

11014

DOCTRINA

SOBRE LAS NORMAS NO JURIDICAS EN EL DERECHO *

por WINFRIED HASSEMER **

SUMARIO: I. *Las dimensiones del tema.* - II. *Concepto y ámbito de las normas jurídicas y no jurídicas.* 1) El orden externamente garantizado. 2) Aspectos comunes. 3) Aspectos distintivos. 4) Precisiones. 5) Resultado. - III. *Normas no jurídicas dentro del derecho.* 1) Derecho legal y derecho social. 2) La determinación del material de la idea del derecho. 3) Correspondencia entre ser y deber ser. 4) Pre-comprensiones y circularidad del comprender. 5) Contenidos del comprender. a) Conceptos jurídicos adecuados a la sociedad. b) Complementación de los ámbitos semánticos abiertos de los conceptos jurídicos. c) Teoría de la argumentación jurídica orientada empíricamente. 6) Evaluaciones. - IV. *Las normas no jurídicas contra el derecho.* 1) ¿Predominio de las normas no jurídicas? 2) La juridización del orden social. 3) La relación entre el orden jurídico y el no jurídico. - V. *Resumen.*

I. *Las dimensiones del tema.*

A primera vista, el tema parece anodino. Asocia las tramas de discusión bien conocidas de las dos ciencias de los fundamentos del derecho, que hasta el momento pudieron valer como reconocidas en la comunidad científica: de la sociología del derecho, la contraposición entre derecho legal y derecho social, que daba sustento al presupuesto sobrentendido de esta ciencia, cuando ella era todavía joven; de la teoría del derecho y de la teoría de los métodos, la cuestión hoy ya clásica de las cláusulas generales en el derecho o de los prejuicios conformados socialmente de aquel que interpreta las normas jurídicas. Así visto, no se puede esperar una discusión sobre las normas no jurídicas en el derecho que lleve de caminos conocidos, a terrenos oscuros.

* *Über nicht-juristische Normen im Recht*, publicado en la "Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft", nº 81, 1982, ps. 84/105. Traducción de MARCELO A. SANCINETTI.

** Profesor de Teoría General del Derecho, Sociología del Derecho y Derecho Penal, de la Universidad de Frankfurt am Main.

A la segunda mirada se debe ver, sin embargo, que las normas no jurídicas presuponen y admiten no tan evidentemente un ámbito hereditario del derecho, como lo sugiere el tema: es como si hubiera un gran campo en el derecho, en el cual junto a las flores de las normas jurídicas florecerían aquí y allá también flores de distintos colores, de las normas no jurídicas, de tal modo como si las normas no jurídicas se contentaran sin duda con estar "en el derecho". Ya las discusiones más antiguas, pero con gran énfasis las más nuevas, ponen en claro que las normas no jurídicas no se satisfacen tan fácilmente, sino que, mucho más, reclaman para sí la pretensión de codeterminar los límites del derecho correcto y de juzgar inclusive sobre los criterios de justicia. Más aún: el debate sobre las normas no jurídicas en el derecho se vincula hoy, en la República Federal, en general, al tema de la función y legitimidad del derecho en la sociedad. Las palabras clave de este debate son desolidarización, juridización y formalización de las relaciones humanas por medio del derecho.

Este debate se debe, si no me equivoco, a una demanda cada vez más intensa de las ciencias de los fundamentos del derecho por las ciencias sociales. Con esta demanda, las ciencias sociales obtienen la chance de librarse del papel de ciencias auxiliares de la ciencia del derecho (del papel de poder contribuir en aspectos puntuales a lo "no jurídico" en el derecho) y de reclamar el papel de una ciencia de los fundamentos del derecho (el papel de participar en el discurso sobre la misión y justificación del derecho y en la formulación de las preguntas que ella hasta ahora tenía que contestar sólo cuando estaban planteadas por parte de la ciencia del derecho).

En vista de esta gran amplitud del tema, señalada a grandes rasgos, es necesario poner en una relación sistemática los distintos ámbitos de la discusión en torno de las normas no jurídicas en el derecho y su desarrollo hasta hoy. Previamente, serán oportunas, sin embargo, algunas precisiones. El concepto de las "normas no jurídicas" (*normes non juridiques, non-legal norms*) es demasiado vago como para que se pueda construir sobre él y en torno de él, de modo confiable y sólido.

II. Concepto y ámbito de las normas jurídicas y no jurídicas.

1) El orden externamente garantizado.

La distinción presupuesta en el tema entre ámbito jurídico y normas no jurídicas tiende en última instancia a la pregunta por la validez del derecho. Pues la distinción presupone una toma de posición previa en el problema relativo a sobre cuáles circunstancias se afirman

las normas jurídicas en el sistema total del conjunto de las normas sociales, y qué las diferencia de otras normas. Las teorías de la validez del derecho forman parte, como es sabido, del conjunto de problemas no resueltos de Filosofía del Derecho y de Sociología del Derecho¹. Sus extremos se unen con los autores clásicos Eugen Ehrlich ("teoría del reconocimiento") y Max Weber ("teoría de la coacción"). No puedo ocuparme aquí de esta discusión², dado que ella sólo roza mi tema en el ámbito definicional. La distinción entre normas jurídicas y no jurídicas tiene que partir continuamente de esta discusión. Los fines de la definición exacta de las normas jurídicas y no jurídicas se pueden alcanzar lo antes posible con el respaldo de la distinción de Max Weber entre derecho y convención. Allí³ se habla de una "convención", "cuando su validez está garantizada externamente por la chance de que, si se da una desviación dentro de un círculo determinado de personas, ella habrá de tropezar con una reprobación (relativamente) general y prácticamente sensible", mientras que un ordenamiento se llama "derecho", "cuando él está garantizado externamente por la chance de coacciones físicas o psíquicas ejercidas por un cuadro de individuos propiamente establecidos para actuar orientados a obligar la observancia de la conducta debida o al castigo de su trasgresión".

Esta distinción no está a la altura de la discusión actual. Pero ella contiene el criterio decisivo de una diferencia entre normas jurídicas y no jurídicas: las posibilidades de imposición de normas formalizadas; además acentúa, con razón, una amplia coincidencia entre derecho y convención.

Como consecuencia de las ideas de Max Weber, normas jurídicas y no jurídicas deben ser vistas como integrantes de un orden común.

¹ Panorama, sistemática y demostraciones, por ejemplo, en Neumann, *Das Problem der Geltung von Normen*, en *Wahlfach Examinatorium 11: Rechtsphilosophie*, Karlsruhe, 1976, p. 77, o en Büllesbach, *Rechtswissenschaft und Sozialwissenschaft*, en Kaufmann-Hassemer (editores), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Karlsruhe, 3ª ed., 1981, p. 199 (esp. 204 y ss.).

² Una nueva contribución se halla en Lüderssen, *Juristische Allgemeinbegriffe und Demoskopie*, en *Generalklauseln als Gegenstand der Sozialwissenschaften*, Baden-Baden, 1978, p. 53 (esp. 58 y ss.); cf. también su *Juristische Topik und konsensorientierte Rechtsgeltung*, en *Festschr. f. Coing I*, München, 1982, ps. 549 y ss.

³ Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 4ª ed., 1956, p. 17. (Existe traducción al castellano de esa misma edición, a cargo de José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Imaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora: *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1964, reimpresión de 1984, p. 27 [aunque la versión española contenida arriba en el texto es, en el estilo, algo diversa de esa traducción; N. del T.]).

"externamente garantizado", un orden que aquí es denominado el sistema total de control social.

2) Aspectos comunes.

Sus aspectos comunes están fundamentados material y estructuralmente. Ellas garantizan el orden normativo de la sociedad —en el sistema de Max Weber, junto a los usos y costumbres—. Para realizar esta garantía se sirven, coincidentemente, de una estructura trimembre: definen la desviación de la norma, fundamentan y determinan la medida de la sanción que ha de seguir a la desviación, y son aplicadas en un proceso que tiene por objeto la desviación⁴. Desviación, sanción y proceso son los elementos comunes de la estructura del "derecho" y de la "convención", su objetivo común es la garantía externa del orden normativo. Las normas jurídicas y no jurídicas están en cada nivel del control social: definen la desviación, determinan la medida de la sanción y regulan el proceso.

