesto de que lo racional es que cada uno equilibre su ritmo tanteando el ritmo que espera del otro, concluye que las convenciones deben darse por una concurrencia arbitraria y que propician una estabilidad adaptativa (Miller, 2009). Esto es, dado que expresan una regularidad, pueden ser entendidas como (1) pautas seguidas en una situación recurrente de interacción social, (2) en la que se pone en práctica una de múltiples alternativas o regularidades potenciales que emergen de la situación que manifiesta un problema de coordinación, (3) de la que surge una solución estable, mediada por un proceso adaptativo que conduce a una práctica concreta.

De esta idea, que parece un caso especial de equilibrio de Nash, en el que los participantes pueden escoger, entre varias, una alternativa que logre un equilibrio o situación en la que se pone en práctica cierta estrategia individual pensada en la maximización de las ganancias, sopesando la estrategia del otro, basándose en el conocimiento común de que “todo el mundo sabe P o que todo el mundo sabe que todo el mundo sabe P”, la consideración de que cierto fenómeno es una convención requiere de una exigencia de conformidad difícil de lograr, sobre todo cuando en tal descripción se pasa por alto el carácter esencialmente normativo de las convenciones, ya que ellas no solo refieren a una forma de comportamiento, sino que, además, manifiestan el “cómo se debe” dar dicho comportamiento.

Reconozco el peso paradigmático que, dentro del convencionalismo jurídico, la teoría social y la teoría económica, tiene el estudio de Lewis; sin embargo, sus definiciones no poseen la consistencia para detallar qué enunciamos cuando decimos que algo es una costumbre normativa, teniendo en cuenta que la unidad de análisis del libro que acá se comenta son precisamente las normas. Tal vez iniciar con una interpelación analítica que muestre la equivocidad del concepto pueda arrojar mayor luz sobre el fenómeno consuetudinario. Si decimos *costumbre*, hablamos de una conducta observable, de una regla repetida, pero también de una norma de conducta, de una práctica tradicional compleja, de un modo de producción de normas y, en términos complejos, hablamos del

fenómeno consuetudinario en su totalidad. Por tanto, me permito encaminar la discusión en consciencia del carácter polisémico del término y en atención a la manera en la que Weber lo acoge.

En *Economía y sociedad*, Weber (2002) examina la acción humana, distinguiendo al menos cuatro “tipos” de acciones por las que la persona orienta su conducta en función de la acción de los demás, ya sean estos una pluralidad de individuos indeterminados o un otro individualizado. Las razones que se presentan pueden ser de “tipo” racional respecto a ciertos objetivos; racional respecto a ciertos valores; razones afectivas; y tradicionales en torno a costumbres arraigadas. En lo que respecta al “tipo” tradicional, el sociólogo alemán distingue las acciones humanas resultantes de la orientación basada en el uso, la convención, la costumbre y el derecho, e identifica a la primera por la probabilidad de que su ocurrencia sea causada por un acto de hecho.

La moda, por ejemplo, es una conducta orientada por el “uso”, debido a que su existencia se fundamenta en el hecho novedoso. Sin embargo, las acciones orientadas por la moda están próximas a la convención, costumbre y derecho, porque brotan del interés por el prestigio de estar a la moda, pero se distingue de las anteriores porque no tiene ningún elemento externo que la asegure. Las acciones orientadas por la costumbre, la convención y el derecho se sostienen en un arraigo duradero, aunque en esta tríada la costumbre no posee la misma validez (en términos de exigencia) que la convención y el derecho, que sí se sostienen en un orden que obliga y, en virtud de esa exigencia, es posible un trazo natural de la convención hacia el derecho (Weber, 2002).

Tenemos, entonces, la primera pista para acercarnos a la condición de existencia de la costumbre: el fenómeno consuetudinario involucra la repetición de un comportamiento arraigado por una regularidad de *facto* y de *iure*, pues su existencia debe contener condiciones para su prevalencia; ya que, por ejemplo, cuando enunciamos que se tiene por costumbre que en las reuniones las personas esperen su turno para conversar, decimos con ello: “tienes la obligación de esperar el momento de hablar”, además de que el incumplimiento o la falta de conformidad con la regla provoca sanciones, aunque sean un mero repudio social.

