
¿Qué queda de la polémica entre el positivismo y el iusnaturalismo?

Reflexiones acerca de esta aparente contradicción

Romy Chang Kcomt^(*)

En las líneas que siguen analizaremos algunos de los argumentos que se esgrimen en la ardua polémica en torno al iusnaturalismo y al positivismo jurídico, pues a la fecha no es posible defender seriamente en cualquier campo del Derecho una postura, sin comprender los alcances de estas dos corrientes. Nuestro interés es sacar a luz la importancia del debate positivismo - iusnaturalismo en orden a la correcta interpretación de las normas jurídicas que debe hacer todo operador del Derecho. Asimismo, se mostraran algunas nociones básicas para que el lector pueda tomar conocimiento general del contenido de las referidas corrientes y pueda formar su propia postura. Como se verá a lo largo del trabajo, contrariamente a lo que se piensa, esta polémica no resulta excesivamente abstracta y, aun cuando es poco abordada en los claustros universitarios, tiene una ineludible relevancia práctica. Piénsese, por ejemplo, en el derecho de propiedad privada, el cual, si es considerado un Derecho natural, limitaría la actuación del Estado, el que vería reducidas sus posibilidades de regulación respecto del mismo; mientras que, si es considerado materia de una norma positiva y por tanto creación del legislador, tendría su fundamento en la validez que ostenta la norma en sí (lo que a su vez la hace justa)⁽¹⁾, pudiendo ser modificada como tal por el Estado, a quien debería su creación y reconocimiento⁽²⁾. Esto

evidencia, la necesidad de una toma de postura, máxime si buscamos un ordenamiento jurídico coherente e integral como es el que se requiere en un Estado Social y Democrático de Derecho.

La adopción de una u otra corriente también puede llevar a decisiones jurisdiccionales distintas, como ocurrió con los tribunales alemanes a mediados del siglo XX. El Tribunal de Frankfurt decidió que la ley que establecía que toda propiedad podía ser usada para fines de defensa, vulneraba el derecho natural a la propiedad privada, al establecer la entrega de un bien sin la correspondiente indemnización, sin embargo, el Tribunal de Wiesbaden estableció la nulidad de la ley en cuestión desde su promulgación, y el Tribunal de Wuppertal se resistió a admitir como pena obligatoria mínima para el robo la de tres meses, señalando que “Por encima de la ley positiva está la conciencia absoluta del deber del juez penal ante el Derecho y la moral”. Por otro lado, en la misma Alemania, en 1947, el Tribunal Supremo de Hamburgo, señaló respecto de la Ley del Concejo de Control: “La validez de una orden del poder estatal promulgada en forma de ley no depende de que concuerde o no en su contenido con la ley ética⁽³⁾”; evidenciándose con ello la ardua polémica en torno a ambas corrientes del Derecho, y cómo la postura por la que se opte, generaba jurisprudencias completamente distintas.

(*) La autora es egresada de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(1) Según esta postura: porque la norma es válida, es justa.

(2) Las contradicciones que se suscitan en torno a la propiedad privada son materia del trabajo de investigación que a la fecha nos encontramos desarrollando para sustentarla como tesis de grado ante la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(3) Cfr. en: WELZEL, Hans. *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*. Traducido por Ernesto Garzón Valdés. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 1962. pp. 16-19.

1. Nociones generales

Entendemos por iusnaturalismo aquella postura dualista que establece una relación de preeminencia del Derecho natural sobre el Derecho positivo, pero que de ningún modo niega la existencia de este último, colocándolo en una posición de inferioridad (postura dualista de preeminencia); de modo tal que solo será Derecho el Derecho positivo que se encuentre acorde con el Derecho natural. Mientras que, por positivismo jurídico entendemos aquella postura monista que excluye cualquier Derecho natural y se remite exclusivamente a la existencia del Derecho positivo (monismo de exclusión)⁽⁴⁾.

Estas dos corrientes del Derecho han tenido sus altibajos a lo largo de la historia, imperando una u otra como corriente predominante según el contexto social e ideológico de cada época. En un primer momento, el iusnaturalismo imperó en contextos en los que la existencia de un Derecho natural se sustentaba en la existencia de un poder divino; eran las épocas imperiales, en las que “el príncipe era el intermediario entre el Derecho natural y el positivo”, lo que a su vez daba sustento a una organización vertical en la que el rey se encontraba encima de la ley positiva⁽⁵⁾. A partir del siglo XII, sobre todo en el sur de Italia, el positivismo aparece en la búsqueda de una fundamentación distinta del conocimiento, que elimine cualquier explicación religiosa del cosmos, circunscribiéndose a una explicación técnica meramente descriptiva de las cosas⁽⁶⁾; esto le valió serias objeciones provenientes de la teología aristotélica de Santo Tomás del siglo XIII. Más adelante, con la Ilustración

(siglo XVIII en adelante), y en aras de crear un método científico que hiciera del Derecho una ciencia, excluyendo cualquier tipo de connotación divina o extrajurídica, nuevamente cobró fuerza el positivismo jurídico, caracterizándose por utilizar un método científico para entender el Derecho. No obstante ello, los sucesos históricos hicieron que con el tiempo se regresara nuevamente a la corriente iusnaturalista (siglo XX: en Alemania, a partir de 1945), reconociendo con ello ciertos autores que incluso el positivismo de los siglos XIX y XX contenía un amplio fundamento natural, a pesar de su inicial posición en contrario. Un ejemplo de lo expuesto es Gustav Radbruch quien, en 1932, en la tercera edición de su obra *Filosofía del Derecho*, señalaba que “Quien puede imponer el Derecho, demuestra de esta manera que es quien está llamado a dictar el Derecho”. “El juez tiene la obligación profesional de hacer valer la voluntad de validez de la ley, sacrificar el propio sentimiento jurídico ante la orden autoritaria del Derecho, preguntar únicamente que es lo que es Derecho y nunca si también es justo⁽⁷⁾”; mientras que en 1946, en su obra *Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes*, afirmó: “(...) cuando ni siquiera se aspira a realizar la justicia, cuando en la formulación del Derecho positivo se deja a un lado conscientemente la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, entonces no estamos solo ante una ley que establece un ‘Derecho defectuoso’, sino que más bien lo que ocurre es que estamos ante un caso de ausencia de Derecho. Porque no se puede definir el Derecho, incluso el Derecho positivo, si no es diciendo que es un orden establecido con el sentido de servir a

(4) Para las definiciones del iusnaturalismo y positivismo jurídico, así como el conflicto latente entre ambas corrientes, ver: ROSS, Alf. *El concepto de validez y otros ensayos. El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural*. Traducido por Genaro R. Carrió y Osvaldo Paschero. Buenos Aires: Centro editor de América Latina, 1969; KELSEN, Hans. *Positivismo Jurídico y doctrina del derecho natural*. París: Sirey, 1963. pp. 141-148. Texto original publicado en: *Mélanges en l’honneur de, T. I, Editions Sirey*, con el título *Positivisme juridique et doctrine du droit naturel*, traducido por Percy Castillo Benitez, publicado en: *ius et veritas*. Número 8. Año V. Junio 1994; BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Traducido por Ernesto Garzón Valdés. 4ta. edición. Buenos Aires: Fontamara, 1995; SILVING, Helen. *Derecho positivo y derecho natural*. Traducido por Genaro R. Carrió, Buenos Aires: Eudeba, 1966; VERDROSS, Alfred. *La filosofía del derecho del mundo occidental. Visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas*. Traducción de Mario de la Cueva. México: Centro de estudios filosóficos de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1962; MASSINI CORREAS, Carlos I. *El derecho natural y sus dimensiones actuales*. Buenos Aires: Ábaco, 1998; quien hace una distinción entre las teorías jurídicas positivistas en sentido estricto y las transpositivistas.

(5) HERNANDO NIETO, Eduardo. *Pensando peligrosamente: El pensamiento reaccionario y los dilemas de la democracia deliberativa*. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002. pp. 36 y 37.

(6) *Ibid.*; pp. 44 y 45.

(7) RADBRUCH, Gustav, citado por WELZEL, Hans. *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*. *Op. cit.*; p. 12.

la justicia. Aplicándoles este patrón, hay partes enteras del Derecho nacional socialista que nunca llegaron a tener la categoría de Derecho válido. (...) no es solo Derecho defectuoso, sino que, en general, podemos decir que no es Derecho. (...) Carecen así mismo de juridicidad todas esas leyes que aplicaban un trato inhumano o les negaban los Derechos Humanos a ciertos hombres⁽⁸⁾. No obstante lo expuesto, y evidenciando lo inestable de la polémica, apenas unos años más tarde, se retomaron los postulados positivistas, aunque desde una perspectiva menos radical.

Ahora bien, la cabal comprensión de la tensión entre iusnaturalismo y positivismo jurídico exige la distinción entre las diversas posturas generadas a lo largo de la historia entre estas dos corrientes⁽⁹⁾, siendo que se han creado tantas definiciones para explicar ambos conceptos, que una crítica a cualquier postura, exigiría necesariamente precisar a cuál de las definiciones se está haciendo alusión. En esta tarea, resulta interesante lo expuesto por el maestro Norberto Bobbio⁽¹⁰⁾, quien establece tres maneras de entender el positivismo jurídico o el iusnaturalismo: como una determinada ideología de la justicia, como una determinada teoría o concepción del Derecho y como un modo de aproximarse al estudio del Derecho; según esta postura, entonces, un jurista puede asumir una postura iusnaturalista como modo de aproximarse al Derecho, sin que ello signifique que lo sea también con respecto a la ideología.