Normas jurídicas y no jurídicas coinciden finalmente en que son parte integrante de un orden "externamente" garantizado, parte integrante de un control "social", y en que dependen, respecto de su fuerza de validez, de la reprobación externa y de la coacción externa. Con esto, están excluidas todas las normas que no son *ad alterum*, que no regulan la relación entre los hombres, especialmente las normas éticas o religiosas, que acaso determinan la relación con un dios y que no son impuestas por medio de instancias terrenales. Por consiguiente, las normas "no jurídicas" son, así entendidas, sólo normas "sociales": regulaciones de conducta que dependen de mecanismos de imposición que actúan más allá del que se desvía de la norma, de mecanismos de imposición que garantizan sólo lo externo y se sirven, para ello, sólo de la sanción externa y del proceso de control social.

3) Aspectos distintivos.

También las diferencias entre las normas jurídicas y no jurídicas están fundamentadas ya en Max Weber. La primera diferencia se halla

⁴ Una versión y discusión más amplia de este modelo, en Hassemer-Steinert-Treiber, *Soziale Reaktion auf Abweichung und Kriminalisierung durch den Gesetzgeber*, en Hassemer/Lüderssen (editores), *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, t. III, *Strafrecht*, München, 1978, p. 1 (esp. 45 y ss.). También en mi libro *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, 1981, pp. 292 y ss.

(Del último texto existe traducción castellana a cargo de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, *Fundamentos del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984 [N. del T.]).

en el ámbito de la validez: las normas jurídicas reclaman validez por igual en todo el ámbito de dominio del orden jurídico estatal, las normas no jurídicas son normas de grupos de referencia, que han de contar con normas concurrentes de otros grupos sociales, ellas valen fragmentariamente⁵. Así, por ejemplo, la definición jurídica de lesión corporal o de ofensa es un límite para el comportamiento de cualquier hombre que está en el ámbito de dominio del orden jurídico estatal, mientras las normas de sus grupos de referencia pueden diferir, en ese contexto de conducta desviada, desde minuciosas prohibiciones hasta generosas tolerancias.

La diferencia más importante entre las normas jurídicas y las no jurídicas reside en la garantía formalizada del control social. En Max Weber esta diferencia es indicada, por un lado, por la (mera) chance de una reprobación prácticamente sensible, y, por el otro, por el actuar final de una instancia socialmente instituida para imponer la sanción.

La diferencia entre derecho y convención no puede ser entendida por la "coacción": también la "reprobación prácticamente sensible" actúa de manera coactiva. La diferencia reside, más bien, en la formalización de la coacción: en su instauración final social, en su garantía institucionalizada.

Las normas jurídicas están formalizadas en alta medida —en contraposición a otras normas sociales—⁶. Están sujetas a exigencias de precisión, al mandato de publicidad, a presupuestos de elaboración determinados formal y materialmente. También el procedimiento en el cual son aplicadas las definiciones jurídicas de la conducta y las disposiciones de las consecuencias jurídicas, está reglado, por su parte, con costumbres y condiciones profesionales de acción y por la garantía de determinados cursos de procedimiento. Mientras las normas no jurídicas están en el mundo no por la publicidad formal, sino por la acción efectiva, mientras los procedimientos de su aplicación difícilmente se pueden predecir y controlar, mientras la "reprobación" por la lesión a las normas no jurídicas tienen un amplio margen de juego y apenas hay atribuciones regladas para la sanción, las normas jurídicas se entregan

⁵ En la definición de Max Weber se manifiesta la reducción del ámbito de validez de las normas no jurídicas, por el hecho de que él confía a la convención —en contraposición al derecho— sólo la chance de la aplicación "dentro de un círculo determinado de personas" y sólo la chance de una reprobación "relativamente" general.

⁶ Para las normas jurídico-penales —que disponen (o deben disponer) de un grado de formalización especialmente alto—, esto está desarrollado detalladamente en Hassemer, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Reinbek, 1974, pp. 133 y ss.

a garantías formalizadas para su origen y aplicación. En estas garantías formalizadas veo —con Max Weber, pero más allá de él— lo característico del ámbito del derecho.

4. Precisiones.

Naturalmente, son oportunas dos restricciones que den precisión. Ambas se deben al reconocimiento de que derecho y convención, de que normas jurídicas y no jurídicas, no están asentadas a cada lado de una línea que corre entre ellas, sino sobre un continuo, el cual —como garantía externa del orden normativo— unifica sobre un fundamento común tanto las normas jurídicas como las no jurídicas. De este reconocimiento se sigue que las diferencias entre normas jurídicas y no jurídicas no deben ser entendidas de modo abstracto y contradictorio. Normas jurídicas y no jurídicas son más bien los *núcleos de una elipsis*, que no están separados uno de otro, sino que también están unidos uno con otro.

Así, también en el ámbito de las normas no jurídicas existen principios de garantía formalizada; piénsese sólo en convenciones en el ámbito de grandes familias, que, más o menos ajustadas, son predecibles en su realización y en esa medida también controlables. Así, en el ámbito de las normas jurídicas existen *déficit* de garantía formalizada; piénsese sólo en el derecho de la competencia o en partes determinadas del derecho penal administrativo, donde las determinaciones normativas de la conducta adecuada al derecho y contraria al derecho, así como también las predicciones de la sanción correspondiente, son vagas, y su cumplimiento, poco controlable. Así, especialmente, existen transiciones históricas desde una garantía formalizada hacia una desformalización, y viceversa. Piénsese en descriminalizaciones (por ejemplo, en el ámbito del derecho penal sexual), en las cuales la eliminación del control formalizado por medio del derecho penal no condujo de ninguna manera también a la eliminación del control social informal de la desviación sexual; piénsese —al contrario— en el derecho escolar, en el cual el legislador y la burocracia educacional juridizan el control social informalmente aplicado y con ello garantizan formalmente, o en el tormentoso desarrollo de un derecho social, el cual sustituye la expectativa a la limosna y el amor al prójimo por la pretensión jurídica formalizada de un mantenimiento. Pero a pesar de estos engranajes, queda la idea de que la instauración de garantías formalizadas es la característica de una distinción entre normas jurídicas y no jurídicas.

La segunda restricción que se deriva del fundamento común de las normas jurídicas y no jurídicas tiene en cuenta el hecho de que tanto el derecho como la convención, por lo tanto, el continuo total del orden normativo externamente garantizado, son *históricos*. Las normas jurídicas y las no jurídicas son dependientes del cambio social, pero no sólo cada una por sí misma, sino también en sus relaciones recíprocas, están sometidas a modificaciones. Este punto de partida trivial conduce a un reconocimiento importante: la característica de la garantía formalizada es "propia" del derecho no como un *apriori*. Es más bien el resultado de un desarrollo, que puede lograrse o no; esta característica es un indicador de la cultura político-jurídica de una sociedad. En los procesos históricos de formalización y juridización, y viceversa, se puede estudiar las transiciones desde normas jurídicas o no jurídicas, que necesitan no sólo un análisis, sino también de una valoración.

5. Resultado.

Las normas jurídicas y no jurídicas, por lo tanto, están asentadas sobre un continuo del orden externamente garantizado, ambas son instrumentos de control social. El elemento que las distingue es la formalización del control social, la garantía formalizada del orden normativo. Las propiedades más importantes de una formalización son la instauración de un cuadro profesionalmente habituado y normativamente conducido para la aplicación de normas, al que le corresponde la definición explícita, pública y controlable en su realización, de la conducta normativamente relevante, la imposición de sanciones a la desviación de la norma y la formación de un proceso de control. Las transiciones desde una normatividad jurídica a otra, no jurídica se dan en ámbitos marginales y con límites fluidos; ellas son históricas.

III. Normas no jurídicas dentro del derecho.

Después de estas precisiones acerca del ámbito de la normatividad jurídica y no jurídica se puede cuestionar el papel de las normas no jurídicas en el derecho. Esta cuestión conduce a los problemas fundamentales de la teoría del derecho y de la teoría de los métodos, de la sociología del derecho, de la política jurídica, así como de la filosofía del derecho y de la filosofía social. Los caminos por estas zonas de la ciencia del derecho están transitados con distinta frecuencia y cuidados con distinto esmero. Nosotros transitaremos a paso acelerado los caminos conocidos, para considerar luego con más precisión lo que hay en terrenos menos conocidos.

1) Derecho legal y derecho social.

La suposición científica probablemente más antigua acerca del papel de las normas no jurídicas en el derecho es aquella según la cual la realización de las normas jurídicas no puede ser esperada ni garantizada sin la ayuda productiva y rectificatoria de las normas no jurídicas. Esta suposición tiene distintas fuentes, cuyas relaciones en general no son explicitadas. Estas fuentes surgen de las zonas de la más antigua y más moderna sociología del derecho, de la filosofía del derecho neokantiana y de la teoría hermenéutica del derecho. En todo caso, aquí deben ser señaladas esas fuentes.