Al tenor de lo anterior, Mendonca aborda el carácter normativo de la convención señalando la crítica que Margaret Gilbert realiza a la propuesta de David Lewis. En concordancia con Weber, Gilbert (1989) reclama la ausencia del elemento normativo en la prevalencia de una conducta, ya que Lewis (1969) sostiene que la estabilidad o carácter perpetuo de la convención se fundamenta en la conveniencia de conformarse y en la suposición (o expectativa) de que los demás también se conformarán, obviando que la no conformidad genera efectos sancionatorios que son sopesados por aquellos que aceptan la práctica. A pesar de que Lewis abre la posibilidad de que las convenciones

puedan convertirse en norma, debido a una conformidad que responde a las preferencias de los demás, para Gilbert, afirmar que una práctica puede pretender normatividad no sugiere en ningún caso el carácter esencialmente normativo de una convención, sobre todo si se cree que los agentes racionales son capaces de mantener una convención en el tiempo sin considerarla en absoluto una obligación (Gilbert, 1989).

Al introducir la definición de Gilbert, Mendonca aprovecha y toma partido para puntuar la “creencia” con el sentido del “deber hacerse”, que alude al elemento subjetivo discutido ampliamente en la filosofía del derecho. A pesar de ello, lo hace con una atención reducida, lo que permite retomar la discusión, pero no vuelve a ella sino para exponer las observaciones finales, en las que tampoco se abordan, al menos como se esperaría de un texto de filosofía del derecho. Además, la reflexión acerca del carácter normativo de la convención es tan breve que resulta complejo establecer un diálogo con el autor en relación con un tema que, a mi parecer, constituye un elemento fundamental en el análisis del fenómeno consuetudinario, a pesar de que se sirve de teóricos que trabajan o, a lo menos, cuestionan la costumbre como norma.

Insisto en la relevancia de discutir sobre los elementos que conforman la costumbre o, como afirma Bobbio (2018), aquello que propicia que la repetición de un comportamiento pueda generar una norma consuetudinaria. Por el momento, se ha debatido acerca de la regularidad de la práctica como una condición indispensable, mas no suficiente para fundamentar su obligatoriedad. Y dado que la brevedad del capítulo impide expresar más, teniendo en cuenta la responsabilidad que me exige comentar un texto sin salir del texto, me atreveré a extender el argumento, aprovechando la opinión de los teóricos mencionados por Mendonca.

Aunque en el segundo apartado no queda zanjada la cuestión normativa de la costumbre, el autor pone de manifiesto los elementos que conforman la costumbre, ya que de la sola regularidad nada se infiere. Se requiere, por tanto, objetivar las acciones mediante la observación de lo que se repite para identificarlas con el elemento objetivo o material de la costumbre. Sin embargo, para que una repetición pueda dar forma a la materialidad de la costumbre, es imperativo que sea general, es decir, que sea seguida por un amplio número de individuos, sin que esto implique unanimidad; también es necesario que sea uniforme, en el sentido de que la respuesta de los participantes de la práctica sea similar o, al menos, no sea contradictoria; y, por último, que sea duradera. Luego, como insiste Gilbert (1989), se requiere de un cierto criterio de convencimiento subjetivo (un *fiat*) sobre cómo se debe actuar, ya que en la obligatoriedad interna la costumbre se distingue del uso. La conducta observable, ya sea general, uniforme y duradera, demanda un sustento interno: una consciencia acerca de la necesidad social de la práctica que reproduce la creencia de que actuar de esa manera es obligatorio, aunque la *opinio iuris* solo pueda probarse por la observación repetida de la práctica.

Con los antecedentes recogidos hasta el momento, se pueden entender las razones por las que Mendonca condiciona el estudio de la costumbre como norma al análisis del concepto de convención, teniendo en cuenta que no son conceptos asimilables en todos los contextos ni en toda la literatura. Sin embargo, por la manera en que se estructura en varias áreas del pensamiento y por la proximidad que tiene con la idea de norma, las convenciones sociales se convierten en un punto obligado de indagación. No obstante, persisto en objetar lo restringido del análisis, considerando la cantidad de autores que se abordan en solamente cinco páginas. Tal vez la elección de la cantidad de autores comentados por sobre la profundidad del análisis no resultó ser la opción más adecuada.