1.1. El positivismo y el iusnaturalismo como ideologías de la justicia

De acuerdo con la definición de Bobbio, optar por el positivismo y el iusnaturalismo como

ideologías, implica asumir cierta posición frente a una realidad dada. El positivismo jurídico extremo, como ideología, representa una creencia en ciertos valores, creencia que otorga al “Derecho que es” un valor positivo que le vendría dado por el solo hecho de existir, excluyendo cualquier consideración o referencia a la existencia de un Derecho natural (como ideología, el positivismo jurídico rechaza de plano cualquier noción de Derecho natural⁽¹¹⁾), y determinando la conducta de los hombres; puede resumirse con la siguiente frase: “El Derecho, por la manera como es puesto y hecho valer o por el final que sirve, cualquiera que sea su contenido, tiene por sí un valor positivo y hay que prestar obediencia incondicionada a sus prescripciones⁽¹²⁾”.

El iusnaturalismo extremo como ideología de la justicia parte de la premisa de que “se debe obedecer las leyes solo en tanto son justas” -ética naturalista- (teoría de la desobediencia activa o de la resistencia), debido a que estas se encuentran sometidas a un criterio superior, extralegal de valoración⁽¹³⁾; lo que es completamente contrario a lo planteado por el positivismo jurídico como ideología, que establece la obediencia a las leyes en cuanto tales (teoría de la obediencia activa); es decir, para el positivismo, el hecho que una ley sea válida la convierte a su vez en justa: una ley es válida, y en tanto es válida, es justa - ética legalista⁽¹⁴⁾.

De lo expuesto, puede verse que ambas corrientes, entendidas como ideologías de la justicia distintas en su versión más radical, se excluyen entre sí presentando rasgos irreconciliables; sin embargo, la ardua polémica ha distinguido otras dos versiones intermedias: la

(8) RADBRUCH, Gustav. *Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes*. Traducido por José Rodríguez Paniagua en *Derecho injusto y derecho nulo*. Aguilar, Madrid: 1971. pp. 14 y 15. Este cambio de postura, también es hecho notar por Welzel, quien cita obras de Radbruch posteriores a 1945, en las que este autor señala: “La ciencia del derecho debe reflexionar nuevamente sobre la milenaria sabiduría que afirma que existe un derecho superior a la ley, un derecho natural, un derecho divino, un derecho racional, según el cual la injusticia es siempre injusticia aun cuando se la vacíe en las formas de una ley; un derecho ante el cual el fallo pronunciado de acuerdo con una ley injusta, no es justo sino injusto”. En: WELZEL, Hans. *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*. Op. cit.; p. 15.

(9) SILVING, Helen. *Derecho positivo y derecho natural*. Op. cit.; pp. 81 y 82.

(10) BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Op. cit.; pp. 77 y siguientes.

(11) KELSEN, Hans. *Positivismo Jurídico y doctrina del derecho natural*. Op. cit.; p. 9.

(12) BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Op. cit.; pp. 50 y 51.

(13) En esta misma línea, Nieto señala que “No basta, para que una ley sea buena y justa, que la produzca o promulgue un poder legítimo; porque puede faltar la racionalidad o la ordenación al bien común”. En: NIETO VÉLEZ, Armando. *Apuntes sobre el positivismo jurídico*. En: *ius et veritas*. Lima, 1999. p. 357.

(14) BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Op. cit.; pp. 77-79. También plantea el iusnaturalismo como ideología, FERNÁNDEZ GALIANO, Antonio. *Derecho natural. Introducción filosófica al derecho*. Madrid: Ceura, 1986. p. 85.

ideología positivista moderada, que plantea la obediencia a las leyes en tanto tales, en la medida en que “la legalidad, por sí misma, garantiza la realización del valor específico del Derecho, es decir, el valor del orden o de la paz social (teoría de la obediencia condicionada)”⁽¹⁵⁾; y la ideología iusnaturalista moderada, que establece la obediencia a las leyes, incluso a pesar de ser injustas, salvo en caso extremo, es decir, cuando se ponga en peligro el orden social (teoría de la desobediencia condicionada o de la obediencia pasiva).

El antagonismo entre estas dos últimas vertientes moderadas no es tan claro como en el caso de las vertientes extremas o radicales, en tanto ambas apuntan a un mismo objetivo: la preservación del valor de la legalidad, induciendo a las personas a obedecer -como regla general- las leyes; de modo que “(...) para el positivismo moderado la legalidad es un bien por más que no sea el mayor de los bienes, y para el iusnaturalista moderado, un mal menor”⁽¹⁶⁾. Solo bajo esta perspectiva moderada, el iusnaturalismo y el positivismo jurídico como ideologías se acercan.

Cabe agregar que, respecto a las críticas en torno a que el positivismo jurídico como ideología de la justicia sustentaría regímenes totalitarios como el nazista⁽¹⁷⁾, resulta importante señalar que esto carece de todo sustento si se identifica al positivismo como ética de la legalidad y con la defensa de los valores de certeza, orden y paz, que apuntan a un Estado Social y Democrático de

Derecho como el nuestro⁽¹⁸⁾; de modo que la existencia de un estado democrático y de una ideología positivista no son *per se* incompatibles.

1.2. El positivismo y el iusnaturalismo como teorías generales del Derecho

Si se habla del iusnaturalismo o del positivismo jurídico como teorías o concepciones del Derecho se está aludiendo a modos de comprender y explicar el fenómeno jurídico. El primero, entendido como teoría del Derecho, considera que el fundamento de las reglas de conducta humana no se encuentran en la voluntad del legislador (inconstante y mutable en esencia), sino en la naturaleza humana en sí, la misma que considera constante, uniforme y eterna⁽¹⁹⁾; es decir, el iusnaturalismo como teoría “es un conjunto de consideraciones más o menos realistas acerca de la naturaleza humana, destinadas a fundamentar objetivamente un sistema de valores, cualquiera que sea este”⁽²⁰⁾; constituye un modo de fundamentar la moral, y no una moral determinada (verbigracia el utilitarismo, el marxismo, el budismo, el catolicismo⁽²¹⁾, entre otros), por lo que puede decirse que, como teoría, el iusnaturalismo es una de las tantas teorías creadas para dar fundamento a la moral.

El positivismo jurídico, como teoría del Derecho, se identifica como una teoría estatal del Derecho que vincula el fenómeno jurídico a la formación de un poder soberano capaz de ejercer coacción, como viene a ser el Estado, en otras

(15) BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Op. cit.; p. 79.

(16) *Ibid.*; p. 80.

(17) NIETO VÉLEZ, Armando. *Apuntes sobre el positivismo jurídico*. Op. cit.; pp. 357 y 358. Incluso Radbruch, en 1946 equiparaba, con ocasión del gobierno nazi (1933-1945), la arbitrariedad con el positivismo jurídico: “No se puede dejar de reconocer, precisamente después de las experiencias de esos doce años, qué terribles peligros para la seguridad jurídica puede aparejar el concepto de arbitrariedad legal y el negar naturaleza jurídica a las leyes positivas. Debemos esperar que tal arbitrariedad quede como un irrepetible extravío y confusión del pueblo alemán; pero para todos los casos posibles tenemos que armarnos contra el retorno de la arbitrariedad por medio de la superación ‘fundamental’ del positivismo, que enervó toda capacidad de defensa contra el abuso de la legislación nacionalsocialista”. En: RADBRUCH, Gustav. *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*. En: *Süddeutsche Juristen Zeitung*. Número 5. 1946. Traducido por María Isabel Azareto de Vásquez. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1962. pp. 40 y 41.

(18) BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Op. cit.; pp. 53, 54 y 63.

(19) En la misma línea, Welzel señala: “El derecho positivo es (...) perecedero, que vale únicamente gracias a la imposición estatal. El derecho natural contiene las determinaciones eternas de lo justo; el derecho positivo en cambio, regla solo las relaciones dentro de lo éticamente indiferente. (...) Las leyes positivas de los estados son meros apéndices de un derecho natural inmutable, apéndices cuya necesidad depende de los usos y costumbres especiales de los diferentes pueblos”. WELZEL, Hans. *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*. Op. cit.; pp. 20 y 21.

(20) BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Op. cit.; p. 82.

(21) Una revisión del catolicismo como fundamento de una determinada moral lo encontramos en: NOVOA MONREAL, Eduardo. *¿Qué queda del Derecho Natural?. Reflexiones de un jurista cristiano*. Buenos Aires - Santiago: Depalma - Benavides López, 1967.