Para la sociología del derecho alemana de fines de siglo era muy evidente que junto al derecho legal y al derecho de los juristas existía aún una gran gama del "derecho social": convenciones, costumbres, usos, tradiciones, prácticas⁷. Hemos considerado esto a modo de ejemplo en Max Weber y descrito más de cerca el ámbito del "derecho social", bajo el concepto del control social⁸. Mientras el pensamiento sistemático de Max Weber ofrece una ayuda para la distinción precisa entre las normas jurídicas y no jurídicas, se hallan ayudas para la comprensión profunda de las normas jurídicas y no jurídicas más bien en un pensador sintetizador como Eugen Ehrlich⁹.

Él ha descrito las condiciones de origen y modificación de las diversas normas no jurídicas bajo la palabra clave "uniones humanas"¹⁰, él ha descrito las condiciones de origen y modificación de las diversas normas no jurídicas, las cuales regulan no sólo las relaciones entre los hombres, sino también la economía y la distribución de bienes.

Más importante que la comprobación de que las normas de este derecho social están en acción recíproca con el derecho estatal y el derecho de los juristas, es para nosotros el reconocimiento de Ehrlich, de que recién las normas de las agrupaciones humanas —nosotros las hemos denominado las "normas sociales"¹¹— dan socialmente vigencia al derecho estatal: la posibilidad de las sanciones estatales a la conducta desviada es sólo la *ultima ratio* de garantía normativa para la

⁷ Cf., por ejemplo, la presentación de Ryffel, *Rechtssoziologie. Eine systematische Orientierung*, Neuwied, Berlin, 1974, ps. 51 y ss.

⁸ *Supra*, II.

⁹ Acerca de esto, por ejemplo, M. Rehbinder, *Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*, Berlin, 1987; también, *Einführung in die Rechtssoziologie*, Frankfurt am Main, 1971, ps. 21 y ss.

¹⁰ Cf., esp., Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Berlin, 3ª ed., 1987, ps. 31 y ss., y 49 y ss.

¹¹ *Supra*, II.

conducta debida. Según la opinión de Ehrlich, lo que lleva a la gente a cumplir los contratos cotidianamente y a omitir los hechos punibles, no es, en verdad, su motivación individual, ni tampoco la coacción formalizada del derecho estatal; este motor consiste más bien en la coacción social, que ejercen las normas del derecho de organización social —más fuertemente que todas las sanciones estatales—. Ehrlich, quien no logra una distinción analíticamente sólida entre las normas jurídicas y las no jurídicas¹², describe un modelo, en los efectos recíprocos de ambos ámbitos normativos, que ha fertilizado extraordinariamente las discusiones futuras: el modelo de la dependencia ilevantable del derecho estatal frente al social, de las normas jurídicas frente a las no jurídicas.

2) La determinación del material de la idea del derecho.

Radbruch fundamenta este modelo de la relación entre las normas jurídicas y no jurídicas en su teoría filosófico-jurídica de la "naturaleza de la cosa", no basándose naturalmente en el sociólogo del derecho Ehrlich, sino más bien las Pandectas de Dernburg. Él se apoya en las palabras de Dernburg: "las relaciones de la vida llevan en sí, estén o no más o menos desarrolladas, su medida y su orden. Este orden latente en las cosas se denomina naturaleza de la cosa. Sobre él debe volver el jurista que piensa, cuando falta una norma positiva o cuando ésta misma es incompleta u oscura"¹³.

Radbruch parafrasea estas "relaciones de la vida", el "orden latente en las cosas", y les confía, frente a las normas jurídicas, una fuerza mayor que Dernburg, quien quería preguntarse por ellas solamente en las leyes con lagunas u oscuras, dejaba intacta, por tanto, la supremacía del derecho estatal.

Radbruch explica el concepto "naturaleza de la cosa" en las dos partes integrantes "naturaleza" y "cosa", y entiende como "cosa" el "material" del derecho (las situaciones naturales, sociales y jurídicas, que el legislador encuentra como "realidades de la legislación"), como "naturaleza", la "esencia" de la cosa (su sentido objetivo, que reside

¹² Cf., por ejemplo, *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (cit. n. 10), p. 132, donde Ehrlich se orienta no hacia la "ciencia social", sino hacia la "psicología social", y ofrece como criterio de distinción que "las distintas formas de normas... dan lugar a matices de sensibilidad distintos": irritación (en el caso de la infracción al derecho), indignación, disgusto, reprobación, ridiculización, rechazo crítico (en el caso de la transgresión a las normas no jurídicas).

¹³ Radbruch, *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, Darmstadt, 1960, p. 8; para lo que sigue, ps. 10 y ss.

en las relaciones mismas de la vida)¹⁴. "Cosas" en este sentido son no sólo "situaciones de hecho naturales" (como las relaciones sexuales o de procreación), sino también las "formas sociales previas a las relaciones jurídicas" y las "relaciones de la vida reguladas jurídicamente" (como los tipos de negocios o de iglesias). El "material del derecho" son, por lo tanto, para este modo de pensar, materiales que no son *facta bruta*, sino institutos ordenados normativamente, en nuestras palabras: órdenes garantizados externamente por normas sociales, ámbitos parciales e instrumentos de control social.

El significado importante de las normas sociales deviene visible, para este ámbito del derecho, cuando se estudia el intento de Radbruch de superar, mediante el concepto de la "naturaleza de la cosa", la rígida separación entre ser y deber ser, el dualismo metodológico de la tradición neokantiana¹⁵. El orden normado socialmente de Radbruch ingresa en el derecho estatal en tres pasos: primero, la idea jurídica tiene que ver con la "resistencia del mundo común"; la política jurídica tiene que contar con esta resistencia, tiene que "acomodarse a ella, más o menos, para su realizabilidad"¹⁶. En segundo lugar, la política jurídica es un niño de cada "clima histórico", que le pone límites insuperables —también normados socialmente—. En tercer lugar, y como más importante —y en esto reside la superación de Radbruch del dualismo metodológico— la idea del derecho está ya condicionada y formada ilevantablemente por el "material" al que ella tiende. Un derecho "purificado", independiente del material del derecho no es concebible en absoluto; la "determinación del material de la idea" garantiza una trama indisoluble del orden jurídica y socialmente normado.

Naturalmente, Radbruch no deja ninguna duda de que la "idea del derecho tiene que dar la última palabra", que a la idea del derecho le corresponde la "última decisión"¹⁷. Verdad es que no dice cómo tendría que imaginarse particularizadamente esta conducción, en vista de la "determinación del material de la idea" y de la "determinación de la idea del material", la interrelación entre valor y realidad. De todos modos, permanece en pie que en una tal concepción de la

¹⁴ Acerca de esto, también Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, Göttingen, 3ª ed. (1965), ps. 21 y ss.

¹⁵ Cf., acerca de esto, Radbruch, *Entwicklung und schwankende Stellungnahme in Rechtsphilosophie*, Stuttgart, 6ª ed., 1963, ps. 98 y s.; *Vorschule der Rechtsphilosophie* (cit. n. 14), p. 22 ("Contradicción aparente con el dualismo metodológico"), p. 23; *Die Natur der Sache* (cit. n. 13), ps. 15 y ss.

¹⁶ Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, p. 22.

¹⁷ Por ejemplo, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, p. 23.

"naturaleza de la cosa" —aun cuando ella, como teoría de la Filosofía del Derecho, no se refiera a la tradición de la Sociología del Derecho— las normas no jurídicas han penetrado profundamente en el ámbito del derecho: dejan de formar parte sólo de las condiciones de realización del derecho estatal, para participar productivamente en la concepción del orden jurídico; actúan en el interior de toda formación de una norma jurídica.

3) Correspondencia entre ser y deber ser.

La pregunta por las chances de aplicación de la idea del derecho frente a la "determinación del material" de esta idea del derecho, ya no contestada por Radbruch, fue recogida y continuada en la sucesión de su pensamiento, pero bajo puntos de vista modificados. El punto de partida de los conceptos teórico-jurídicos posteriores fue el resultado provisional de la filosofía del derecho, de que una separación entre realidad y valor, entre ser y deber ser, entre las relaciones de la vida reguladas socialmente y el orden jurídico, no puede ser mantenida.

