

Introducción

A guisa de somera introducción al tratamiento del tema relativo a las relaciones, conexiones, semejanzas y diferencias de los preceptos del Derecho y los convencionalismos sociales o normas del trato social, como preferimos designar a los preceptos que regulan ajurídicamente la vida colectiva, haremos un breve bosquejo del estado que actualmente guarda la cuestión, en el pensamiento de los más importantes tratadistas que se ocupan de ella, aun cuando desde luego y anticipadamente manifestamos que disentimos de su parecer, no ya en cuanto a las soluciones que proponen al problema, sino fundamentalmente en lo que toca a su planteamiento mismo.

Primero habremos de ocuparnos en este inciso de la mera connotación de las normas constitutivas del orden social, al efecto de tratar después de las semejanzas que se han señalado a las mismas con las normas jurídicas y de las diferencias que se han creído encontrar entre ambas clases de preceptos.

Giorgio del Vecchio opina que no existen normas que pudieran ser consideradas como reguladoras de la conducta, fuera de las típicamente morales o de las típicamente jurídicas. A éstas las caracteriza como imperoatributivas. A los preceptos éticos los estima como exclusivamente imperativos. Acepta sin embargo la existencia de preceptos de características imprecisas, cuya naturaleza contempla como

extremadamente difícil de precisar pero que, en última instancia, o son de índole jurídica o son de carácter moral.¹ Este autor estima así que, aparte del Derecho y de la moral como reglas de conducta, sólo es posible hablar de costumbres pero no de normas.

Radbruch sostiene que los preceptos del trato social, a los que denomina usos constitutivos del decoro social (Sitte), carecen de sitio en el sistema de los conceptos de la cultura, por no poder coordinarse a los otros conceptos culturales, pues sólo es posible establecer entre ellos y el Derecho una conexión de tipo meramente histórico y no lógico. Consecuentemente, establece que los usos representan, bien una etapa embrionaria o bien una degeneración de las normas jurídicas.²

John Austin designó a las normas del trato social con la expresión *positive morality*,³ considerándolas seguramente similares en su estructura a los preceptos éticos.

Por su parte, Rodolfo Jhering denomina a tales normas como usos sociales, en tanto que Nicolai Hartmann las llama reglas del trato externo y Stammler se refiere a ellas como normas convencionales.⁴

El doctor Luis Recaséns Siches nombra a esos preceptos reglas del trato social⁵ y el doctor Eduardo García Máynez los menciona, indistintamente, como reglas convencionales, convencionalismos sociales o usos sociales.⁶

Nosotros preferimos la denominación de Recaséns Siches, pero con la variante de llamarlos normas en vez de reglas, por cuanto aquel término sugiere una referencia directa a la conducta, en tanto que el de reglas puede mencionar también a los preceptos de la técnica.

¹ Del Vecchio, Giorgio, *Filosofía del Derecho*, segunda edición castellana, tomo I, p. 414 (citado por G. Máynez, *Int. al Est. del Derecho*, p. 28).

² Radbruch, Gustavo, *Filosofía del Derecho*, traducción de Medina Echavarría, p. 66 (citado por García Máynez, *Introducción al...*, p. 29.)

³ Austin John, *Lectures on Jurisprudence*, quinta edición, 1885, p. 101 (citado por Kelsen, Hans, *Teoría Gen. del Der. y del Edo.*, p. 132).

⁴ Jhering, Rodolfo, *Zweck in Recht*, t. II, p. 232; Hartmann, Nicolai, *Ethik*, 2ª edición, p. 435; Stammler, Rodolfo, *Tratado de Filosofía del Derecho*, traducción de Wenceslao Roces, Reus, Madrid, 1930, p. 102 (citados por G. Máynez, *Introducción al...*, p. 26).

⁵ Recaséns Siches, Luis, *Vida Humana, Sociedad y Derecho*, segunda edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1945, p. 183.

⁶ García Máynez Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, Porrúa, México, 1953, p. 26.

Semejanzas

En lo tocante a las semejanzas que se anotan entre las normas jurídicas y las del trato, el doctor Recaséns apunta la de que ambas clases de preceptos tienen carácter social, es decir, que carecen de todo sentido para la intimidad del hombre aislado. El maestro García Máynez sostiene que tanto unas como otras poseen exterioridad, esto es, que se refieren sólo al aspecto externo de la conducta. Y lo mismo Recaséns que García Máynez, estiman que la norma jurídica y la social contienen una absoluta pretensión de validez; o en otras palabras: que al igual de la jurídica la norma del trato expresa una exigencia que reclama su cumplimiento incondicional, sin tomar para nada en consideración la aquiescencia o rebeldía de los obligados con relación a la misma, por lo que no se trata de meras invitaciones como postula Rodolfo Stammmler. Heteronomía llama Recaséns a esta última característica.