En el tercer apartado, el título *Reglas convencionales* parece indicar el tratamiento de las reglas convencionales; sin embargo, el autor expone únicamente la noción de convención social de Andrei Marmor y, de esta forma, dirige el análisis hacia las condiciones que permiten identificar la regularidad de una conducta como una convención social. Desde una perspectiva normativista, Marmor (2009) sugiere que las convenciones sociales son una clase de normas, más concretamente, normas que regulan la conducta, y señala que para asegurar que cierta práctica sea una norma convencional, se deben dar ciertas prerrogativas: (1) que la práctica sea propiamente un hecho social “hay un grupo o población P que normalmente sigue R en las circunstancias C”, (2) que la práctica en sí misma no proporcione razones para ser seguida “hay una razón o combinación de razones A para que los miembros de P sigan a R en las circunstancias C” y (3) que sea arbitraria “hay al menos otra potencial regla R' tal que si los miembros P hubiesen seguido R en la circunstancia C, entonces A hubiera sido razón suficiente para que P siguiera a R' y no a R en la circunstancia C, teniendo en cuenta que R' y R no se dan simultáneamente”.

Ahora bien, es una lástima que en el apartado no se completen los tipos de convenciones que desarrolla Marmor, especialmente porque clarifican muchas de las críticas que recibe la propuesta de Lewis, entre ellas, las formuladas por Margaret Gilbert. Para el filósofo israelí, el principal obstáculo del planteamiento de Lewis es la poca capacidad explicativa que tienen los problemas de coordinación; insiste en que no todas las convenciones pueden concebirse como el resultado o solución de un problema de coordinación. Las reglas en el ajedrez no tienen el mismo propósito que las reglas de tránsito que obligan a conducir por la derecha; por lo tanto, no hay sentido en sugerir que los ajedrecistas usen las reglas para resolver problemas entre ajedrecistas (Marmor, 2009). En consecuencia, cuando los problemas son excesivamente abstractos o poco específicos, no es posible identificarlo como problemas de coordinación, aunque estos sigan siendo una convención social.

Marmor sostiene que la solución a la carencia conceptual de Lewis radica en comprender que, además de los problemas de coordinación, existen otros problemas que se

solventan mediante otro tipo de convenciones. En consecuencia, aparte de las convenciones coordinativas, que solucionan problemas de coordinación, hay también (siguiendo a Searle) convenciones constitutivas y regulativas. Las primeras son reglas sociales que crean nuevas formas de conducta que responden a necesidades humanas complejas y, al establecer prácticas sociales que antes no existían, resuelven la ausencia de prácticas sociales que se necesitan como respuesta a necesidades humanas complejas. Las segundas, las convenciones regulativas, son reglas sociales que regulan prácticas que existen independientemente de la regla y que no responden a la coordinación de los participantes de la práctica.

En el último apartado, Mendonca asegura su cierre con el estudio de las convenciones de Bruno Celano, en el que se examinan las condiciones para que la costumbre pueda ser entendida como una verdadera fuente de producción jurídica. Aunque Mendonca repunta su análisis atando muchos de los cabos sueltos referidos a la ambigüedad del concepto de costumbre y a la complejidad del fenómeno consuetudinario que, a mi juicio, pudo haber profundizado desde el inicio del capítulo; aun así, no capitaliza la fuerza con la que el profesor italiano discute la eficacia jurídica de la costumbre. Para iniciar esta tarea, Celano (2000) sugiere la necesidad de pensar en una hipótesis normativa por la que se afirma que la costumbre es fuente de derecho, en virtud de una norma específica de producción de normas que la califica como una fuente de producción jurídica. Luego advierte que, aun bajo la hipótesis normativa, la naturaleza polisémica del vocablo suscita que la costumbre pueda ser entendida de distintas maneras, por ejemplo, como una regularidad en el comportamiento o como una norma social, cada cual con una estructura distinta y, por tanto, con una consecuencia jurídica distinta que vale tener en cuenta.