El puente entre consideración filosófico-jurídica y teórico-jurídica de las normas no jurídicas en el derecho se encuentra ante todo en la obra de Arthur Kaufmann. Especialmente en confrontación con el positivismo jurídico, al cual también respondía Radbruch¹⁸, Kaufmann ha elaborado las relaciones recíprocas entre derecho, ley y sentencia, y acentuado el carácter concreto e histórico del derecho¹⁹. Con ello estaba abierta la puerta a una concepción de la realización del derecho, que pudiera referirse al aquí y ahora, a las circunstancias de la situación normada socialmente²⁰.

También para Arthur Kaufmann la formulación de Dernburg de medida y orden de las relaciones de la vida es la base, como también lo es, para él, la forma mental de la "naturaleza de la cosa", de un modelo que asigna a las normas no jurídicas un lugar en el proceso de realización²¹. Derecho es entendido —a consecuencia de la crítica

¹⁸ Arthur Kaufmann, *Die ontologische Struktur des Rechts*, en Kaufmann, *Rechtsphilosophie im Wandel*, Frankfurt am Main, 1972, ps. 104 y ss.

¹⁹ Acerca de la evolución presentada en el texto, Hassemer, *Der Begriff des positiven Rechts*, en "Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft", 77, 1978, p. 101, esp. ps. 102 y ss.

²⁰ Cf., sobre todo, Arthur Kaufmann, *Gesetz und Recht*, en Kaufmann, *Rechtsphilosophie im Wandel*, ps. 135, 157 y ss.; el marco en el cual se puede captar esta concepción es, nuevamente, el concepto de la "naturaleza de la cosa".

²¹ Especialmente en Arthur Kaufmann, *Analogie und "Natur der Sache"*. *Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, en Kaufmann, *Rechtsphilosophie im Wandel*, p. 272. La referencia a Dernburg se halla en la p. 287.

al dualismo metodológico— como “correspondencia entre deber ser y ser”²², y el hallazgo del derecho no es, entonces, la “subsunción” de una situación de hecho bajo una norma, no es, por tanto, la simple adecuación de lo fáctico bajo una regla, sino que él realiza la significación propia y la productividad del contenido de lo fáctico para la realización del derecho: el hallazgo del derecho es la “asimilación entre la situación de hecho de la vida y la norma”²³, componer la correspondencia entre deber ser y ser²⁴. Naturaleza de la cosa y tipo (en lugar de un concepto general-abstracto) permiten esa asimilación, porque ellos representan “un medio que intermedia entre la justicia de la norma y la justicia de la cosa”²⁵, la aparición y representación de una “generalidad en lo especial, de una valoración en lo fáctico”²⁶.

Traducido al horizonte y conceptualidad de nuestro tema, esta concepción de derecho y realización del derecho desarrolla las normas no jurídicas a partir de un mero objeto de la observación y decisión jurídicas hacia un factor al cual co-conduce e influye la realización del derecho. Si la “ideología de la subsunción” aquí combatida había dignificado la situación de hecho de la vida únicamente como objeto de decisión jurídica, si la realización del derecho fue para ella sólo una vía de una sola mano desde el deber ser al ser, entonces, con el concepto de la “naturaleza de la cosa” se produce la dirección contraria: las normas del derecho recién pueden ser comprendidas y aplicadas gracias a las normas no jurídicas hechas realidad en la situación de hecho de la vida, normativamente ya “pre-ordenadas”. La “justicia” jurídica y la no jurídica tienen que ser puestas “en correspondencia”, no están más una frente a otra como regla y objeto de la regla.

4) *Pre-comprensiones y circularidad de la comprensión.*

De la teoría hermenéutica del derecho fue desarrollado y aguzado este concepto para la teoría de la decisión judicial²⁷. Esta teoría resumió en el concepto del “círculo hermenéutico” y en el concepto de la “pre-comprensión” la teoría de la “determinación del material de la idea del derecho” y de la correspondencia entre deber ser y ser,

²² Ibidem, ps. 286 y ss.

²³ Ibidem, ps. 302 y ss.

²⁴ Ibidem, p. 308.

²⁵ Ibidem, ps. 307 y ss.

²⁶ Ibidem, p. 309.

²⁷ Cf., especialmente, Hassemer, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln, etc., 1968; Esser, *Vorverständnis und methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, Frankfurt am Main, 2ª ed., 1972.

de tal manera que ella pudo describir claramente las condiciones del comportamiento judicial. Los conceptos del círculo y de la pre-comprensión tomados de la teoría del conocimiento y de la teoría de la ciencia²⁸ expresan que a la "aplicación" de una ley a una situación de hecho decisiva le precede necesariamente un acto de comprensión que se refiere tanto a la ley como a la situación de hecho. Así como las concepciones aquí ya presentadas de la naturaleza de la cosa, también la teoría hermenéutica del derecho parte de que situación de hecho y norma se necesitan recíprocamente, de que comprender no puede ser únicamente un comprender abstracto de la norma, sino que el comprender de la norma incluye también un comprender de la situación de hecho. Lo que la hermenéutica filosófica discute como "problema circular" —la interrelación entre lo que se comprende y el "objeto" a comprender— es, para la hermenéutica jurídica, la unión entre norma y situación de hecho: de la cantidad infinita de informaciones sobre el mundo se puede obtener una "situación de hecho" recién cuando se sabe qué se debe buscar y acerca de qué se debe preguntar; se tiene este conocimiento sólo a partir de la norma. Pero la norma se puede concretar sólo en vista a los requisitos que son impuestos por la situación de hecho concreta como problemas de decisión²⁹.

El juez que se mueve en ese "círculo", sobre esa espiral (y todo otro que intenta decidir situaciones de hecho bajo normas jurídicas) incluye necesariamente en el proceso de comprensión de la norma y de la situación de hecho, pre-comprensiones: modelos de observación y conducta que él debe a su historia personal, a su profesionalización

²⁸ Sobre todo, Gadamer, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübingen, 2ª ed., 1965 (de esta obra de Hans-Georg Gadamer, hay traducción castellana de la 3ª ed. [Tübingen, 1975], a cargo de Ana Aparicio y Rafael de Agapito, *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, Ediciones Sígueme, Salamanca, 1984 [N. del T.]).

²⁹ En *Tatbestand und Typus* (ps. 106 y ss.), he propuesto parafrasear este problema como "espiral", en lugar de "círculo", para expresar que la comprensión de norma y situación de hecho avanza una con otra hacia una comprensión mejor, más satisfactoria (y no que giran siempre en el mismo plano). Hoy creo que la teoría hermenéutica del derecho que se concentra en comprender textos (normas), puede ampliar su pretensión de explicación, volviendo a reflexionar sobre los puntos de partida de la hermenéutica filosófica; además de la comprensión de textos se trata —primordialmente— de una "comprensión escénica", por tanto, de procesos de comprensión y de aplicación del derecho en el procedimiento. A partir de sus instrumentos científicos, la teoría hermenéutica del derecho está bien armada para poder captar y describir las dimensiones pragmáticas de la realización del derecho. Más detalles, en mi *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts* (cit. n. 4), ps. 113 y ss.

específica, pero también a los esquemas culturales que predominan en su sociedad y en sus grupos de referencia. Estas pre-comprensiones son sustanciales, e ilevantables. Comprender no es posible en absoluto sin una pre-comprensión; todo lo que sucede se refiere a una experiencia anterior, a una relación con lo semejante, recordada y socializada, a hábitos de percepción y de acción, a valoraciones, deseos y miedos ya adquiridos. El lema de la teoría hermenéutica del derecho no es, por eso, el de superar, eliminar o reprimir las pre-comprensiones, sino más bien hacerlas conscientes y tan transparentes y abiertas como sea posible, inclusive en el caso del juez. Pues ellas son fuentes del derecho. Ellas guían el proceso de comprensión de la interpretación de la ley no sólo en el modo, codeterminan también su resultado: no hay ninguna interpretación de la ley sin proceso de comprensión, sin pre-comprensiones y sin el paso a través del círculo hermenéutico y de la espiral hermenéutica; pero tampoco hay una idéntica interpretación de la ley en diferentes pre-comprensiones.

Esto significa para nosotros: la utilización de las normas jurídicas en la praxis de la realización del derecho no se puede llevar a cabo únicamente con la ayuda de estas normas. Quien interpreta las leyes actúa en un contexto de experiencia anterior, al cual no puede mantener apartado del proceso de interpretación; en todo caso, puede, en parte, manifestarlo. En este contexto se encuentran no sólo "datos" —si es que existen datos no valorados en absoluto—, sino también normas, expectativas de conducta, representaciones sobre el bien y el mal⁸⁰; ellas son de origen histórico-personal y social, son normas no jurídicas. Estas normas no jurídicas codeterminan la realización del derecho por medio de los procesos de comprensión.