Bilateralidad es otro carácter común que se indica por algunos autores para ambos tipos de normas, el cual se hace consistir en que el precepto, simultáneamente, impone deberes y concede facultades correlativas.

Antes de pasar a tratar de las diferencias que se han creído descubrir entre unas y otras normas, queremos hacer un ligero comentario sobre las características señaladas como semejantes entre los preceptos del orden social y el orden jurídico. En cuanto al carácter social, podemos decir que el concepto de sociedad no es una noción superior a la de Derecho, dado que lo social sólo es alcanzable a partir de lo jurídico si queremos tener una idea objetiva de ello. En efecto, para hablar de lo social como algo anterior al Derecho, tendríamos que concebirlo a la manera de Stammmler como lo opuesto a lo individual. Ahora bien, lo individual, la intimidad del hombre aislado, no es otra cosa que la absoluta subjetividad, la que no puede objetivarse sin dejar de ser lo que es: algo subjetivo. Y sobre lo eminentemente personal no podemos edificar ningún concepto que tenga validez racional y exigibilidad universal. Por tanto, científicamente no puede hablarse de lo social como una característica que se dé en lo jurídico y en algo no jurídico, como se pretende que es la norma del trato. Acerca de lo social tratarernos más extensamente en el inciso denominado "Objetividad del orden jurídico y del orden social".

En lo referente a la exterioridad, a la conducta externa, puede afirmarse que aquí se hace mención de un ente metafísico: el sujeto capaz de comportarse humanamente o conducirse, el cual según esto tiene que existir en sí y por sí mismo, lo cual resulta aceptable sólo como dogma de fe pero nunca como una realidad objetiva. En consecuencia, no puede hablarse científicamente de que haya normas que se refieran al aspecto externo o interno de una determinada conducta, la que sólo podría desarrollar ese ente metafísico. Lo dicho resulta de una diáfana claridad, si se toma en cuenta que lo humano del hombre no lo podemos encontrar en la biología sino sólo en el Derecho, por cuanto la racionalidad o capacidad lógica del discurso en el "bípedo implume", en la unidad zoológica hombre, no es ni puede ser característica distintiva de su carácter humano, pues hay hombres que no razonan, como los locos, los idiotas y los niños, y que son, sin embargo, humanos porque el Derecho los hace destinatarios de obligaciones y facultades jurídicas. Por razones de espacio nos abstenemos de ocuparnos del argumento metafísico que hace radicar la calidad humana de los hombres privados de razón, en la conocida relación escolástica de potencia y acto, no sin antes agregar que si un individuo no razona y esta función se considera como el "fin esencial" que lo hace hombre, no se comprende sin el auxilio de la idea religiosa de la participación, que Aristóteles tomó de Platón, como puede, sin embargo, serlo al igual que el individuo que sí cumple su "fin esencial".

La nota de heteronomía, consistente en que la norma tiene una absoluta pretensión de validez, implica que es una instancia exterior al sujeto obligado la que impone y exige el deber establecido en ella, por cuanto hace caso omiso de la conformidad o inconformidad del destinatario de la norma con su obligación. Por contraposición, se apunta que hay normas autónomas, o sea, que su pretensión de validez está sujeta a la aceptación previa del precepto por el obligado, con lo cual se postula que tanto en la normación autónoma como en la heterónoma existe un sujeto o instancia exterior al orden, que lo acepta o rechaza en el primer caso, y que lo impone o exige en el segundo. Y a este respecto podemos decir lo mismo que dijimos con relación a la pretendida característica de exterioridad, o sea, que esta instancia o sujeto exterior tiene que ser una cosa en sí, un ente meta-

físico, una mera preocupación subjetiva de los creyentes en la existencia de objetos en sí mismos, irrelevante, por tanto, para la jurisprudencia.

Por lo que hace a la bilateralidad o carácter imperativo atributivo de las normas, consistente en que éstas a la vez que imponen deberes otorgan Derechos o facultades, es conveniente precisar que no existe norma alguna que forzosamente, con necesidad lógica presente esta característica. La bilateralidad es negada por algún autor para las normas del trato social, pero afirmada casi unánimemente para las jurídicas. Así pues, basta mostrar que éstas no tienen por qué ser siempre y en todo caso imperoatributivas, para percatarse de que el carácter indicado no puede servir para individualizarlas frente a otras clases de preceptos. En estas condiciones, y esclareciendo de dónde proceden los deberes y de dónde las facultades o Derechos, vemos sin mucho esfuerzo que ambos tipos de consecuencias derivan de la norma positiva, del Derecho objetivo. Y si esto es así, la complicación de ambos efectos de Derecho: obligaciones y facultades, no aparece como lógicamente necesaria. Para que tal complicación fuese forzosa e inexcusable, sería menester aceptar que existen deberes o facultades jurídicos fuera, del propio orden jurídico, lo cual es un absurdo inaceptable para cualquier discurso medianamente organizado en cuanto al método, toda vez que resulta tanto como decir que fuera de lo matemático existe algo matemático.