Nosotros consideramos que la exigencia de un Derecho positivo ordenador que proporcione seguridad jurídica no elimina la posibilidad de un orden natural que permita valorar las normas vigentes en dicho ordenamiento, en tanto la mera validez y posterior vigencia de una norma conforme a los parámetros impuestos por el legislador no la hace justa (rechazamos cualquier ideología positivista radical), haciéndose necesario recurrir a un parámetro natural que proporcione un baremo de justicia respecto a la misma que, a su vez, legitime el deber de obediencia al sistema jurídico impuesto.

palabras, es la elaboración teórica del voluntarismo jurídico, lo que de ningún modo significa algún tipo de culto al Estado o de la exaltación del mismo como fuerza moral: "Históricamente, esta teoría es la expresión o la toma de conciencia, por parte de los juristas, de aquel complejo fenómeno en la formación del Estado moderno, que es la monopolización del poder de producción jurídica por parte del Estado"⁽²²⁾. Para el positivismo jurídico, como teoría, puede decirse que lo relevante es la descripción de lo que es, de lo existente y de lo real, de modo que la ley constituye la fuente principal del Derecho, existente en forma previa a la posterior aplicación por un juez; no implicando con ello juicio de valor alguno. El positivismo así definido, se apoya en una serie de juicios de hecho, pudiendo resumirse en la siguiente frase: "Es fácticamente verdadero que el Derecho vigente es

un conjunto de reglas de conducta que directa o indirectamente son formuladas y aplicadas por el Estado"⁽²³⁾. Para los teóricos positivistas, esta forma de concebir el Derecho que es y distinguirlo del Derecho que debe ser o Derecho ideal, es un mecanismo bastante adecuado o idóneo para proporcionar esquemas de decisión a los jueces, y también para elaborar un sistema del Derecho vigente que otorgue certeza; se basa en el presupuesto de que el Derecho se aplica por los jueces y que, en la medida en que exista un conjunto de reglas claras y precisas, reglas cuya validez no se derive del Derecho ideal o del Derecho que debe ser, se va a poder conseguir una mejor precisión, claridad y coherencia en las normas; lo que permita a su vez una excelente aplicación del Derecho por el juzgador.

Asimismo, la teoría positivista se distingue de la ideología positivista en que la primera se limita a una mera descripción de los hechos, no implica una valoración positiva *per se* del hecho de la existencia de ciertas normas, ni tampoco busca recomendar una solución mejor o la creación de una norma mejor; simplemente se dedica a una descripción que permita comprender mejor el Derecho como una teoría (función descriptiva y solo -indirectamente- prescriptiva), sobre la base de un estricto método científico; mientras que, la ideología positivista considera que la obligación de obedecer las leyes del estado es una obligación moral, que implica necesariamente una valoración positiva de los datos que han sido objetivamente destacados y representados mediante normas, presuponiendo cierta validez en sus postulados.

De lo expuesto se deduce que, en la medida en que uno funda una moral y se sustenta en la naturaleza humana, y el otro se funda en la voluntad del legislador; tanto el iusnaturalismo y el positivismo jurídico como teorías resultan incompatibles, "(...) en el sentido en que no se puede sostener simultáneamente la superioridad del Derecho natural sobre el Derecho positivo y la exclusividad del Derecho positivo"⁽²⁴⁾; dando lugar a la posibilidad de la existencia de una serie de teorías intermedias entre ellas. La incompatibilidad descrita en nada impide -a diferencia del

(22) BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. *Op. cit.*; p. 47.

(23) *Ibid.*; p. 50.

(24) *Ibid.*; p. 86.

iusnaturalismo y el positivismo jurídico como ideologías de justicia en las que no es posible dejar de tomar postura por uno u otro- que se rechacen ambas teorías, tomando en cuenta que son dos especies del género Derecho⁽²⁵⁾.

1.3. El positivismo y el iusnaturalismo como modos de aproximarse al estudio del Derecho

El iusnaturalismo como modo de aproximación al estudio del Derecho surge como un reclamo frente a la distinción “del Derecho”, “del no Derecho” sin referente ético alguno. Así, el dilema entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico entendidos esta vez como modos de aproximación al Derecho, gira en torno a la discusión sobre si es conveniente introducir en la definición del Derecho una referencia al fin; con independencia de que se entienda por fin, la justicia, la libertad, el bien común, la supervivencia, postulados religiosos, o cualquier otro valor que sirva de parámetro ético para emitir un juicio de valor respecto de determinada norma emitida por el legislador y válida en un ordenamiento jurídico⁽²⁶⁾; o si más bien, es conveniente definir el Derecho en función de los procedimientos -susceptibles de descripción fáctica- mediante los que se crea y aplica, a efectos de que la ciencia jurídica se presente como no valorativa y netamente científica.

El iusnaturalismo como modo de aproximación al Derecho“(...) se manifestaba como la exigencia de contraponer a una ética de la legalidad estricta (*dura lex sed lex*) una ética de la justicia”, así como en “la exigencia de hacer derivar el conocimiento del Derecho de una entidad constante, tal como la naturaleza, más que de una entidad variable históricamente, como la voluntad del legislador”⁽²⁷⁾; de forma tal que la palabra “Derecho” se encuentre limitada al “Derecho justo”. Así, para el iusnaturalismo como aproximación es indispensable establecer un parámetro crítico para evaluar las leyes, en tanto una mera aplicación de las mismas podría conllevar a la existencia de

normas absurdas y -en términos naturalistas- contrarias a la justicia⁽²⁸⁾.

Por otro lado, el positivismo jurídico como modo de acercarse al estudio del Derecho, alude a una manera de delimitación del objeto de investigación, en tanto, el Derecho debe ocuparse del “Derecho que es, del Derecho real” y no del “Derecho que debe ser o del Derecho ideal”. Desde esta perspectiva, se rechaza en la definición de Derecho, elementos finalistas como la protección de la justicia, de la libertad, de la supervivencia, la obtención del bien común, u otros similares; siendo el Derecho real, el objeto del que debe ocuparse el jurista. El positivismo como aproximación al estudio del Derecho establece que la manera para elaborar una ciencia del Derecho es recurriendo al conjunto de reglas que en una sociedad determinada son efectivamente obedecidas o aplicadas (principio de efectividad), lo que no necesariamente significa que dicha efectividad se apoye en la fuerza o en la coerción, en tanto pueden existir sistemas en los que la efectividad se sustente en un consenso previo entre los individuos que conformen el estado (ejemplo, las normas de Derecho internacional tienen como sustento el consenso y no la fuerza).

A nuestro parecer, la divergencia de lo sustentado por el positivismo jurídico, en relación con el iusnaturalismo entendidos ambos como aproximación al estudio del Derecho, en nada significa que el primero rechace o niegue la existencia del Derecho natural (es decir, que se trate de posturas irreconciliables), sino que, en tanto este no se encuentra vigente o no es parte del ordenamiento jurídico, el positivismo jurídico como aproximación lo excluye del objeto de investigación científica. En esta misma línea, son muchos los autores que afirman la compatibilidad entre ambas corrientes como aproximación al estudio del Derecho: valorando la justicia de las leyes de cara a su reforma, e interpretando las mismas a efectos de una mejor sistematización

(25) Véase: *Ibid.*; pp. 86 y 87.

(26) Es de recordar, que los preceptos del derecho natural no son constantes a lo largo de la historia, sino que han ido modificándose en función a los diversos contextos históricos. SILVING, Helen. *Derecho positivo y derecho natural*. *Op. cit.*; p. 14. En la misma línea Alf Ross nos habla de un derecho natural teológico, sociológico, histórico y racional antropocéntrico, en: ROSS, Alf. *El concepto de validez y otros ensayos*. *Op. cit.*; p. 15.

(27) BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. *Op. cit.*; p. 84.

(28) KELSEN, Hans. *Positivismo Jurídico y doctrina del derecho natural*. *Op. cit.*; p. 10.

teórica y una consecuente mejora en la aplicación práctica⁽²⁹⁾; de modo tal que incluso para algunos la interrelación entre Derecho positivo y Derecho natural posibilita la unidad en cada ordenamiento jurídico⁽³⁰⁾.

Ahora bien, estos tres modos de concebir al positivismo o al iusnaturalismo descritos líneas previas: como ideologías de la justicia, como teorías del Derecho o como modos de aproximación al mismo, no se encuentran necesariamente interrelacionados, ni se contraponen entre sí. Un ejemplo de ello es lo planteado por Kelsen, quien si bien sostiene una teoría producto del positivismo jurídico, no formula una exaltación del Estado en términos ideológicos⁽³¹⁾; sino que considera al positivismo como una mera teoría descriptiva de lo que ocurre en el Derecho, “del Derecho que es”, y no supone bajo ningún aspecto considerar a este como un Derecho adecuado, moralista o con cierta valoración positiva de validez, legitimidad y justicia en las mismas normas. En su libro *Teoría Pura del Derecho*, Kelsen señala que “(...) el Derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el Derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, solo calificando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o malo”⁽³²⁾. Otro ejemplo de la distinción que pueden hacerse de

los aspectos descritos es el propio Bobbio, quien señala “(...) ante el enfrentamiento de las ideologías, donde no es posible ninguna tergiversación, soy iusnaturalista; con respecto al método soy, con igual convicción, positivista; en lo que se refiere, finalmente, a la teoría del Derecho, no soy ni lo uno ni lo otro”⁽³³⁾.