5) *Contenidos del comprender.*

En estas observaciones presumidas se anuncia ya una dimensión ulterior de las normas no jurídicas en el derecho, las cuales fueron codesarrolladas en su contorno por la teoría hermenéutica del derecho, pero no lo fueron en su contenido. Elaborar esta dimensión pertenece a la materia de la sociología del derecho. Quiere decir, dicho brevemente, el contenido de aquello que se denomina "pre-comprensión".

Para la teoría hermenéutica del derecho fue y está decidido que ni las "situaciones de hecho" a la espera de las decisiones jurídicas, ni las "precomprensiones" como factores en el proceso de comprensión, son productos meramente fácticos; ellas tienen más bien estructura normativa; las situaciones de hecho, como resultado de una constitu-

⁸⁰ Cf. *supra*, II, 5.

ción de lo fáctico con la ayuda de indicaciones de búsqueda y "estructuras de relevancia"³¹ de la norma jurídica³², las pre-comprensiones como modelos de percepción y de acción de los hombres. Igualmente, la teoría hermenéutica del derecho se ha contentado con la descripción de la estructura y de los contornos de las pre-comprensiones. Cerca de esto reside la cuestión de su contenido, y es importante: si el resultado de la interpretación de la ley también está codeterminado por las pre-comprensiones del intérprete, entonces, el contenido de la interpretación de la ley y el contenido de las pre-comprensiones tiene que estar en una relación productiva.

Los puntos de partida para una evolución ulterior de los conceptos teórico-jurídicos del comprender, hacia una explicación sociológico-jurídica de los contenidos del comprender en la interpretación de las leyes, se encuentran, pues, también bajo una nomenclatura unívoca: la distinción entre producción y representación del resultado de la decisión³³. El argumento sostiene que el análisis teórico-jurídico de procesos de comprensión podría referirse únicamente al aspecto de representación de la decisión y tan sólo llamar la atención sobre el aspecto de producción. Recién se sabría algo de la producción de un resultado cuando se recurriera a las ciencias de la conducta, a la psicología profunda, así como también a la teoría de la interacción y de los roles, y se conocieran mayores precisiones sobre disposiciones o actitudes, el inconsciente y el papel profesional del juez que decide.

La advertencia frente a la teoría hermenéutica del derecho es correcta, si se refiere estrictamente al resultado del hallazgo de la decisión³⁴: sabemos poco del contenido de las pre-comprensiones y consecuentemente también sobre las normas no jurídicas contenidas en ellas. Las chances de saber más son, naturalmente, difíciles de juzgar. Pues hay que pensar que las contribuciones de la psicología profunda o de

³¹ Para más detalles, mi *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts* (cit. n. 4), ps. 16, 82, 85 y ss.

³² Acerca de esto Hruschka, *Die Konstitution des Rechtsfalles. Studien zum Verhältnis von Tatsachenfeststellungen und Rechtsanwendung*, Berlin, 1985.

³³ A modo de ejemplo, Rottleuthner, *Richterliches Handeln. Zur Kritik der juristischen Dogmatik*, Frankfurt am Main, 1973, ps. 81 y ss.

³⁴ En cambio, en lo que respecta a la estructura del hallazgo de la decisión, no se debe objetar a la teoría hermenéutica del derecho, que ella no se refiera al ámbito de la producción. Al contrario: por medio de la tesis fundamental de que la interpretación de la ley y la decisión del caso se deberían captar como proceso de comprensión, por medio de la elaboración de una teoría de la comprensión, de sus presupuestos, desarrollo y consecuencias, precisamente la teoría hermenéutica del derecho se ha concentrado sobre el aspecto de producción de la decisión jurídica y ha aclarado su estructura.

la teoría de los roles sólo en general pueden proporcionar un conocimiento del contenido de las pre-comprensiones, y que, hasta la aclaración del ámbito de producción de la decisión jurídica, hace falta muchos pasos complicados de intermediación. Así, pues, también Rottleuthner, que ha estimulado, junto a otros, la discusión sobre los contenidos de las pre-comprensiones, no trajo a la luz mucho más que los contornos de un futuro programa de investigación ³⁶.

En todo caso, se puede mencionar, actualmente, al menos tres palabras claves con las cuales es posible indicar los intentos de conocer también los contenidos de la relación entre las normas jurídicas y no jurídicas en la realización del derecho. Las palabras claves se llaman:

- a) adecuación social de los conceptos jurídicos;
- b) complementación de los ámbitos semánticos de juego de los conceptos jurídicos;
- c) teoría empíricamente orientada de la argumentación jurídica.

a) Ya en 1974, Luhmann vio la salvación de un sistema jurídico moderno, en la conformación de "conceptos jurídicos adecuados socialmente", que pudieran lograr una "transformación conceptual del problema" del sistema social en el sistema jurídico ³⁶. El camino recomendado por la teoría del derecho más moderna, y cuidadosamente recorrido por la dogmática jurídica, de orientar las decisiones jurídicas por las consecuencias esperadas (y las necesidades de la sociedad de llegar a ser justa, con ello, frente al sistema jurídico), conduciría a error, porque el sistema jurídico no podría prever suficientemente las consecuencias de modo lo bastante preciso, ni tampoco dominarlas ³⁷.

Aunque Luhmann se esfuerce por dar numerosos ejemplos de los presupuestos y consecuencias de su propuesta ³⁸, aunque los juristas tengan que encargarse de la tarea de desarrollar los "conceptos jurídicos socialmente adecuados" ³⁹, por el momento, son claros, en todo

³⁵ Cf. *Richterliches Handeln* (cit. n. 33), ps. 183 y ss.

³⁶ Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart, etc., 1974, ps. 49 y ss., esp. p. 50. (Existe traducción al castellano, a cargo de Otto Pardo: *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983 [N. del T.]).

³⁷ Luhmann, *ibídem*, ps. 31 y s.; acerca de una apreciación análoga —aunque por otros caminos— versa mi trabajo sobre la consideración de las consecuencias en la interpretación de las leyes penales, en: *Festschrift für Coing I*, München, 1982, ps. 493 y ss.

³⁸ Cf., *ibídem*, ps. 51 y s.; en ps. 60 y ss., desarrolla su observación en la institución de la propiedad.

³⁹ Cf., por ejemplo, el capítulo IV del trabajo de Teubner, *Organisationdemokratie und Verbandsverfassung. Rechtsmodelle für politisch relevante Verbände*, Tübingen, 1978.

caso, los contornos y las metas de tal programa. Es el intento de alcañar un plano general sobre el cual puedan ser discutidas (no al entrar en los detalles de la relación entre las normas jurídicas y las no jurídicas, sino ya) las condiciones de una relación recíproca entre el sistema jurídico y el social. Es presupuesto de la producción de conceptos jurídicos socialmente adecuados, que puedan admitir en sí tanto las selecciones de la visión jurídica del problema, como la visión social de él, y su elaboración. Está claro que, con ello, no sólo están en discusión, en su función y en su contenido, las normas jurídicas, sino también las no jurídicas. Pero también está claro que falta aún una buena parte del camino hasta tener experiencias concretas con la relación entre las normas jurídicas y no jurídicas.

b) Fuertes contornos tiene la segunda palabra clave: completar los ámbitos semánticos de juego de los conceptos jurídicos. Con esto se dice que partes vagas o, si no, multívocas de las normas jurídicas cuya aplicación a situaciones de hecho y partes de situaciones de hecho no puede ser asegurada totalmente por medio de reglas legales, deben ser completadas por otras reglas, no legales, para que su equivocidad pueda ser eliminada en los hallazgos jurídicos concretos. Científicamente —¡no prácticamente!— el problema surgió mediante el reconocimiento de que los conceptos legales (y, con ello, las leyes) tienen "ámbitos semánticos de juego", que sólo por medio de "reglas de aplicación" adicionales pueden ser tan precisados como para que su aplicación a la situación de hecho llegue a ser obligatoria. Así, los ejemplos de las cláusulas generales (como las "buenas costumbres" o el "cuidado requerido en el tránsito"), conceptos de tendencia anímica (como la credibilidad de un testigo), pero también conceptos vagos en la vida jurídica cotidiana (como "documento" o "cosa")⁴⁰.