Diferencias

Para distinguir las normas del trato social de las normas jurídicas, Stammler afirma que las primeras constituyen simples invitaciones para el individuo, en tanto que las segundas son exigencias de acatamiento incondicional o absoluto, independientes de la voluntad de su destinatario. Aquéllas, según este pensador, expresan un querer entrelazante convencional, y éstas una voluntad vinculatoria autárquica (querer entrelazante y voluntad vinculatoria son expresiones sinónimas en la terminología stammleriana).⁷

⁷ Expuesto por Juan José Bremer, "Teoría crítica del Derecho", prólogo a *Doctrinas modernas sobre el Derecho y el Estado* de Stammler, pp. 42 y 43.

Con el mismo propósito que el anterior, Rodolfo Jhering enseña que la distinción entre unas y otras normas estriba en la diversidad de su fuerza obligatoria, argumentando que el Derecho sustenta su fuerza de obligar en el poder coactivo del Estado, y que el orden social se funda para el mismo fin en la coacción psicológica de la sociedad. Jhering señala además, como criterio diferenciador, la existencia de materias que por su fin toca regularlas bien al Derecho o bien al orden social, agregando que esto no es óbice para que históricamente sea posible que el orden jurídico asuma la forma de las normas sociales, y viceversa.⁸

Para Félix Somló la diferencia radica en que mientras los preceptos jurídicos son obra del Estado, las normas del trato social lo son de la sociedad.⁹ En el mismo sentido, Recaséns Siches establece que la distinción entre ambas clases de normas debe fijarse partiendo de la naturaleza y la finalidad de sus sanciones, ya que las del orden social no tienden al cumplimiento forzado de lo que la norma ordena, en tanto que las del Derecho sí buscan este cumplimiento forzoso. Esta característica de los preceptos del Derecho frente a los del trato social, la denomina Recaséns impositividad inexorable.¹⁰

García Máynez por su parte, considera que la diferencia estriba en que las normas jurídicas son bilaterales o imperoatributivas y, en cambio, las del trato social son unilaterales o imperativas solamente.¹¹

El doctor Rojina Villegas establece la diferenciación sobre la base de que las normas del orden social, o convencionalismos sociales como él los llama, son "sistemas unilaterales-bilaterales, predominando en ellos el carácter unilateral, pero con elementos que nos permiten hablar de facultades imperfectas",¹² caracterizando, en cambio, el Derecho, "como un sistema bilateral en donde al deber jurídico se oponen siempre facultades o Derechos". Estas facultades o Derechos

⁸ Jhering, Rodolfo, *El fin en el Derecho*, traducción de Leonardo Rodríguez (citado por G. Máynez, *Introducción al...*, p. 319).

⁹ Somló, Félix, *Juristische Grundlehre*, segunda edición, Leipzig, 1927, p. 72 (citado por G. Máynez, *Introducción al...*, p. 31).

¹⁰ Recaséns Siches, Luis, *Estudios de Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, p. 128.

¹¹ García Máynez, Eduardo, *Introducción al...*, p. 33.

¹² Rojina Villegas, Rafael, *Introducción al estudio del Derecho*, México, 1949, p. 97.

las define el maestro Rojina como “posibilidad normativa que corresponde a un sujeto llamado pretensor para exigir una cierta forma de conducta a un sujeto obligado y de acuerdo con los términos de una cierta norma.”¹³

A modo de comentario a lo antes expuesto, podemos decir que Stammler y Jhering sólo señalan una diferencia de grado entre las normas del trato social y las del Derecho, por lo que los criterios indicados por ellos no satisfacen el fin que se habían propuesto: diferenciar esencial y radicalmente tales normas. El hecho escueto es que ambas normas obligan; por tanto, decir que unas lo hacen con mayor o menor fuerza que otras; o que las del orden social invitan y las del Derecho exigen, no es distinguirlas en forma alguna, aun cuando quiera entenderse que las normas del trato no obligan por cuanto sólo proponen la vinculación en vez de imponerla, pues esto sería soslayar el problema planteado, ya que si no obligan no son normas. En cuanto a la distinción material que también señala Jhering entre unas y otras normas, él mismo se encarga de mostrar su inutilidad al decir que, históricamente, existe la posibilidad de que una materia jurídica sea regulada socialmente, y a la inversa.