2. La exigencia de un parámetro iusnaturalista para emitir un juicio valorativo sobre el Derecho positivo

Las múltiples necesidades del hombre (supervivencia, orden, certeza, paz, aprehensión de bienes, etcétera) hacen necesaria una organización -regulación y/o la adopción de acuerdos formalizados en normas. Es imperativa la existencia de normas positivas como un mecanismo de aproximación al estudio del Derecho⁽³⁴⁾; máxime cuando -como ya vimos- incluso un positivismo jurídico o un iusnaturalismo moderados como ideologías, persiguen como objetivo común la legalidad y el orden al interior de cada ordenamiento jurídico, siendo que en este aspecto no devienen en incompatibles⁽³⁵⁾. Sin embargo, para un cierto sector de la doctrina es relevante la separación entre Derecho positivo y Derecho natural a efectos de mantener una pureza sistemática⁽³⁶⁾, en tanto la pureza científica

(29) Véase: BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Op. cit.; p. 87. En la misma línea se encuentran: SILVING, Helen. *Derecho positivo y derecho natural*. Op. cit.; p. 18, quien señala que “El derecho positivo puede delegar en alguno de sus órganos la potestad de determinar el derecho, sin señalar o especificar las fuentes de donde puede ser extraído. Es posible denominar a esto derecho natural ‘delegado’. Es derecho positivo en cuanto al procedimiento y, pero derecho natural en cuanto al contenido”; NIETO VÉLEZ, Armando. *Apuntes sobre el positivismo jurídico*. Op. cit.; p. 358, quien afirma que “El ‘no mezclar ideología o metafísica con derecho positivo’ -asunto que todos los iusnaturalistas aceptan- no significa que el orden jurídico deba ignorar la existencia de un orden normativo anterior y superior al positivo -por más constitucional que este sea-”; ROSS, Alf. *El concepto de validez y otros ensayos*. Op. cit.; p. 13, quien señala que “las ideas morales son, sin lugar a dudas, uno de los factores causales que influyen en la evolución del derecho; y este, por su parte, influye a su vez en las ideas y actitudes morales predominantes”.

(30) HERVADA, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*. Piura: Universidad de Piura, 1999. p. 209.

(31) BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Op. cit.; p. 49.

(32) KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Traducido por Moisés Nilve. 18va. edición. Arequipa, 1991. pp. 64 y 65.

(33) BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Op. cit.; p. 89.

(34) En la misma línea, Fernández - Galiano señala que si bien la ley natural es apta para regular los comportamientos en líneas generales, es insuficiente para regular de manera inmediata las complejas relaciones sociales manifestadas diariamente. Asimismo, este autor establece una serie de justificaciones para la existencia de leyes positivas, entre las que se encuentran: la falta de una sanción adecuada en la ley natural, la exigencia de regular conductas no ordenadas por la ley natural como la circulación de vehículos, etcétera. Véase: FERNÁNDEZ - GALIANO, Antonio. *Derecho natural*. Op. cit.; pp. 90 y siguientes.

(35) Asimismo, Welzel señala que “(...) el jurista recurre siempre nuevamente a la norma positiva y da preferencia al orden existente, no porque venera el poder, sino porque reconoce en el orden positivo el primer valor elemental del derecho: la superación del caos y la seguridad de la existencia de todos”. WELZEL, Hans. *Más allá del derecho natural*. Op. cit.; p. 34.

(36) En especial en la tradición del Common Law en la que el juez crea el derecho.

constituye un fin deseable imposible de alcanzar sin una clara separación entre ambas corrientes, y en tanto considera importante que un juez distinga si está aplicando Derecho positivo preexistente o una idea preconcebida de tal Derecho; al ser que “El conocimiento del ámbito exacto de su libertad hará que el juez advierta el verdadero alcance de su responsabilidad como creador de Derecho. Tal conocimiento le permitirá sustituir la racionalización por el razonamiento”⁽³⁷⁾. Otro sector de la doctrina niega la importancia de la separación de ambas corrientes, afirmando que “El Derecho para exigir obediencia, tiene que satisfacer el ‘mínimum ético’ de una comunidad”, máxime cuando “En la evolución del sistema del *common law* la oposición entre el Derecho natural y el Derecho positivo es superada constantemente”⁽³⁸⁾.

Nosotros consideramos que la exigencia de un Derecho positivo ordenador que proporcione seguridad jurídica no elimina la posibilidad de un orden natural que permita valorar las normas vigentes en dicho ordenamiento, en tanto la mera validez y posterior vigencia de una norma conforme a los parámetros impuestos por el legislador no la hace justa (rechazamos cualquier ideología positivista radical), haciéndose necesario recurrir a un parámetro natural que proporcione un baremo de justicia respecto a la misma⁽³⁹⁾ que, a su vez, legitime el deber de obediencia al sistema jurídico impuesto⁽⁴⁰⁾. Negar la existencia del Derecho natural como parámetro de justicia y la consecuente legitimidad que puede proporcionar a efectos del cumplimiento y la interpretación de

las normas positivas, implicaría encontrar en estas últimas una validez innata y circunscrita, que nos llevaría a la aceptación de la ideología positivista rechazada líneas previas. La negación del Derecho natural como referente de valor nos llevaría a un mero formalismo de la ciencia jurídica, donde “(...) el fin de la investigación no es ni la explicación causal ni la justificación teleológica de un instituto, sino la determinación de su estructura normativa”⁽⁴¹⁾. Dicho formalismo excluyente implica la reducción de los comportamientos humanos a meras estructuras, lo que, a su vez, conllevaría a una interpretación formalista de la norma, que olvida la razón de ser de la misma, y nos deja en un mero tecnicismo con interpretaciones contradictorias y carentes de todo sentido.

No obstante ello, que propugnemos la coexistencia del Derecho positivo y del Derecho natural en nada significa que el segundo se encuentre en una posición de preeminencia respecto al primero, o viceversa, en tanto ambos se desenvuelven en dos planos distintos: mientras la norma positiva establece lo que es y las pautas o reglas de conducta que rigen las relaciones entre los hombres, el Derecho natural proporciona un parámetro de valoración de las mismas, a fin de determinar lo que debe ser y modificar -a futuro- las normas que se consideren injustas conforme a dicho parámetro. Puede decirse entonces que “El Derecho natural está necesariamente referido al Derecho positivo y este a aquel; solamente en su unión se da el Derecho concreto de cada comunidad”⁽⁴²⁾. Esto no significa que, ante la

(37) SILVING, Helen. *Derecho positivo y derecho natural*. *Op. cit.*; pp. 44 y 45.

(38) KESSLER, citado por SILVING, Helen. *Derecho positivo y derecho natural*. *Op. cit.*; p. 44, nota al pie Número 35.

(39) O lo que es denominado por Hervada como “el baremo objetivo de enjuiciamiento”. HERVADA, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*. *Op. cit.*; p. 213.

(40) “El deber de obedecer el derecho es un deber moral hacia el sistema jurídico, no es un deber jurídico conforme al sistema. El deber hacia el sistema no puede derivarse del sistema mismo sino que tiene que surgir de reglas o principios que están fuera del mismo”, esto en tanto la función del derecho natural es la de otorgar validez moral al derecho positivo. ROSS, Alf. *El concepto de validez y otros ensayos*. *Op. cit.*; p. 19. También véase: VERDROSS, Alfred. *La filosofía del derecho del mundo occidental*. *Op. cit.*; p. 392.

(41) BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. *Op. cit.*; p. 24. Acerca del formalismo científico, este autor continúa diciendo: “El parentesco entre este formalismo de la ciencia jurídica y el normativismo es evidente; pues, sobre la base de la concepción formal de la ciencia jurídica se encuentra la concepción del derecho, propia de la teoría normativa, según la cual el derecho es un conjunto de calificaciones normativas de comportamiento, con lo que la tarea de una investigación científica del derecho se resuelve en una reducción de los comportamientos a las estructuras y en una continua constitución y reconstitución de las estructuras mismas”. *Ibid.*; p. 25.

(42) VERDROSS, Alfred. *La filosofía del derecho del mundo occidental*. *Op. cit.*; pp. 393 y 394. En la misma línea, resulta interesante el símil hecho por Dalmacio Negrón Pavón, quien, en la introducción que hace a una traducción del libro de Hegel, afirma que el derecho natural y el derecho positivo “(...) no se oponen entre sí, sino que su relación es análoga a la de Instituta, entendida como conjunto de principios generales, respecto a las Pandectas, ese cuerpo de casos jurídicos en los cuales se desarrollan los principios”. Cfr. HEGEL. *Sobre las maneras de tratar científicamente el derecho natural*. Introducción y traducciones de Dalmacio Negro Pavón. Madrid: Aguilar, 1979. p. XLIII.

amenaza de una norma positiva a los postulados del Derecho natural, esta se considere nula o vacía de contenido, siendo inevitable su aplicación en tanto se encuentre vigente⁽⁴³⁾.

Ahora bien, con esta última afirmación, que para el iusnaturalismo clásico ideológico tomista sería rechazada de plano⁽⁴⁴⁾, no significa que hayamos olvidado el gran “pecado original” del positivismo jurídico: la teoría de la omnipotencia jurídica del legislador⁽⁴⁵⁾, en tanto es necesario tomar en cuenta el fenómeno de positivización que ha acompañado al Derecho natural a lo largo de la historia y que coadyuva a los postulados de un Estado Social y Democrático de Derecho. Una postura intermedia la encontramos en Welzel, para quien las estructuras lógico-objetivas⁽⁴⁶⁾ constituían limitaciones materiales al legislador, en tanto las normas debían responder a la realidad o al transcurso lógico de las cosas. Así, para este autor alemán, el Derecho positivo no podía crear el concepto de acción, siendo necesario presuponer la estructura categorial del hacer humano⁽⁴⁷⁾. De esta manera, “El Derecho natural no puede encontrarse fuera o por encima del Derecho positivo, sino que está -como límite inmanente- dentro de él mismo; para verlo basta solo tener la mirada despejada”⁽⁴⁸⁾. Según Welzel, la discusión no debía girar en función a una oposición entre ambas corrientes (iusnaturalismo y positivismo), sino que debía recogerse lo utilizable de cada una

de ellas: “Sin positividad, el Derecho es simple abstracción o aspiración ideal de un orden posible, sin su nota axiológica fundamental es mera fuerza incapaz de cumplir con el postulado originario de toda ordenación: la protección del ser humano”⁽⁴⁹⁾; sin embargo, para este autor alemán, “El Derecho positivo es solo el transformador mediante el cual el Derecho natural se vuelve practicable en la realidad. Tiene por lo tanto que retroceder cuando no responde a las exigencias de la justicia, es decir, del Derecho natural. El Derecho natural vence al Derecho positivo”. Nosotros no compartimos lo expuesto por Welzel en este extremo, en tanto no consideramos que el Derecho positivo deba recoger de manera excluyente y única los postulados del Derecho natural; es decir, el Derecho positivo no solo existe en tanto réplica del Derecho natural, sino en tanto creación voluntaria del legislador, quien actúa en referencia a un parámetro de justicia.