Esto lleva a preguntarse por reglas para la aplicación de los conceptos jurídicos multívocos en las ciencias sociales⁴¹. Las ciencias sociales saben —o al menos pueden llegar a saber— qué son las costumbres (efectivamente seguidas, cuando no también quizá las "buenas costumbres") o el cuidado (fácticamente observado en el tránsito vial o en el tráfico jurídico, cuando no también quizá el "cuidado requere-

⁴⁰ Clasificación de estos fenómenos, discusión y argumentos en Koch, *Einleitung: Über juristisch-dogmatisches Argumentieren im Strafrecht*, en Koch (ed.), *Seminario: Die juristische Methode im Staatsrecht. Über Grenzen von Verfassungs- und Gesetzesbindung*, Frankfurt am Main, 1977, ps. 41 y ss.; Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts* (cit. n. 4), § 19.

⁴¹ Cf., acerca de esto, las contribuciones de Lüderssen, Noelle-Neumann, Reiser, Teubner y Zielcke, en *Generalklauseln als Gegenstand der Sozialwissenschaften*, Baden-Baden, 1978.

rido"). Naturalmente, los juristas se niegan hasta ahora a admitir, sin ningún reparo, tales normas no jurídicas, y de juzgar según ellas⁴². Ellos agudizan con ello la cuestión de la obligatoriedad de las normas no jurídicas para la decisión jurídica. En mi opinión, los juristas tienen razón, en los resultados, con su escepticismo contra una tal obligatoriedad de las normas no jurídicas. El saber abarcado por las ciencias sociales —también el saber sobre las normas no jurídicas— es irrenunciable para la interpretación de la ley y la realización del derecho, a partir de los muchos fundamentos que aquí han sido presentados; y allí donde el saber no existe, los juristas están a veces obligados, a veces dispuestos a hacer conjeturas incontroladas —desde el punto de vista de las ciencias sociales— sobre la situación de hecho social ("teorías de la vida cotidiana"), como parte integrante de su decisión. El saber obtenido desde el punto de vista de las ciencias sociales nunca puede ocupar la posición de las normas jurídicas, aun cuando este saber se refiera a las normas sociales. Prescindiendo de las diferencias funcionales y materiales entre normas jurídicas y no jurídicas, tal como han sido desarrolladas hasta aquí⁴³, las normas no jurídicas no tienen legitimación democrática para la decisión de los casos jurídicos; nuestro sistema jurídico no es plebiscitario.

c) Ésta es una delimitación muy global. Dónde corre el límite correcto entre la irrenunciabilidad del saber sobre las normas no jurídicas y la exclusión de su obligatoriedad para la realización del derecho, sólo se puede apreciar con precisión suficiente cuando se tenga información sobre el papel efectivo de las normas no jurídicas en la actividad de interpretación de los jueces; sólo entonces se puede juzgar suficientemente acerca de si las normas no jurídicas juegan su papel, correctamente, o no. Tal clase de información es esperada por una teoría empíricamente orientada de la argumentación jurídica.

La teoría jurídica del método tiene preparados desde hace mucho tiempo, en sus reglas de argumentación e interpretación, modelos para el argumentar correcto en el derecho⁴⁴. Estos modelos carecen de

⁴² Así, por ejemplo, el *OLG Celle* ("Juristische Rundschau", 1980, p. 258, con nota de Naucke, p. 257) se negó a aceptar como medio relevante de prueba una encuesta sobre la afirmación de que la población de una región determinada recibiría con incompreensión la suspensión de la pena privativa de libertad de un acusado determinado.

⁴³ *Supra*, II, 3.

⁴⁴ Argumentos en Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, etc., 40 ed., 1979, parte II, cap. IV (existe traducción castellana de esta misma edición, a cargo de M. Rodríguez Molinero, ed. Ariel, Barcelona-Caracas-México, 1980 [N. del T.]).

valor para una apreciación de las normas no jurídicas en el derecho, a partir de dos fundamentos: no disponen de una meta-teoría para su aplicación, que regule la elección de un determinado camino de interpretación para determinadas situaciones (la elección permanece básicamente libre), y no están explicados con relación al comportamiento efectivo de interpretación del juez (es posible que la praxis jurídica tenga su propia —y discordante— teoría del método). Ambas objeciones son recogidas y consideradas por investigaciones más modernas de la argumentación jurídica⁴⁸. Su motor es la hipótesis de que podría haber algo así como una "teoría de la praxis" que no se corresponda con la teoría de los métodos elaborada científicamente, sino que contuviera otras reglas (que se entendieran absolutamente como indicaciones de acción y que estén sancionadas por completo). Es demasiado prematuro como para hablar de los resultados posibles de una teoría empírica de la argumentación. Pero, muy probablemente, mostrará con nueva luz el papel de las normas no jurídicas en el derecho.

No tiene sentido discutir si el papel que las normas no jurídicas juegan en el derecho según los hallazgos de las más nuevas Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Sociología del Derecho, debe ser aceptado o no. En estos hallazgos no se trata de recomendaciones; sino de descripciones.

Que junto al derecho legal existe un ámbito de derecho social; que la idea del derecho no está estructurada, sino codeterminada en su contenido por este derecho social; que el ser y el deber ser, en todo caso, no pueden ser separados en una teoría de la conducta práctica; que las normas no jurídicas sobre la circularidad del comprender y las pre-comprensiones del comprender se mezclan en el proceso de realización del derecho; sobre estos hallazgos se puede discutir sólo la afirmación de que descansan sobre una observación falsa, pero no la afirmación de que ellos se ajusten a una determinada teoría del derecho correcto. Si ellos son aceptados como hallazgos, entonces, cualquier teoría del derecho y de la realización del derecho tiene que orientarse a ellos, no a la inversa. La discusión puede girar entonces, todavía, sólo en torno del problema de las consecuencias: de las posibilidades de los conceptos jurídicos adecuados, o de los presupuestos y métodos de la teoría de la argumentación empíricamente orientada.

⁴⁸ Cf., para el marco de la investigación, Rottleuthner, *Plädoyer für eine empirische Argumentationstheorie*, en Hassemer-Kaufmann-Neumann (eds.), *Argumentation und Recht*, suplemento nueva serie, nº 14, de "Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie". Schroth, *Eine Methode der formalen Rekonstruktion von Gerichtsurteilen*, ibidem, p. 119.

IV. Las normas no jurídicas contra el derecho.

1) ¿Predominio de las normas no jurídicas?

El denominador común del papel de las normas no jurídicas en el derecho, según los conceptos expuestos hasta aquí, fue el de que estas normas influyen completamente "dentro del derecho", que ellas sólo son admitidas en los límites del derecho⁴⁶. Es muy probable que esta hipótesis sea correcta, pero no es seguro que lo sea. El predominio de las normas jurídicas frente a las no jurídicas no ha sido combatido expresamente por ninguno de los conceptos aquí presentados, y la asignación a las normas no jurídicas de un papel solamente de complementación y corrección, se corresponde con el punto de partida y con el eje motriz de este concepto. Hay que registrar también, igualmente, que la cuestión de un posible predominio de las normas no jurídicas nunca ha sido contestado claramente⁴⁷. En especial para la idea de la "naturaleza de la cosa"⁴⁸, o para la concreción de los conceptos jurídicos vagos⁴⁹, se debería llegar a una respuesta clara.

La cuestión está contestada brevemente⁴⁷, pero no ha sido desarrollada. Como fue demostrado, una discusión profunda puede ser llevada a cabo sólo cuando se sepa algo más preciso sobre la significación efectiva de las normas no jurídicas en el proceso de realización del derecho⁵⁰, y, entonces, tiene que serlo con argumentos de la teoría del Estado⁵¹.

2) La juridización del orden social.

No la teoría del Estado, sino la etnología y la filosofía práctica ocupan el primer plano de aquellos conceptos que, con toda claridad, no relegan a las normas no jurídicas a los límites del derecho, sino que cuestionan los límites del derecho en las normas no jurídicas. Naturalmente, enseguida se demuestra que los problemas de la teoría del Estado son ineludibles para estos conceptos.

⁴⁶ Supra, III.

⁴⁷ Mi respuesta a esta pregunta, la he manifestado supra, III, 5, b.

⁴⁸ Supra, III, 2.

⁴⁹ Supra, III, 5, b.

⁵⁰ Supra, III, 5, c.

⁵¹ Supra, III, 5, b. Los puntos de partida, ya en Lüdersen, *Juristische Topik* (cit. n. 2).