Somló y Recaséns Siches atienden, para fijar las características diferenciales entre los preceptos sociales y los jurídicos, a criterios ajenos totalmente a los mismos, pues el primero se refiere al diverso origen, estadual para unas y societario para las otras, de esas normas, en tanto que el segundo menciona la distinta finalidad, puramente retributiva para las normas sociales y reparativa para las jurídicas, de las sanciones que traen aparejadas. Lo anterior es tanto como decir que un lápiz y una botella se distinguen porque uno fue hecho en Pittsburgh y la otra en Monterrey, o porque el primero sirve para escribir y la segunda para transportar líquidos; o sea, que estos criterios no nos sirven en realidad para conceptualizar esencialmente ningún objeto, ya que los mismos pudieron ser fabricados en otros lugares y ser utilizados para distintos usos, sin que por eso se alteren en forma alguna como tales objetos. Además, es incuestionable que para el punto de vista sociológico, los preceptos jurídicos pueden ser obra no sólo del Estado sino también de la sociedad, como ocurre en el

¹³ *Ibidem.*, p. 94.

Derecho consuetudinario; y por otra parte, la sanción jurídica no siempre busca el cumplimiento forzado de lo que ordena la norma que estatuye el deber, toda vez que cuando se sanciona un homicidio, por ejemplo, ya no se trata de evitar que el delincuente mate, sino sólo de castigarlo.

Con respecto a la distinción que establece García Máynez entre normas jurídicas y sociales, ya vimos en el inciso anterior que la bilateralidad no es característica esencial del Derecho, por cuanto no hay ninguna necesidad lógica de que el Derecho subjetivo y el deber jurídico se compliquen. Por otra parte, pensamos que también algunas normas del trato pueden presentar estructura bilateral, ya que si, verbigracia, tengo el deber social de saludar a un amigo que me encuentre en la calle, debo reconocer que aquél tiene también la facultad de exigirme que lo salude so pena de sancionarme con el retiro de su amistad, por ejemplo.

La distinción que propone Rojina Villegas, consistente en el diverso carácter de las facultades o Derechos que otorgan unas y otras normas, cuando las sociales también los conceden, es totalmente inesencial, por cuanto la diferencia que señala entre facultades perfectas e imperfectas no existe realmente, ya que las segundas que él dice confieran las normas del trato, tendrían también que ser, como las jurídicas, posibilidades de exigir una cierta forma de conducta de acuerdo con los términos de una determinada norma.

El deber ser axiológico

Ya hemos dicho en la Introducción que no estamos de acuerdo con los autores aludidos en cuanto al planteamiento mismo del problema de distinguir entre normas sociales y normas jurídicas. La razón de esta discrepancia se encuentra en el punto referente a la noción de normatividad, al origen lógico del deber.

Generalmente se considera la normatividad como la expresión de un deber ser axiológico. Así se dice, desde el punto de vista ideológico, que lo valioso, lo bueno, lo justo, debe ser y que, por el contrario, lo antivalioso, lo malo, lo injusto, debe no ser. El razonamiento expuesto conduce directa e inmediatamente a la negación del carácter jurídico de la norma coactiva que ordena lo que se considera

antivalioso. Leibniz dijo a este respecto que hablar de Derecho justo es un pleonismo, y hablar de Derecho injusto una aberración.

Ahora bien, la aceptación del deber ser axiológico lleva de la mano a un problema insoluble: la determinación inequívoca de lo valioso, de lo que es esencialmente bueno o malo, justo o injusto. La exposición de las diversas tentativas de solución a este problema y su comentario, nos llevaría una extensión que excedería con mucho los límites de este trabajo. Baste, pues, decir que el concepto tradicional romanista de justicia, expresado en la fórmula "dar a cada quien lo suyo", es una "vacua tautología" por no decirnos qué es lo suyo de cada quien ni poder hacerlo fuera del marco jurídico positivo, único capaz de establecer objetivamente lo que corresponde a cada uno. Claro está que desde el punto de vista personal y subjetivo puede sostenerse que todo individuo tiene su propia noción de justicia, pero esto es tanto como decir que no existe ni puede existir ningún concepto de la misma, pues con igual fundamento es posible sostener las más dispares opiniones al respecto.

Y no se diga con relación a la fórmula romanista que lo suyo de cada quien puede determinarse en ambos casos de manera inequívoca, pues ni siquiera nos pertenecen absolutamente nuestras facultades psíquicas y físicas, como quiere el pensamiento tradicional, ya que tal cosa sólo podríamos afirmarla en función de un juicio subjetivo de valor: el de que somos fines en nosotros mismos y no esclavos, lo que resulta irrelevante para la investigación objetiva, pues un orden jurídico positivo de tipo autocrático puede muy bien establecer que nuestras facultades individuales pertenecen al Estado, sin que hubiese un criterio universal para decir que esto es injusto, pues lo que se trata precisamente de mostrar es que, por pertenecernos absolutamente tales facultades individuales, existe un criterio absoluto de justicia.