En tal sentido, a falta de toda norma aplicable, no cabe duda que las sentencias o arbitrajes de los primeros (“primitivos”) jueces tuvieron que apoyarse en normas de Derecho natural⁽⁵⁰⁾; de manera que ha existido una tendencia constante en todos los ordenamientos jurídicos a positivizar los postulados del Derecho natural, colocándolos en normas positivas o *standards* jurídicos⁽⁵¹⁾, garantizando con ello su cumplimiento como ley positiva vigente en el ordenamiento jurídico⁽⁵²⁾. Así,

(43) Cabe resaltar que Verdross considera que es posible ejercer una resistencia pasiva a las leyes positivas que contravengan el derecho natural, esto solo en la medida en que no se dañe al orden público de la comunidad; siendo que, para este autor, las ideas de orden y seguridad existen enraizadas en el derecho natural. VERDROSS, Alfred. *La filosofía del derecho del mundo occidental*. Op. cit.; pp. 393 y 394. No compartimos esta posibilidad de resistencia pasiva a las normas positivas, pues esto generaría un ambiente de confusión e inseguridad; siendo que -como se explicará más adelante- la propia coexistencia entre derecho positivo y derecho natural proporciona mecanismos de solución de conflictos que permiten impedir una situación contraria al derecho natural. *Infra* 3.

(44) “(...) toda ley por hombres instituida tanto tiene de verdadera ley en cuanto se deriva de la ley natural; pero si en algo está en desacuerdo con la ley natural, ya no será ley, sino corrupción de la ley”. El subrayado es nuestro. SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*. Selección, C. 95, a.2), introducción y notas por P. Ismael Quiles. 9na. edición. Madrid: Espasa - Calpe, 1979. p. 126.

(45) WELZEL, Hans. *Más allá del derecho natural*. Op. cit.; p. 35.

(46) Ernesto Garzón Valdés señala sobre las estructuras lógico - objetivas que: Estas estructuras son objetivas porque una vez conocidas, existen independientemente de toda aceptación o rechazo posterior. Y son lógicas porque su inobservancia trae aparejada contradicción interna y falta de unidad en el orden jurídico. El legislador que no respeta estas estructuras lógico – objetivas dicta una legislación falsa, con laguna, es decir, ineficaz. Estas estructuras se encuentran en el campo del ser del derecho y no del deber ser jurídico, entendido esto último como el ámbito del derecho que debe ser. Por eso es que Welzel las llama también estructuras ontológicas, para evitar toda posible confusión con lo axiológico. En: WELZEL, Hans. *Más allá del derecho natural*. Op. cit.; p. 113.

(47) *Ibid.*; p. 39.

(48) *Ibid.*; p. 41.

(49) GARZÓN VALDÉS, Ernesto. En: WELZEL, Hans. *Más allá del derecho natural*. Op. cit.; p. 121.

(50) FERNÁNDEZ - GALIANO, Antonio. *Derecho natural*. Op. cit.; p. 97.

(51) ROSS, Alf. *El concepto de validez y otros ensayos*. Op. cit.; p. 13.

(52) VERDROSS, Alfred. *La filosofía del derecho del mundo occidental*. Op. cit.; p. 396.

en la línea de lo expuesto, la positivización de los postulados del Derecho natural se traduce por lo general en la existencia de ciertos derechos llamados fundamentales, cuya regulación se mantiene en cada ordenamiento jurídico a lo largo de la historia, incluyéndose o agregándose otros nuevos en función al develamiento progresivo de los mismos⁽⁵³⁾; estos coadyuvan a que las leyes positivas no configuren meras disposiciones arbitrarias del legislador, máxime cuando muchas veces su actuación, en lugar de seguir criterios de justicia, gira en función a criterios de conveniencia⁽⁵⁴⁾. La posición sustentada ha sido en alguna oportunidad recogida por el Tribunal Constitucional Peruano, el que mediante sentencia emitida el 6 de agosto de 1996, con ocasión del expediente 318-96-HC/TC, Lima, estableció que “La persona humana por su dignidad tiene derechos naturales anteriores a la sociedad y al Estado, inmanentes a sí misma, los cuales han sido progresivamente reconocidos hasta hoy en su legislación positiva como Derechos Humanos de carácter universal, entre los cuales los derechos a la vida y a la salud -ligados al instinto de conservación- son de primerísimo orden e importancia, se hallan protegidos inclusive a través de tratados internacionales que obligan al Perú, por que en ellos se funda la legitimidad moral de toda autoridad”⁽⁵⁵⁾.

Por otro lado, consideramos importante aclarar que el hecho de que ciertos postulados, principios o valores del Derecho natural se positivicen, no significa que se conviertan en Derecho positivo⁽⁵⁶⁾. Así, por ejemplo, regular expresamente en las constituciones el respeto por la dignidad humana

no hace que dicho postulado natural se torne positivo y deje de pertenecer al ámbito del primero, pues se mantendrá como tal incluso a pesar de ser derogado; siendo que la pérdida de eficacia en su ejercicio, hará que el Derecho natural prescriba su reincorporación al ordenamiento positivo⁽⁵⁷⁾. Sin embargo, cabe tomar en cuenta que también existen situaciones en las que en lugar de un defecto en la regulación del algún postulado de Derecho natural, el legislador peca de exceso, a través de un ánimo desmedido de protección que lo hace emitir una serie de normas contradictorias, en aras a la protección de determinado postulado indispensable para las relaciones de convivencia al interior de una sociedad, lo que a la larga lo convierte en un mero tecnócrata.

Adicionalmente, la doctrina ha calificado a las leyes positivas que contravienen el Derecho natural como “leyes injustas”, sobre todo cuando la voluntad humana, en contraste con el Derecho natural se presenta como injusta o arbitraria⁽⁵⁸⁾; y en tanto las fuentes que alimentan a ambas corrientes son distintas (en el caso del Derecho positivo, la voluntad del soberano, legislador, dictador, etcétera; y, en el caso del Derecho natural, dios, la naturaleza, la razón, entre otros). La ventaja de la positivización de los postulados iusnaturalistas radica en la fuerza coactiva que ejerce el Estado para el cumplimiento de las mismas, léase para el cumplimiento de determinadas condiciones hipotéticas que dan lugar a una consecuencia; de modo tal que se configura una articulación dualista sustentada por el Estado: la norma se dirige no solo a quien debe cumplirla (en términos de “yo debo”, “yo tengo que”)

(53) HERVADA, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*. Op. cit.; pp. 201 y 202.

(54) FERNÁNDEZ - GALIANO, Antonio. *Derecho natural*. Op. cit.; p. 98.

(55) Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Tomo I. Período 96-97. Lima: Gaceta Jurídica, 1998. pp. 102 y 103. También citada por BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Positivismo jurídico y derechos humanos. Algunos problemas generados por una “neutralidad valorativa” en una teoría sobre derechos humanos*. En: *ius et veritas*. Número 24. Junio 2002. p. 125.

(56) HERVADA, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*. Op. cit.; p. 209.

(57) En contra SILVING, Helen. *Derecho positivo y derecho natural*. Op. cit.; p. 22, quien afirma: “Los juristas tienen tendencia a llamar de ‘Derecho natural’ las reglas que desde hace largo tiempo forman parte del Derecho positivo. Hablan así de los ‘Derechos naturales del hombre’, aun cuando todos los aspectos de estos Derechos, que en un tiempo fueron naturales, han quedado, desde entonces, bien definidos y circunscritos por reglas jurídicas positivas y han dejado por ello de ser “naturales”.

(58) “Cuando el legislador, al dictar las normas positivas, se inspire en la ley natural, la justicia de esta se transfundirá a aquellas, que serán, por tanto, leyes justas. Más también puede acontecer que los preceptos positivos se aparten e incluso contradigan los postulados iusnaturales, con lo que aquellos habrán de ser considerados como leyes injustas por cuando en ellos no se encontrará, en efecto, el valor justicia”. FERNÁNDEZ - GALIANO, Antonio. *Derecho natural*. Op. cit.; p. 98.