El estudio de las culturas más antiguas o muy distantes lleva a Wesel⁵², entre otras cosas, a las siguientes tesis concluyentes⁵³: "el surgimiento del derecho frente al antiguo orden de las costumbres significa, en su relación con el poder, la transformación hacia una nueva calidad de la relación recíproca entre los hombres, el aislamiento, la disolución de la solidaridad... son juridizados cada vez más ámbitos que hasta entonces no estaban abarcados por el derecho... al final de este proceso está la juridización de la comunidad completa, la total desolidarización". Estas tesis descansan sobre una relación de evolución, en la cual, a partir de sociedades igualitarias, consensuales y que elaboran ellas mismas sus propios conflictos, a partir de la "anarquía que se regula a sí misma", el poder central deviene en "violencia organizada", el derecho, por ende, en "superposición, absorción y destrucción de la costumbre"⁵⁴. Se puede sentir la añoranza por un restablecimiento o un nuevo establecimiento de las estructuras consensuales, la crítica al Estado moderno no puede ser desoída. Un orden normativo de la sociedad no es rechazable, en sí mismo, tampoco un orden externamente garantizado: las preciadas costumbres tienen, sin duda, estas características. El rechazo lo origina más bien un orden normativo "juridizado", en nuestras palabras⁵⁵: un orden formalizado.

El concepto de la "juridización" tiene la posición de argumento central, también en un concepto que se deba a un origen completamente distinto y que, sólo *colorandi causa*, tiene que referirse a los hallazgos de la etnología o de la comparación de culturas: para Günter Ellscheid, la filosofía práctica es la hoja para la discusión de una "juridización de las relaciones sociales"⁵⁶. Sus resultados se aproximan a los de Uwe Wesel en muchos aspectos, y eso no es casual. Los problemas son, al final, los mismos.

Detrás de ello⁵⁷, se halla, en la continuación de la idea de Ellscheid en este tema⁵⁸, un diagnóstico de aquel presupuesto que hace necesario un proyecto para el papel de las normas no jurídicas, como lo ha presentado ya Wesel: que el problema del carácter coactivo del dere-

⁵² Zur Entstehung von Recht in frühen Gesellschaften, en "Kritische Justiz", 1979, p. 233; acerca de esto, véase también Wolfgang Müller, Entstehung von Recht und Staat und frühes griechisches Recht, en "Kritische Justiz", 1979, p. 253.

⁵³ Wesel, ibidem, p. 251.

⁵⁴ Ibidem, p. 235.

⁵⁵ Supra, II, 3.

⁵⁶ Die Verrechtlichung sozialer Beziehungen als Problem der praktischen Philosophie, en "Neue Hefte für Philosophie", 17 (Recht und Moral), p. 37.

⁵⁷ Ellscheid, ibidem, p. 50.

⁵⁸ Sólo en el tema —los trabajos surgieron, evidentemente, de manera independiente, lo que hace especialmente atractiva su comparación—.

cho logra su "sentido determinado" recién por un "adelantamiento a la forma «verdadera» de vida", por una "anticipación a una vida sin coacción externa", en nuestras palabras: por medio del presupuesto de una posible "buena vida", sin la garantía formalizada del orden externo, sin la juridización de las relaciones sociales por medio de normas jurídicas. Naturalmente, allí no se sigue tratando la cuestión de qué chances de realización tiene un tal presupuesto bajo condiciones sociales constantes a mediano plazo. Más bien la argumentación se adapta a las realidades sociales de la moderna sociedad occidental y desarrolla la importancia de las normas no jurídicas frente a una garantía formalizada existente del orden externo⁵⁹. De eso se sigue como programa metodológico: buscar el objeto abstracto derecho dentro del ámbito de la percepción de la vida cotidiana, y agregar así la explicación filosóficamente profunda del derecho a la significación cotidiana, de manera tal que el derecho sea el *interpretandum*⁶⁰. En los ejemplos de la amistad⁶¹, de la relación de familia⁶², de la relación entre médico y paciente⁶³, de la relación con los hijos⁶⁴, pero también en la institución del derecho subjetivo⁶⁵, se demuestra que las normas jurídicas y la apelación a ellas son apropiadas para perturbar, desnaturalizar y destruir las relaciones sociales que se organizan normativa-

⁵⁹ *Ibidem*, p. 41: "nosotros... intentamos hacer plausible, por tanto, que el «derecho» es un objeto abstracto socialmente siempre existente".

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ "El anhelo de la juridización misma representaría la ruptura del modelo de interacción de la amistad" (p. 42); "el derecho comienza, por eso, allí donde termina la amistad" (p. 43).

⁶² "Aunque muy fuertemente estructuradas jurídicamente, les es immanente (a las relaciones de familia [N. del A.]) la exigencia de no basarse sobre lo jurídico, sino de encontrar, para todos los problemas, una solución en el marco espiritual del afecto recíproco o de la identificación con la familia" (p. 43).

⁶³ "Cuando médico y paciente definen sus papeles, desde un comienzo, jurídicamente, no se deriva una determinación productiva de esta relación (entre médico y paciente [N. del A.]) en el sentido del éxito del tratamiento. Sin embargo, el médico es urgido bajo el signo de una juridización de la relación médica de confianza" (p. 45).

⁶⁴ "La desnaturalización sólo difícilmente evitable de la relación padres-hijos, por la solución jurídica de problemas matrimoniales, muestra, quizá del modo más claro posible, qué significa, como tendencia, la irrupción de la coacción jurídica en las relaciones sociales de cercanía" (p. 45).

⁶⁵ "En una observación más exacta, todo derecho subjetivo es, desde el punto de vista práctico, una sumisión de los demás; pues los derechos excluyentes —como, por ejemplo, la propiedad— constituyen, en su significación interactiva, la posibilidad de ejercer la coacción estatal contra aquel que elige una manera de satisfacer sus necesidades que no me conviene a mí" (p. 54).

mente, pero no jurídicamente. Ésta es una de las líneas sobre las cuales también Wesel formula sus tesis inteligentemente.

Naturalmente, Ellscheid da un paso significativo más allá de estas tesis. Con este paso, se señala una relación más diferenciada entre las normas no jurídicas y jurídicas, una relación en la cual se vuelve visible no sólo el papel destructivo, sino también el que fortalece un orden formalizado frente a uno "social". La tesis de Ellscheid, resumida⁶⁶, consiste en "que la relación de solidaridad se puede preservar de los problemas de la utilización de la violencia, puesto que el derecho es definido no como una parte integrante, sino como su sustitución y alternativa". A él le subyace, por un lado, la experiencia de que también los órdenes normativos no formalizados —por ejemplo "sistemas totalitarios con una marcada ideología de la comunidad"⁶⁷— pueden llegar a ser violentos e inhumanos; por otro, le subyace también el reconocimiento de que una garantía formalizada como el derecho es capaz de captar y de elaborar la violencia, de tal manera que ella haga posible a los afectados una salida a partir de la relación de solidaridad descarriada: "la relación moral de la reciprocidad (de la solidaridad o del amor) sería, sin posibilidad de ruptura, una organización coactiva"⁶⁸.

3) *La relación entre el orden jurídico y el no jurídico.*

Con ello se señala la posibilidad de distribuir la simpatía político-social a las normas jurídicas y no jurídicas no hacia un solo lado (en favor de las "costumbres", del orden no jurídico), sino más bien de modo diferenciado. Un tal sistema no puede ser aquí, ni desarrollado, ni fundamentado. De todos modos, están a la vista aquellos criterios que podrían guiar la discusión futura en torno del papel de las normas no jurídicas en el derecho.

En el sistema de Ellscheid, la garantía formalizada del orden normativo, formalizada por las normas jurídicas, tiene la misión de proteger la "buena vida" en las relaciones normadas socialmente, de manera que ofrece, en caso necesario, la ayuda externa contra la opresión y la salida de una ruptura reglada de la relación social. Consecuentemente, las normas jurídicas y las no jurídicas no están, al fin y al cabo, separadas, sino que están, recíprocamente, en una relación funcional⁶⁹. La última

⁶⁶ Ibidem, p. 55.

⁶⁷ Ibidem, p. 56.

⁶⁸ Ibidem, p. 55. El texto sigue: "pues su pretensión es que la espontaneidad moral del sujeto en la relación comunitaria no sea sacrificada, sino conservada. No puede ser libre para la relación de solidaridad, quien no es libre de ella".