En lo tocante a la tesis escolástica de que lo suyo de cada quien es lo que le corresponde de acuerdo con sus méritos en la sociedad, determinados con armonía, igualdad y proporción; debe aclararse que lo igual, lo armónico y lo proporcional son, conceptos ideales de la matemática pura, los que no tienen ni pueden tener, sin desnaturalizarse como tales, correlatos empíricos en la naturaleza o en la sociedad. Luego, no pueden existir armonía, igualdad o proporción

reales. Podemos predicar que uno es exacta aunque no absolutamente igual a uno, pero no que una mesa o una jarra sean exactamente iguales a otra mesa u otra jarra.

Por tanto, la ciencia tiene que conformarse con un criterio más modesto que el axiológico para determinar lo que sea el deber, la normatividad. Y este es el criterio lógico, aquel que dice: "debe ser aquello cuyo incumplimiento trae aparejado una sanción", por no tratarse de una pauta subjetiva de juicio sino de una realidad que se contempla en todos los órdenes jurídicos positivos. El problema pues, queda reducido a investigar cómo y de qué manera se origina lógicamente este deber ser, dando así origen a una normatividad objetiva. Y para hacerlo, es preciso comprender perfectamente qué es la norma fundamental hipotética.

El deber ser lógico

Generalmente se habla de la norma básica del orden jurídico sin saber exactamente qué debe entenderse por la misma. Por esto trataremos de determinar lo que ella es, explicitando por qué no puede ser un hecho, como se ha creído. En primer lugar, dicha norma no es ni puede ser una norma positiva escrita consuetudinaria, ya que si lo fuera necesitaría, para valer, de otra norma que le diese esa validez. Es decir, que la norma básica no puede valer normativamente ella misma, pues sólo nos enseña lo que es el deber puro, pero no lo que debe ser en concreto, toda vez que vale teórica y necesariamente, dando origen al deber mismo como método de conocimiento, el cual enlaza una consecuencia a un supuesto y no un efecto a una causa.

Si nos proponemos indagar por lo que sea el Derecho, este objeto no podemos conocerlo mediante el método naturalista, o sea, por la indagación de las relaciones de causalidad del fenómeno jurídico, pues las regularidades que puede descubrir una investigación sociológico-naturalista del Derecho en la conducta efectiva de los hombres, además de que presupondría el concepto normativo del Derecho, para poder objetivizar el comportamiento humano como su objeto, nada nos enseñaría ni podría enseñarnos, pues el Derecho vale independientemente de su eficacia o ineficacia, ya que no tendría sentido afirmar que debe ser lo que realmente es o lo que nunca

es. En consecuencia, la relación de causalidad, por implicar una forzosa de correlación entre el fenómeno y la regla, no puede explicarnos el fenómeno jurídico, que se rige precisamente por una relación diversa de la anterior: la relación de libertad.

El deber, para ser tal necesariamente, tiene que pensarse como dirigido a sujetos libres, pues de otra suerte no sería un deber sino un ser, no una obligación sino una realidad natural. El Derecho más autocrático pensable descansa también, necesariamente, en la relación o categoría de la libertad, porque si una norma única estableciera que se debe obedecer ciegamente la voluntad del déspota, para poder pensarla como tal norma es menester entenderla como dirigida a personas libres, pues de lo contrario expresaría lo que realmente hacen los súbditos del déspota y no lo que deben hacer. Y así como es preciso partir de la causalidad para entender los objetos naturales, así es menester partir de la libertad para explicar el Derecho, y con él todos los órdenes normativos.

Por otra parte, el pensamiento sólo puede entender como aplicación de normas válidas los actos jurídicos de la experiencia cotidiana, sin recurrir a justificaciones impuras metódicamente y de carácter ideológico, partiendo de la suposición o hipótesis de que existe una norma fundamental que otorga validez a las normas supremas o constitucionales del sistema jurídico. Y este supuesto del pensamiento, necesario inclusive para poder hablar de Derecho, deviene por ello en el origen lógico dialéctico de la normatividad, es decir, de la validez normativa de todas y cada una de las normas del sistema.

La norma fundamental hipotética o norma lógica de todo el orden jurídico, puede formularse diciendo que debe obedecerse lo dispuesto por el legislador primario cualquiera que este sea en concreto: una asamblea constituyente, un primer ocupante, un caudillo triunfante, etc. Pero tal norma no debe interpretarse como justificadora política e ideológicamente de ningún orden jurídico vigente en un cierto lugar y en una determinada época, sino como una mera hipótesis lógica.