-como ocurre con las normas de Derecho natural-, sino también a quien debe imponer la consecuencia o ejercer el acto coactivo: el juzgador; la imposición de dicha fuerza coactiva, implica una organización que se sustenta en el Estado⁽⁵⁹⁾. Sin embargo, si bien resulta necesaria la existencia de un Derecho positivo, también es necesario un parámetro de justicia (Derecho natural) que elimine cualquier tipo de relativismo jurídico al que pueda llevarnos la imposición de normas positivas en “términos de conveniencia exclusiva para el legislador”⁽⁶⁰⁾; caso contrario, incluso podríamos caer en el problema de la “tecnocracia” (abundancia de normas contradictorias sin referencia a un postulado de justicia).

3. Criterios para la solución de conflictos entre normas

Por otro lado, como lo hemos señalado párrafos precedentes, no es que el Derecho positivo se

encuentre por encima del Derecho natural, o viceversa; sino que ambos cumplen una función distinta en torno a la unidad de determinado ordenamiento jurídico (por un lado sistematización teórica, mejora en la aplicación práctica y efectividad en el cumplimiento de las disposiciones; y, por el otro, parámetro de justicia -juicio de valor- respecto de las disposiciones en cuestión). En tal sentido, resulta indispensable establecer ciertos criterios para la solución de conflictos, sin perder de vista que se trata de dos planos que -juntos, aunque corriendo en cuerdas separadas- conforman el íntegro de nuestro ordenamiento⁽⁶¹⁾.

Así, ante un conflicto entre dos normas de Derecho positivo, y tomando en cuenta que los postulados de Derecho natural proporcionan un juicio de valor de justicia, se debe buscar la interpretación acorde con el Derecho natural y preferir la norma que se encuentre en coherencia con el mismo. Esto, sobre todo cuando ha existido

(59) “(...) el derecho positivo, a causa de naturaleza de normación humano-arbitraria cuyos preceptos tienen que ser normas coactivas a falta de la evidencia de su justicia, y de la necesidad consiguiente de un órgano que realice el acto coactivo, tiene la tendencia inmanente a convertirse, de una ordenación coactiva en una ‘organización’ coactiva específica. Esa ordenación coactiva, especialmente al ser organización coactiva, es el Estado. Y así puede también decirse que el Estado es la forma perfecta del derecho positivo”. KELSEN, Hans. *La idea del derecho natural y otros ensayos*. Buenos Aires: Losada, 1946. p. 22.

(60) Una posible crítica a lo señalado giraría en torno al hecho de que los postulados del derecho natural no han sido los mismos a lo largo de la historia, sino que han ido variando conforme a los contextos de cada época (de un origen divino se pasó a postulados racionalistas), con lo cual también el Derecho natural podría llevarnos al relativismo. Sin embargo, esto resulta inexacto en tanto si bien los postulados del Derecho natural pueden variar en el tiempo, su permanencia gira en torno a corrientes de pensamiento que perduran años, y que se van formando con el quehacer diario de los individuos; siendo que no dependen de un mero período de gobierno o de ideas impuestas por el legislador del momento, perduran de generación tras generación en función al contexto histórico.

(61) La unidad del Derecho no implica simplemente una no contradicción entre las normas de Derecho positivo, sino también una coherencia entre estas y las normas de Derecho natural, para lo que resulta necesario establecer reglas o criterios de interpretación de la ley positiva, conforme a los parámetros de la ley natural. En esta línea, HERVADA señala que “Cuando se observa un posible contraste entre los términos de la ley positiva -o de un negocio jurídico- y el Derecho natural, la norma positiva -o en su caso el negocio jurídico- debe interpretarse de acuerdo con el Derecho natural, en los términos de la norma positiva. La reconducción de la ley positiva a la ley natural es resultado de la unidad del ordenamiento y de la prevalencia del Derecho natural; la limitación a los términos de la ley positiva es exigencia de la formalización”. Cabe resaltar que no estamos de acuerdo con Hervada en el extremo en que señala que “(...) el Derecho natural prevalece sobre el Derecho positivo”, en tanto -como se verá más adelante- ello implicaría desconocer una norma positiva que contravenga el Derecho natural no positivizado; lo que es inaceptable de cara al formalismo científico propio del Derecho. *Supra* nota 65. Cfr. HERVADA, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*. Op. cit.; pp. 208 y 209. También Bustamante señala que es imposible “(...) construir una teoría de los Derechos Humanos sobre la base de un positivismo jurídico que postule una neutralidad frente a los valores (es decir, sobre la base de cierta postura que entienda al orden jurídico positivo como un todo, sin referencia alguna a determinados valores o a criterios de moralidad)”, Cfr. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Positivismo jurídico y derechos humanos*. Op. cit.; p. 133. Al respecto, resulta importante precisar lo que Bobbio entiende por la teoría del ordenamiento jurídico la que constituye “(...) la contribución original del positivismo a la teoría general del derecho”, en: BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico*. Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Morra. Madrid: Debate, 1993, p. 201; citado por BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Positivismo jurídico y derechos humanos*. Op. cit.; p. 132, nota al pie 29. Así, algo puede ser considerado como ordenamiento jurídico, pero no ostentar la característica de sistema, “(...) entendiendo por ‘sistema’ una totalidad ordenada, o sea, un conjunto de entes, entre los cuales existe un cierto. Para poder hablar de orden es necesario que los entes constitutivos no estén tan solo en relación con el todo, sino que estén en relación

a lo largo de la historia un fenómeno de positivización de los postulados de Derecho natural que ha convertido a estos en exigibles en tanto normas de Derecho positivo, y que se ubican -en su mayoría- en la norma fundamental o Constitución Política de cada Estado. En otras palabras, frente a la contradicción entre dos normas positivas, deberá preferirse la que recoge los postulados de Derecho natural, o en términos positivistas, la que se encuentre en la norma fundamental de la que se derivan todas las demás normas del ordenamiento jurídico⁽⁶²⁾. En este primer nivel se encontrarán -sino todas- la mayoría de los conflictos existentes entre normas, ya que a lo largo de los años, el legislador se ha preocupado -sobre todo en Estados modernos liberales y a efectos de legitimar su existencia- de recoger en las constituciones todos los postulados de Derecho natural fundamentales, de modo que por lo general frente a un conflicto entre dos normas positivas, siempre deberá preferirse la que mejor se condiga con el Derecho natural, al ser este el que proporciona las pautas objetivas de lo que es justo. Es aquí donde cobran sentido, por ejemplo, los mecanismos de control constitucional de normas⁽⁶³⁾, o los principios o técnicas de solución de conflictos entre leyes positivas (la *preferred position*, el *balancing*, el principio de equilibrio o la ponderación entre bienes, los límites internos o el contenido propio de los derechos fundamentales, etcétera⁽⁶⁴⁾); estos últimos, sobre todo cuando se

trate de conflictos entre dos postulados del Derecho natural que hayan sido recogidos en dos normas positivas distintas, con lo cual, en estricto, se tratará de un conflicto entre dos normas de Derecho positivo. Como puede verse, la positivización de los postulados iusnaturalistas ha devenido en la aplicación de los mismos como normas positivas, lo que de ningún modo significa -como se ha señalado líneas previas- la pérdida de la esencia de estos, en tanto pertenecientes al ámbito del Derecho natural.

Ahora bien, distinta será la solución al conflicto entre una norma positiva y otra de Derecho natural no recogida por el legislador, en tanto en este supuesto dejar de aplicar la norma positiva generaría incertidumbre, desorden y caos al interior de un Estado, máxime cuando los postulados del Derecho natural son imperativos, pero no coactivos en un ordenamiento jurídico (su cumplimiento no es susceptible de imposición mediante coacción, y muchas veces no se encuentran interiorizados por igual en todos los individuos), razón por la cual en la historia se han positivizado sus postulados. Consideramos que en este caso (sumamente excepcional en tanto implica la existencia de un postulado de Derecho natural no positivizado, y esto es sumamente extraño en un Estado), deberá aplicarse la norma positiva en aras de la unidad y coherencia en el ordenamiento jurídico, primando la certeza y seguridad sobre el relativismo, al que conllevaría la búsqueda del Derecho justo⁽⁶⁵⁾. Ahora

de coherencia entre sí. Ahora bien, cuando se pregunta si un ordenamiento jurídico constituye un sistema, se pregunta si las normas que lo componen están en relación de coherencia entre sí, y en qué condiciones es posible esta relación", BOBBIO, Norberto. *Teoría general del Derecho*. Traducción de Eduardo Rozo Acuña. 4ta. Reimpresión. Madrid: Debate, 1996. p. 189. Continúa diciendo este autor: "Se dice que un ordenamiento jurídico constituye un sistema porque en él no pueden coexistir normas incompatibles. Aquí, 'sistema' equivale a validez del principio que excluye la incompatibilidad de las normas. Si en un ordenamiento existieran dos normas incompatibles, una de las dos, o ambas, deben ser eliminadas. Si esto es verdad, quiere decir que las normas de un ordenamiento tienen cierta relación entre sí, y que esta relación es una relación de compatibilidad, que implica la exclusión de la incompatibilidad." BOBBIO, Norberto. *Teoría general del Derecho*. *Op. cit.*; p. 195.

(62) KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. *Op. cit.*; pp. 203 y siguientes.

(63) En el Perú existe un mecanismo de control mixto: un sistema de control concentrado, ejercido por el Tribunal Constitucional; y un sistema de control difuso o inaplicación de una norma en el caso concreto, que puede ser ejercido por cada juez. QUIROGA LEÓN, Aníbal. *El Debido Proceso Legal en el Sistema Jurídico Peruano*. Lima: Jurista Editores, 2003. p. 86.