⁶⁹ A ella se corresponde la determinación concluyente del derecho según

posibilidad de defenderse por medios formalizados contra la inhumanidad y la violencia en relaciones no formalizadas, y la posibilidad permanente de anticipar la salida formalizada, recién hacen posible la vida en las relaciones humanas. Estos criterios desarrollan y, a la vez, explican el sentido de una distinción entre las normas jurídicas y no jurídicas ⁷⁰.

La apelación a un orden normativo formalizado y la aplicación de los medios proporcionados por él son posibilidades de acción, que pueden perturbar y destruir los órdenes normativos no formalizados. Nosotros vivimos —desde la amistad, desde la relación afectiva y familiar, hasta la vecindad y la profesión— en relaciones sociales que se hallan, como órdenes normativos no jurídicos, en una relación compleja con la garantía formalizada: a pesar de su potencia perturbadora, el orden formalizado, el jurídico, es la condición de la posibilidad de las relaciones sociales vitales y solidarias. De aquí se siguen dos exigencias para la garantía formalizada del orden normativo: *moderación y claridad*.

Si el orden jurídico no cumple el mandato de la moderación frente al orden no jurídico, entonces, rige dentro de un ámbito que le está prohibido, con medios que no sirven para este ámbito.

Así, por ejemplo, una amplia formalización del derecho de los padres a la educación de sus hijos, no crearía, hoy en día, sólo el problema de los ámbitos difusos, produciría —lo que es mucho más importante— relaciones entre padres e hijos, en las cuales la apelación a la garantía formalizada atacaría la base afectiva y solidaria, la base "cotidiana" de estas relaciones.

Si el orden jurídico no cumple el mandato de claridad, entonces, no realizará tampoco la misión de ser condición de la posibilidad de las relaciones sociales. Así, los límites vagos de las atribuciones jurídicas en el derecho de divorcio, en el derecho médico, en el derecho vecinal o en el derecho individual del trabajo, perturbarían las relaciones no formalizadas justamente por su vaguedad, y, con ello, por la imprevisibilidad del punto de partida del proceso penal formalizado; en todos lados, y en ningún lado, podría ser prevista, en estas relaciones, una salida formalizada transitable; allí donde sea prevista, podrá perturbar y destruir. Se puede decir, por tanto, que el mandato de

la meta y el método (ibidem, p. 58): "nosotros hemos determinado el derecho según la meta, con ello, como condición de la posibilidad de moralidad autónoma, es decir, como libertad de solidaridad y hacia ella —ambas no pueden ser sustituidas una por otra—; pero, según el método, como orientado a esta representación de la meta y, en este sentido, como una heteronomía racionalmente controlada, que tiene que controlar la moralidad heterónoma, estructurada o fluctuante, y sustituirla, tendencialmente, por completo" (bastardilla en el original).

⁷⁰ Supra, II, 3.

claridad es una condición necesaria para el cumplimiento del mandato de moderación.

El mandato de claridad es el contenido sobrentendido de cualquier formalización. La seguridad de los presupuestos jurídicos de la intervención, las consecuencias de la intervención y el proceso de intervención es el presupuesto para la transparencia, el control y la intervención⁷¹. El mandato de moderación es más difícil de determinar, pues es relativo al tipo de cada una de las relaciones sociales, frente a las cuales el orden formalizado debe practicar la moderación⁷². Con el mandato de moderación aparecen, por tanto, los órdenes no jurídicos.

En general, se puede decir que el mandato de moderación para el orden jurídico vale tanto más enfáticamente cuanto más simétricamente estén estructuradas las relaciones de quienes participan en los órdenes no jurídicos frente a los cuales sea exigida la moderación. Bajo "simetría" se debe entender que las chances de intervención, de aplicación de intereses propios y la competencia de acción, estén distribuidas por igual.

En la escala de simetría y asimetría se pueden ordenar claramente las relaciones sociales que son objeto de un posible orden jurídico. Esta escala se extiende, desde la relación entre dos amigos —pasando por la comunidad de vida matrimonial, la vecindad, la relación padre-hijo, maestro-alumno, y la relación de trabajo— hasta el *status* del acusado frente al Estado que actúa como intermediario y persecutor. Todas estas relaciones están ordenadas por normas no jurídicas; la simetría de las relaciones de quienes participan disminuye, sin embargo, según el caso. Así, disminuye la fuerza de obligatoriedad del mandato de moderación, aumenta el deber a la atención de la instauración formalizada del derecho, el deber a la seguridad jurídica del *status* de los afectados y al control público de esa seguridad.

Esta determinación abstracta de la relación debe ser concretada, a modo de ejemplo final.

Con la palabra clave "Nonintervención" (no intervención) se designa la estrategia social y político-jurídica de elaborar los conflictos de la desviación en el ámbito social próximo en el cual se producen, antes que trasportarlos al ámbito del control social formalizado mediante la normatividad jurídica⁷³. Esta estrategia se justifica por el mandato

⁷¹ Detalladamente, acerca de esto, Hassemer-Steiner-Treiber, *Soziale Reaktion auf Abweichung* (cit. n. 4), ps. 54 y ss.

⁷² Cf. *supra*, II, 3.

⁷³ Argumentos y discusión más extensa, en Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts* (cit. n. 4), ps. 283 y ss.

de moderación. Ella tiene que considerar naturalmente la objeción de que el tipo de relaciones sociales al cual se refiere está caracterizado por una gran asimetría de las chances de quienes participan en el conflicto: "tribunales sociales", "tribunales vecinales" o instancias de resolución de conflictos en el lugar de trabajo, se distinguen, por ejemplo, de las familias, de manera tal que la condición de su realización y de su actuar es la desviación, por parte de un hombre, de una norma reconocida. Inclusive el trabajo terapéutico mejor intencionado no puede modificar nada de esta asimetría precedente; precisamente él está en peligro de pasar por alto esta asimetría y de considerar como superfluo y dañoso la corroboración formalizada del *status* de un desviado. Frente a él, el orden jurídico tiene que prever formas que protejan a los afectados, y que puedan abandonarlos sólo cuando el afectado pueda actuar por sí mismo en el orden no jurídico, y pueda defenderse exitosamente contra la opresión.

La discusión futura en torno del papel de las normas no jurídicas en el derecho, y como alternativa del derecho, no debería retraerse ante los criterios de la distinción conceptual entre las normas jurídicas y no jurídicas, así como también ante la asignación de funciones distintas. Sus puntos neurálgicos habrán de residir en la recolección del conocimiento empírico sobre los órdenes normados socialmente, y en la deseabilidad jurídica y político-social de una formalización de las relaciones sociales.

V. Resumen.

Hoy no se puede hablar de "las normas no jurídicas en el derecho", sin considerar que las normas no jurídicas no sólo se encuadran en el ámbito del derecho, sino que se las debe entender también como alternativa para el derecho (I).

Normas jurídicas y no jurídicas son, en conjunto, instrumentos de control social. Se diferencian por la característica de la formalización del control social. "Formalización" significa la instauración de un cuadro profesionalmente habituado y normativamente conducido al que le corresponde la aplicación de la norma, así como la definición explícita, pública y controlable de la conducta, la amenaza de la sanción y la regulación del procedimiento. Las transiciones desde una normatividad jurídica a otra no jurídica se dan en ámbitos marginales y con límites fluidos (II).

La sociología del derecho, la filosofía del derecho y la teoría del derecho han descubierto —en parte, independientemente una de otra— diversas relaciones entre el orden jurídico y el no jurídico. Existe un

"derecho social", el cual codetermina el proceso de realización del derecho por la unión entre ser y deber ser, la determinación del material de la idea del derecho o la pre-comprensión del juez. Actualmente, queda todavía abierto de qué modo la formación de los conceptos de la ciencia jurídica y la práctica de las decisiones judiciales utilizan en particular las normas no jurídicas (III).

Mediante conceptos tales como "desolidarización" y "juridización de las relaciones sociales" se contraponen los órdenes no jurídicos con la normatividad jurídica formalizada. Un análisis muestra que las relaciones sociales necesitan de una garantía formalizada por medio del derecho; con ello pueden sobrevivir las relaciones humanas y solidarias. Este objetivo sólo puede ser alcanzado, naturalmente, si las regulaciones jurídicas son claras y moderadas. El límite entre formalización útil y perturbadora se desplaza según la simetría o asimetría de las relaciones sociales. Esto se puede mostrar, a modo de ejemplo, en la estrategia de la "Nonintervención" (no intervención) (IV).