En consecuencia, son varios los ataques enderezados contra la teoría pura del Derecho, fundados en que la norma básica es un hecho o realidad social que consiste en la eficacia del orden jurídico, pues este argumento no tiene ni puede tener otro origen que el descono-

cimiento de lo que es una hipótesis científica y la consideración de que las hipótesis son algo más que meros supuestos lógicos del pensamiento. Y no es cierto, como se pretende, que Hans Kelsen haga depender la validez de la norma de Derecho de un *minimum* de facticidad, pues cuando él habla de la eficacia como *conditio sine qua non* de la validez del orden jurídico total, aparte de que únicamente establece una condición negativa y, por ende, inesencial de la validez del Derecho, lo hace sólo en forma didáctica, no teórica, pues aclara terminantemente que la eficacia no puede ser *conditio per quam* de tal validez, es decir, razón o condición objetiva de la validez del Derecho.

El contenido de esta norma básica lo constituyen los hechos, que sólo pueden interpretarse normativamente mediante las categorías de soberanía, sujeción y autarquía, ya que una realidad normativa sólo se objetiva en el precepto positivo que la construye como tal, y como la norma no puede ser pensada como válida *per se*, sino como sujeta o subordinada a otra norma positiva que a su vez requiere de otra más para valer, el fundamento íntimo y radical de la validez de la primera norma no puede encontrarse en el Derecho positivo, ya que éste no puede ser pensado como compuesto por un número infinito de normas; pero, en cambio, se le encuentra en la necesidad lógica de que el orden jurídico propuesto a la investigación sea soberano para poder conocerlo como tal orden, pues en este pensamiento es donde radica la hipótesis de la norma básica, ya que si todo elemento parcial del orden está subordinado a otro y, sin embargo, tal orden no se encuentra sujeto o determinado por uno superior, el mismo tendrá que ser autárquico, es decir, tendrá que llevar en sí mismo el fundamento de su propia validez.

Objetividad del orden jurídico y del orden social

Sentado lo anterior y entendida la normatividad como la expresión de un deber ser puro y no axiológico, es fácil mostrar que la cuestión de las diferencias entre el orden social y el orden jurídico no es ningún problema ni se puede mostrar que lo sea en forma alguna. En efecto, antes de contraponer dos objetos, los que no pueden ser más que dos juicios o dos conceptos si rechazamos la existencia de las

cosas en sí, debemos establecer su segura correlación con los *facta* patentes e históricamente demostrables de la experiencia objetiva, de la experiencia científica, así como el “fundamento de Derecho” de las proposiciones respectivas, es decir, el fundamento de su posibilidad ante la ley del *logos*, de la *ratio*, como dice Natorp, o sea, encontrar la ley “sólo por la cual” son posibles como objetos,¹⁴ hallar el principio nómico que los haga capaces de ser, presentar el fundamento unitario que los objeque para el conocimiento, entendiendo por éste el único posible: el conocimiento científico.

Así vemos que Derecho y orden social sí se corresponden con un *factum* experimental: los diversos conjuntos de normas del trato y los distintos órdenes jurídicos positivos que registra la historia. Es indudable que así como existió un Derecho romano y existe un Derecho francés, así también existieron y existen preceptos del decoro, de la urbanidad y cortesía, de la etiqueta, de la moda, del honor, etc. Y del mismo modo que el Derecho es escrito en México y consuetudinario en Inglaterra, así las normas del trato son también consuetudinarias o escritas. Claro está que la mayor parte de estas últimas son consuetudinarias, pero es indiscutible que también están inscriptos los preceptos del orden social en los manuales de urbanidad y en los códigos del honor.

Con el registro de estos hechos históricos queda satisfecha la primera exigencia de objetividad de nuestros objetos de estudio. Respecto de ambos puede establecerse una segura correlación empírica. No son, pues, entes especulativos aquellos de los que nos estamos ocupando, como sí lo son los consabidos objetos de la metafísica tradicional: alma, dios y albedrío.

Con respecto de la segunda exigencia para fundamentar la objetividad de nuestros objetos, podemos decir desde luego que el Derecho se fundamenta y objetiva científicamente en aquel pensamiento que lo concibe como un orden coactivo, pues si una norma carece de sanción política, es decir, si no enlaza una consecuencia de Derecho, un efecto jurídico, a la realización de un supuesto, o si esta consecuencia o efecto no puede ser objetivamente interpretado como una

¹⁴ Natorp, Paul, *Kant y la Escuela de Marburgo*, traducción de Miguel Bueno (h), versión mecanográfica, México, 1946, inciso 1.

reacción de la comunidad política, del Estado, en contra del infractor, no es norma jurídica, pese a las creencias u opiniones en contrario de los múltiples iusnaturalismos, que se encuentran privados de toda base científica para negar juridicidad a las normas coactivas que consideran subjetivamente injustas, así como para otorgarla a sus personales aspiraciones de justicia, expresadas en fórmulas a lo Hugo Grocio, quien redactó un código completo de *Derecho natural*, o concebidas como simples pautas a las que debe ajustarse el Derecho positivo para ser tal. La coerción es el principio *a priori*, unificador de los diversos elementos que integran el concepto del Derecho, porque es el único que explica sin contradicción el fenómeno jurídico. Ya hemos visto antes que las pretendidas características de heteronomía, exterioridad, bilateralidad, impositividad inexorable y otras más, no son esenciales al orden jurídico.