(64) Una revisión de dichas técnicas la encontramos en: BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Derechos fundamentales y proceso justo*. Lima: Ara. pp. 121 y siguientes.

(65) En esta línea, Bobbio señala que el derecho en tanto ciencia, requiere de un formalismo científico que otorgue seguridad, certeza y coherencia al ordenamiento jurídico. Así, señala "En cuanto a la consideración de la ciencia jurídica como ciencia formal, la tendencia a la formalización es propia de toda investigación que se presente como ciencia rigurosa, independientemente de la naturaleza de su objeto junto a los valores substanciales se encuentran los valores formales, tales como el orden, la permanencia y la coherencia. Estos valores presiden la experiencia jurídica y la caracterizan, y prescindir de ellos significa privarse de los principales puntos de apoyo para la comprensión del fenómeno jurídico. El formalismo sigue al Derecho como la sombra sigue al cuerpo; intentar eliminarlo sería lo mismo que intentar hacerlo con la sombra a costa del propio cuerpo", lo que no significa de modo alguno olvidar el parámetro de

bien, esto no significa que la existencia de una norma positiva catalogada de injusta en función a parámetros de Derecho natural deba seguir siendo aplicada en el ordenamiento jurídico. Justamente aquí se evidenciará la función que el Derecho natural cumple como juicio de valor, en tanto su misión será la prescripción de la derogación o reformulación de la misma según criterios de justicia, lo que en un Estado Social y Democrático de Derecho será imprescindible, en tanto su legitimidad radica en la protección de ciertos derechos fundamentales que constituyen postulados del Derecho natural⁽⁶⁶⁾. Sin embargo, antes de propugnar cualquier reforma modificatoria del ordenamiento vigente, deberá analizarse si ese nuevo postulado de Derecho natural, al que contraviene la norma positiva y que no se encuentra reconocido como ley positiva vigente, contradice lo que señalado en la Constitución Política, en tanto de ser este el caso, no deberá propugnarse reforma legislativa alguna, debido a la misma razón que

sustenta la aplicación de la norma positiva contradictoria, es decir, la unidad y coherencia en el ordenamiento jurídico. En tal sentido, todo análisis para la solución de conflictos entre normas debe pasar por un tamiz constitucional, en tanto esta constituye la norma suprema e inspiradora que recoge los principios de Derecho natural en un Estado⁽⁶⁷⁾.

Por otro lado, no cabe duda después de lo expuesto, la solución a seguirse en el caso de lagunas o materias no previstas en el ordenamiento positivo. Estos supuestos serán resueltos en aplicación de los postulados del Derecho natural, de modo que: “las leyes naturales son obligatorias cuando callan las leyes positivas”⁽⁶⁹⁾; máxime cuando -como lo hemos señalado anteriormente- tanto la ley natural, cuanto la ley positiva cumplen una función distinta en torno a la unidad de determinado ordenamiento jurídico.

Esta unidad y coherencia en el ordenamiento jurídico a la que se hace alusión implica la

justicia que proporciona el Derecho natural para la interpretación de las normas. BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Op. cit.; p. 34.

- (66) Al respecto, Ferrajoli señala que la gran característica del estado de Derecho es la incorporación de límites al legislador, los que se constituyen gracias a la incorporación de los derechos naturales en leyes positivas. Así: “La gran innovación institucional de la que nació el estado de derecho fue sin embargo la positivización y constitucionalización de estos derechos a través de lo que (...) he llamado ‘incorporación limitativa’ al ordenamiento jurídico de los deberes correspondientes impuestos al ejercicio de los poderes públicos. Es con la estipulación constitucional de tales derechos públicos cuando los derechos naturales pasan a ser derechos positivos inviolables y cambia así la estructura del estado, a partir de ahora ya no absoluto, sino limitado y condicionado”. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Traducido por Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel y otros. Madrid: Trotta, 1995. pp. 859 y 860.
- (67) Al respecto, Kelsen señala: “Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de ese orden”, en: KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Op. cit.; pp. 191 y 192. Asimismo, Bidart establece que “(...) la constitución es la normación primera y última de la cual deriva y en la cual se sostiene el orden jurídico como estructura jerárquicamente escalonada (*stufenbau*). Ello implica diversas consecuencias: a) la constitución es la fuente primaria de validez positiva del orden jurídico; b) la constitución habilita la creación sucesiva y descendente de ese mismo orden en cuanto a la forma y en cuanto al contenido del sistema normativo; c) la constitución obliga a que el orden jurídico sea congruente y compatible con ella; d) la constitución descalifica e invalida cualquier infracción a ella. Resumiendo: el orden jurídico “debe estar” de acuerdo con la constitución y no debe transgredirlo. Si la ruptura de ese ligamen de subordinación se produce, la violación implica una anticonstitucionalidad o inconstitucionalidad”. BIDART CAMPOS, German. *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 1987. pp. 37 y 38. En la misma línea, Hesse describe una serie de principios de cara a un interpretación tópica de la Constitución, como los de: unidad de la Constitución (la Constitución no debe ser interpretada de modo aislado), concordancia práctica (ante un conflicto entre los bienes jurídicos constitucionales, estos deben ser coordinados de forma tal que en la solución del problema conserven su entidad), corrección funcional (la interpretación no puede modificar el modo y las funciones establecidas por la Constitución), eficacia integradora (promover y mantener la unidad política de la Constitución), fuerza normativa de la Constitución (dar preferencia en la solución de los problemas jurídico-constitucionales a aquellos que ayuden a las normas constitucionales a obtener la máxima eficacia), ver: HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. pp. 48-51.
- (69) Señalado por Bobbio, al interpretar el Leviatán de Hobbes. Así, Bobbio continúa diciendo: “Es indudable para Hobbes que en las materias no previstas en el ordenamiento positivo el juez ha de recurrir para la solución del caso a la ley natural”. BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Traducido por Manuel Escrivá de Romaní. 2da. edición en español. México: Fondo de Cultura Económica, 1992. p.116.

predictibilidad que ostenten las resoluciones judiciales, lo que gira en torno a la elaboración e interpretación que los aplicadores del Derecho (jueces) hagan de las normas positivas vigentes y de los postulados del Derecho natural. En esta línea, consideramos que la idea de justicia que trae consigo el Derecho natural positivizado -y que sirve de parámetro para la interpretación de las normas- genera predictibilidad respecto de las resoluciones judiciales, a efectos de que el ciudadano conozca que toda interpretación de las normas debe hacerse en función a parámetros iusnaturalistas recogidos en la Constitución en forma de derechos fundamentales, que recortan las reacciones subjetivas que pueda tener el juez, quien -como lo hemos descrito antes- cuenta con criterios o normas objetivas para la resolución de conflictos⁽⁷⁰⁾.

Consideramos que lo hasta aquí afirmado en torno a la relación entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico, será de aplicación para cualquier contenido que se quiera dar a los postulados de justicia (Derecho natural), en tanto el esquema y las relaciones existentes entre los postulados del Derecho natural y el positivismo jurídico resultan invariables de cara a una unidad en el ordenamiento jurídico. Hasta el momento,

hemos evitado dar una definición propia de lo que entendemos por Derecho natural y de los postulados de justicia que se derivan del mismo, lo que desarrollaremos a profundidad en una posterior investigación; debido a que se trata de un tema que amerita una investigación exclusiva por su complejidad. No obstante, y con el riesgo de no ser exhaustivos, esbozaremos un referente concreto del contenido del Derecho natural que se encuentre acorde con un Estado Social y Democrático de Derecho como el nuestro. En tal sentido, consideramos a efectos del presente trabajo, como primer y único Derecho natural que permita al hombre vivir en sociedad, el de la supervivencia, situación que le es innata y de la que se derivan una serie de postulados que coadyuvan a que la misma se de en los mejores términos (al hombre no solo le es innata la supervivencia, sino la misma cada vez en mejores términos), y que a lo largo de la historia han sido denominados derechos naturales (verbigracia derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la propiedad, al honor, a la libertad de información, a la salud, etcétera)⁽⁷¹⁾; término a nuestro parecer confuso e incorrecto, debido a que da a entender la existencia de varios derechos naturales⁽⁷²⁾. Esto último resulta imposible en tanto si estos derechos

(70) Para la conexión entre el derecho positivo y la idea de justicia, véase: ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Traducido por Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Eudeba, 1963. pp. 272 y siguientes.

(71) Una definición de derechos naturales, y su distinción con los derechos civiles, la encontramos en Thomas Paine: "Derechos naturales son aquellos que corresponden al hombre por el mero hecho de existir. De esta índole son los derechos intelectuales o derechos de la mente, y también aquellos derechos de actuar, en cuanto individuo, para su propia comodidad y felicidad, siempre que no lesione los derechos naturales de los otros. Son derechos civiles aquellos que corresponden al hombre por el hecho de ser miembro de la sociedad. Todo derecho civil tiene por base algún derecho natural preexistente en el individuo, pero cuyo disfrute personal no está suficientemente asegurado en todos los casos. De esta índole son los que se relacionan con la seguridad y protección". PAINE, Thomas. *Los derechos del hombre*. Traducido por José Antonio Fernández de Castro y Tomás Muñoz Molina. 2da. edición. México: Fondo de Cultura Económica, 1986. p. 61; también citado por HERNANDO NIETO, Eduardo. *¿Existen los derechos naturales?* En: *Derecho Puc*. Número 49. Lima: diciembre 1995. p. 332. Paine establece tres conclusiones respecto al cambio sufrido por el hombre al convertirse de un individuo natural, en un miembro de la sociedad; así: "1. Que todo derecho civil surge de un derecho natural, o, en otras palabras es un derecho natural cambiado. 2. Que el poder civil, considerado propiamente, se compone del conjunto de aquella clase de derechos naturales del hombre, que son defectuosos en el individuo por falta de poder y no responden a su finalidad, pero, al ser reunidos en un foco, resultan eficaces para las finalidades de cada uno. 3. Que el poder resultante del conjunto de derechos naturales, imperfectos en el individuo por falta de poder, no puede ser aplicado para invadir los derechos naturales retenidos por cada hombre, en los cuales el poder de ejecutar es tan perfecto como el propio derecho". PAINE, Thomas. *Los derechos del hombre*. *Op. cit.*; p. 62.