Como repetición de comportamiento (o regularidad), la costumbre se estructura bajo una forma específica de la que surge una norma jurídica que hace del comportamiento general, constante y repetido, un estándar de conducta. Mientras que, de la costumbre como norma, la consecuencia jurídica es el surgimiento de una norma de contenido próximo (o idéntico) a la norma social, debido a que su existencia puede constituir, desde un punto de vista del ordenamiento jurídico del grupo social, un hecho social puro y simple (Celano, 2000).

El autor finaliza con tres observaciones acerca de la existencia de las condiciones de la costumbre entendida como regularidad y como norma. En primer lugar, cuestiona el requisito de la generalidad fijado por Celano, apelando a que, además de la generalidad, se requiere de una regularidad prolongada y constante en el tiempo. En segundo lugar, observa la necesidad de pensar la sanción a la no conformidad como un elemento subjetivo de la costumbre. Por último, puntualiza que el reconocimiento jurídico de la costumbre debería recaer sobre la costumbre norma y no sobre la costumbre entendida como regularidad.

La primera observación de Mendonca parece un poco apresurada, ya que para Celano la costumbre-regularidad (como la nomina Mendonca en el texto) es mencionada explícitamente como una “repetición general y constante de un cierto tipo de comportamiento” (Celano, 2000, p. 84), en la que se puede asumir la constancia como algo anexo al tiempo. La segunda observación me parece problemática, pues si la sanción es tomada como un elemento interno constitutivo de la costumbre, entonces se cae en la paradoja de que la consecuencia del incumplimiento de la práctica suceda como algo anterior a la práctica misma. Sin embargo, si estiramos el argumento de Mendonca y lo pensamos desde Hume, podría ser plausible. Siguiendo el *Tratado de la naturaleza Humana*, nos habituamos a las ventajas que produce actuar bajo un sentido de interés común y también a las consecuencias negativas de no hacerlo, con la basta salvedad de que el empirista y el jurista italiano abordan problemas distintos y con preocupaciones filosóficas distintas. En cuanto a la tercera observación, simplifico con decir que la costumbre como regularidad es introducida por Celano como una hipótesis negativa para poder afirmar que la juridicidad recae en la costumbre como norma consuetudinaria. En lo personal, me parece una respuesta elíptica, que demuestra que la discusión sobre la costumbre no es baladí y que necesita mucho más de cinco páginas para desentramparla, aunque es muy posible que no se tenga respuesta.

He centrado la reflexión en cuestiones que, a mi parecer, no fueron abordadas con suficiente profundidad, a juicio de que el autor presenta un estudio de filosofía analítica, lo cual implica de cierta manera, verificar la centralidad y conformidad de los conceptos a través de la reflexión objetiva, sistemática y rigurosa. Sin embargo, pienso que la falta de rigurosidad en el capítulo comentado se debe a lo acotado del mismo, ya que el hilo conductor de la exposición de los temas y la manera en que se introducen los teóricos es, en todo caso, limpio, coherente y pedagógico. Concluyo que *El lenguaje del derecho* tiene semblante de texto introductorio que ofrece de manera didáctica y estimulante un recorrido por diferentes autores que tienen especial interés por los problemas del lenguaje de la norma, y ahí radica su importancia dentro de la creación de conocimiento.

BIBLIOGRAFÍA

- Bobbio, N. (2018). *Teoría General del derecho*. Olejnik.
- Celano, B. (2000). *Dos estudios sobre la costumbre*. Fontamara.
- Gilbert, M. (1989). *On social facts*. Princeton University Press.
- Hume, D. (2000). *Tratado de la naturaleza humana*. Verbum.
- Lewis, D. (1969). *Convention: A philosophical study*. Blackwel Publishing.
- Marmor, A. (2009). *Social Conventions: From Language to Law*. Princeton University Press.
- Mendonca, D. (2023). *El lenguaje del derecho*. Marcial Pons.
- Miller, L. (2009). "La noción de convención social. Una aproximación analítica". *Revista de sociología*, (91), 29-43. <https://doi.org/10.5565/rev/papers/v91n0.720>
- Weber, M. (2002). *Economía y sociedad*. (2° ed. en español). Fondo de cultura económica.