Empero, para poder plantear como problema la distinción entre Derecho y orden del trato social, es menester objetivar también a este último para estar en posibilidad de precisar lo que las normas del trato son en sí mismas, es decir, para poder determinar el orden social como un orden universalmente válido, o sea, como un orden objetivo. Y aquí es donde encontramos el escollo insalvable para poder plantear el problema de distinguir entre orden jurídico y orden social, pues no es posible determinar con objetividad científica cuál es el orden social que puede considerarse válido independientemente del Derecho. Una norma social sólo es válida cuando su imperativo cae en el ámbito jurídico de lo lícito. La moda preceptuaba ha poco tiempo el uso de trajes de baño "bikini" en las playas, pero como el Estado consideró que el empleo de esas ropas era el supuesto de una sanción jurídica, la norma de la moda perdió toda validez. En Córcega el orden social prescribía la *vendetta* o venganza privada consistente en dar muerte al ofensor, para ciertas ofensas o determinados daños recibidos, pero como el homicidio es un delito, tal norma del honor ha perdido toda su validez objetiva, ya que aun cuando de hecho pueda continuarse acatando el precepto, objetivamente su ejecución es un asesinato y como tal castigado por el Estado. Y de esta guisa podríamos multiplicar los ejemplos para acreditar que la validez objetiva del orden social está deslindada por el Derecho en cuanto al ámbito de esa misma validez.

El ámbito material de validez del orden social se encuentra también delimitado por el Derecho. Una conducta que hubiese estado regulada antes por aquél puede serle arrebatada por éste. Y a la inversa el caso es distinto, una conducta que se encuentra regulada por el Derecho no puede serle arrebatada *motu* propio por el orden social; sólo el mismo Derecho puede delegar su facultad a las normas del trato. El saludo militar jurídicamente obligatorio, es una materia que el Derecho ha quitado al orden social. La prohibición del piropo a las damas en algunos países, es otra conducta arrebatada en cuanto a su regulación a los convencionalismos, por cuanto se la hizo constitutiva del supuesto de una sanción. A la inversa, ciertas normas de conducta en la mesa del banquete que el Derecho griego regulaba, quedaron posteriormente abandonadas a los preceptos sociales de la urbanidad por el propio orden jurídico. Luego, es éste el que determina el ámbito material de validez del orden social.

Ya en el inciso anterior hemos visto con toda nitidez y claridad que el concepto mismo de normatividad como expresión de un deber ser lógico y no axiológico, sólo puede ser determinado dentro del orden jurídico, por lo que el hecho mismo de ser normas las del trato social, es algo que tienen que tomar en préstamo del Derecho. En consecuencia, si no sólo su validez como normas y el ámbito material de esa validez están subordinadas al Derecho, sino que también lo está su propia estructura lógica como algo normativo, es forzoso concluir que el orden social no existe objetivamente fuera del Derecho.

Más aún, el concepto mismo de sociedad es un concepto exclusivamente jurídico. Un mero agregado o cómputo de individuos no es una sociedad si no está jurídicamente organizado, ya que de otra suerte podría ser una colmena, un hormiguero, una piara, una manada o un rebaño, pero nunca algo social. Las tesis que pretenden conceptualizar lo social a partir de criterios no jurídicos, han fracasado rotundamente, como la de Jorge Simmel que se funda en la acción recíproca o interacción individual para constituir los entes colectivos, pero que en última instancia requiere del criterio jurídico, como punto de confrontación, para establecer si dentro de tales entes se da o no una mayor acción recíproca entre sus miembros,

que entre ellos y los ajenos al cuerpo colectivo.¹⁵ Lo mismo ocurre con la doctrina de las relaciones puramente sociales de dominación, sustentada por León Duguit y por Carlos Luis von Haller, pues para saber qué tipo de relaciones de dominación poseen carácter político, es decir, cuáles de ellas son constitutivas del Estado como ente social y cuáles no lo son, es menester acudir al criterio jurídico, ya que relaciones de fuerza se dan también entre padres e hijos, maridos y mujeres, y sin embargo las mismas no son constitutivas de la comunidad política.¹⁶ Cosa semejante podemos decir de la postura romántica de Savigny, quien sostenía que los entes colectivos son unidades no jurídicas, de carácter psíquico pero independientes de las psiques individuales, constituidas por las corrientes psicológicas coincidentes de los hombres de carne y hueso. Este autor es el que establece el punto de partida de las famosas doctrinas del alma popular nacional (*Volksgelt*), y su teoría manifiestamente metafisicista es conocida con el nombre de doctrina de la voluntad común o de los intereses comunes.¹⁷ También metafisicistas y, por ende, irrelevantes para la consideración objetiva, son las doctrinas organicistas en todas sus variantes, las que pretenden sostener en esencia que lo social debe ser visto como un organismo, de carácter biológico según Menenius Agrippa y Schaffle, de tipo *sui generis* según Gierke, Wundt, Lasson, Zithelmann y Steiner, y de calidad ética según Tomás de Aquino, el Padre Soto, el Padre Suárez y Juan Jacobo Rousseau.¹⁸

Así, pues, no únicamente lo normativo sino que también lo social mismo son inconceptualizables ajurídicamente. En consecuencia, no se puede plantear siquiera el problema de distinguir entre normas jurídicas y normas del trato social, por no poder objetivarse el orden a que éstas pertenecen independientemente del Derecho. Y si el orden social sólo puede existir como tal orden para el pensamiento

¹⁵ Arias Parga, Elías, *Apuntes de Teoría del Estado*, Campeche, 1945; y Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, traducción de E. García Máynez, Imprenta Universitaria, México, 1950, pp. 193 y 194.

¹⁶ Obras citadas, pp. 197 y 198 de la segunda.

¹⁷ Obras citadas, pp. 195 de la segunda.

¹⁸ Obras citadas, p. 196 de la segunda; y Stammler, Rodolfo, *Doctrinas Modernas sobre el Derecho y el Estado*, traducción de Juan José Brémer, Cía. Gen., México, 1941, pp. 208 a 210.

científico a partir y sobre la base del orden jurídico, malamente puede pretenderse que se confundan y, menos aún, que exista alguna necesidad de distinguirlos.

Consideraciones finales

El haber mostrado la imposibilidad de plantearse como problema el de distinguir entre el Derecho y el orden social, nos revela palpablemente la exigencia metódica de legitimar los problemas en la hipótesis fundamental de la ciencia, antes de pretender abordar las cuestiones que se nos presenten con la apariencia de tales. Y el no haberlo hecho así, es lo que constituye la quiebra del pensamiento científico y filosófico tradicional, pues continuamente se le mira abordando problemas que no son otra cosa que preocupaciones subjetivas de un individuo o de una época.

Y si aún existe alguien que se empeñe en distinguir las normas jurídicas y las normas del trato social, podríamos decirle brevemente, con el maestro Terán Mata, que "en la vinculación jurídica, los sujetos vinculados se encuentran situados ante una autoridad que implanta el Derecho; en cambio, en el trato social no existe esa tercera entidad. Esa instancia y carácter existente en el Derecho ha sido personificado en el Estado, que no tiene intervención en lo que respecta al cumplimiento o incumplimiento de las normas del trato social. En conclusión, de todos los rasgos señalados para establecer la naturaleza del Derecho, el que constituye el carácter distintivo y esencial del Derecho es la coacción, y ha sido Kelsen quien ha definido el Derecho precisamente como la normación coactiva."¹⁹

Otra enseñanza importante, es la de que no deben buscarse características distintivas de dos objetos al buen *tun tun*, sino que primero es indispensable reflexionar sobre ellos lógicamente, en vez de aceptar con ingenua sencillez su existencia como algo dado.

Es sólo un subproducto de la hipostatización mitológica del Estado, característica del pensamiento primitivo, como dice Kelsen, la que ocasiona la ilusión de que el orden jurídico y el orden social son dos objetos con objetividad paralela. En efecto, al hacer del Estado

¹⁹ Terán Mata, Juan Manuel, *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1952, p.71.

una entidad metajurídica, se le coloca en el mismo plano que los llamados entes sociales colectivos, a los que entonces fácilmente se atribuye la capacidad de engendrar y de aplicar las normas del trato, de lo cual resulta la “necesidad” de distinguirlas de las normas jurídicas. Pero cuando el problema se plantea en sus justos límites, como ahora se ha hecho, claramente se ve que tanto el Estado y los entes colectivos, como los preceptos del orden social propiamente dicho, no son otra cosa que un producto jurídico, por lo que no surge siquiera la posibilidad de plantearse la distinción de unas y otras normas.

Claro está que cuando decimos que el Estado, los entes colectivos y las normas sociales son un producto jurídico, no estarnos afirmando tal cosa en sentido histórico, genético o sociológico, sino que lo hacemos en dirección lógico-teorética, que, en el caso, es precisamente el camino inverso del anterior.