(72) Respecto al concepto de Derechos Humanos, existen distintas palabras que expresan su contenido, pero que deben diferenciarse en tanto poseen un matiz histórico, ideológico y filosófico distinto. El término "derechos naturales" proviene del iusnaturalismo racionalista de Locke, y supone la existencia de derechos previos al poder y al Derecho positivo, se descubren por la razón en la naturaleza humana, se imponen a todas las normas del Derecho creado por el Soberano y constituyen un límite a la acción del mismo; ha sido dejado de lado por los iusnaturalistas contemporáneos. El término "derechos públicos subjetivos" fue creado en el seno de la escuela del Derecho público alemán en el siglo XIX como especificación del concepto más genérico de Derecho subjetivo, constituye la versión positivista de los derechos naturales, aunque ha sido dejado de lado debido a que abarca los derechos propios del Estado social hoy

fueran propios a la naturaleza del hombre, no podría existir contradicción entre los mismos, ni preferencia o renuncia de uno en menoscabo del otro (no podrían ocurrir supuestos en los que exista un conflicto entre el derecho al honor y a la libertad de información), lo cual no se constata en un plano fáctico o real. En tal sentido, afirmar la existencia de más de un Derecho natural (varios derechos naturales) nos llevaría inevitablemente a preguntarnos cuál de ellos debe primar, lo que a nuestro parecer es imposible de resolver; así, para Hernando Nieto⁽⁷³⁾ el pretender presentar un listado de derechos esenciales siempre sería un acto arbitrario que colocaría derechos que no son compartidos por todos o dejaría en el tintero derechos reclamados por muchos⁽⁷³⁾. En la misma línea, este autor señala que “(...) tanto Hobbes como Locke fueron lo suficientemente sabios como para no hablar de derechos naturales en plural, es decir, como para evitar hacer referencia a una pluralidad de derechos que ineludiblemente tendrían que provocar colisiones entre ellos mismos. Para salvar este peligroso obstáculo, el modelo de los derechos naturales tenía entonces que sustentarse necesariamente en un único derecho, del cual debían desprenderse los demás en una suerte de orden jerárquico (sistema)⁽⁷⁴⁾. Ahora bien, esto no significa que no creamos en la existencia de un grupo de derechos fundamentales, constituidos por los postulados

iusnaturalistas necesarios para la preservación de la vida del hombre en sociedad, entendiendo por derechos fundamentales un concepto integrador de todos los derechos reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico⁽⁷⁵⁾.

De esta manera, en tanto consideramos la supervivencia del hombre (instinto de conservación natural inherente al hombre) como el único Derecho natural a efectos de la conformación de una sociedad civil y un posterior contrato social, lo justo o injusto como criterios de valor estarán determinados en función a lo bueno o malo para el mismo. En resumen, puede decirse que el Derecho natural es la fuente de la que se deriva la idea del contrato social, en tanto la supervivencia del hombre conlleva a su necesaria convivencia en sociedad.

No consideramos válidas en este extremo las críticas formuladas por Kelsen, quien respecto al instinto de conservación del hombre sustentado por Tomás de Aquino, señalaba que “(...) es un hecho innegable que este instinto no prevalece siempre en todas las circunstancias, pues así lo prueban las estadísticas del suicidio. Hay situaciones en las cuales un hombre prefiere poner fin a su vida, antes que continuarla en circunstancias que él estima insoportables. E, incluso, el hecho de un suicidio en masa ha sido observado en algunas sociedades. Como el suicidio existe realmente, este hecho es tan natural como cualquier otro hecho existente⁽⁷⁶⁾. Esta

vigente. El término “libertades públicas” es una dimensión positivista de origen francés, con cierto matiz iusnaturalista producto de la revolución de 1789, aunque con un campo de expansión mayor que el término anterior; sin embargo, también excluyen otros derechos propios del estado moderno, como los de participación seguridad social, salud, educación, etcétera, por lo que tampoco resulta un término adecuado actualmente. El término “derechos morales” se originó en la cultura anglosajona y supone la existencia de derechos previos al Estado, lo que implica una postura iusnaturalista. Otro término es el de “derechos fundamentales” utilizado hoy en día con la finalidad de abarcar el íntegro de los derechos, y que se despoja de cualquier connotación positivista o iusnaturalista en sí, lo que lo convierte a nuestro parecer en un término más neutro que los anteriores. Consideramos este último el término más adecuado para denominar a los postulados iusnaturalistas a los que se hacen alusión en el presente trabajo, que se derivan del derecho natural para la vida del hombre en sociedad, como es la supervivencia. Ver: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría general*. Volumen I. Madrid: Eudema, 1991. pp. 19 y siguientes.

(73) HERNANDO NIETO, Eduardo. *¿Existen los derechos naturales?* Op. cit.; p. 341.

(74) *Ibid.*; p. 335.

(75) Respecto a la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos, Pérez Luño señala que “En los usos lingüísticos jurídicos, políticos e incluso comunes de nuestro tiempo, el término ‘derechos humanos’ aparece como un concepto de contornos más amplios e imprecisos que la noción de los ‘derechos fundamentales’. Los ‘derechos humanos’ suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de los ‘derechos fundamentales’ se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada”. PÉREZ LUÑO, Antonio. *Los derechos fundamentales*. 4ta. Edición. Madrid: Tecnos, 1991. p. 46.

(76) KELSEN, Hans. *Positivismo Jurídico y doctrina del derecho natural*. Op. cit.; p. 11.

crítica resulta efectista, en tanto busca asimilar circunstancias particulares ocurridas en ciertos individuos, a la naturaleza inherente al ser humano; máxime cuando lo “natural” en el hombre es buscar sobrevivir cada vez en mejores condiciones, y no destruir su propia existencia.

4. Toma de posición: fundamento de la propiedad privada

En conclusión, consideramos imperioso que un Estado cuente con un nivel de formalismo científico que otorgue seguridad, certeza y coherencia a su ordenamiento jurídico; lo que implica la creación de un sistema de normas que no solo obliguen en el ámbito interno del individuo, es decir, que se encuentren únicamente dirigidas a los ciudadanos como ocurre en el iusnaturalismo; sino que obliguen al individuo en el ámbito interno y externo, es decir, dirigiéndose a él y al aplicador del Derecho que tenga en sus manos velar por el cumplimiento coactivo -delegado por el Estado- de dichas normas: no se tratará entonces de meras normas imperativas, sino de normas coactivas impuestas por un Estado que otorga y tutela derechos.

Ahora bien, la opción por un positivismo en cuanto método de aproximación al Derecho, y el correspondiente formalismo científico que este trae consigo, no significa que hagamos caso omiso a la necesidad de un Derecho natural que sirva como parámetro de justicia, a efectos de la interpretación y creación de normas jurídicas. En tal sentido, consideramos que la norma positiva no es justa por el solo hecho de ser válida o vigente en el ordenamiento, en tanto debe tomarse en cuenta que el formalismo científico y el positivismo como ideología radical no son conceptos análogos, sinónimos o similares; siendo que el calificativo de justo o injusto se encuentra en función del Derecho natural que consideremos vigente. La necesidad de tomar en cuenta un parámetro de

Derecho natural radica en la arbitrariedad a la que se encuentra expuesto todo Estado en el que las normas positivas sean creaciones voluntarias del legislador, quien no siempre actúa en referencia a un parámetro de justicia, sino que muchas veces se deja llevar por intereses personales que ciegan la razón de ser de una determinada norma. En otras palabras, tanto el Derecho positivo como mecanismo de aproximación, cuanto el Derecho natural como parámetro de justicia, resultan indispensables para la consecución de un Estado garantista como el que ostenta nuestra Constitución Política, y constituyen dos planos en torno a la unidad de nuestro ordenamiento jurídico: mientras la norma positiva establece lo que es y las pautas o reglas de conducta que rigen las relaciones entre los hombres (formalismo científico), el Derecho natural proporciona un parámetro de valoración de normas, y propugna la modificación o derogación de *lege ferenda* de las que se consideren injustas conforme a dicho parámetro.

Lamentablemente, muchas veces nuestros legisladores olvidan la existencia de los dos planos a los que se hace alusión en la presente investigación, y dejan de lado al Derecho natural como parámetro de justicia, quedándose en un mero formalismo jurídico que solo trae como resultado una serie de normas contradictorias, con supuestos de hecho lejanos a lo que acontece en la realidad (tecnocracia). Ejemplo de ello constituye el artículo 192, numeral 1 del Código Penal (apropiación irregular)⁽⁷⁷⁾, que reprime con una pena privativa de libertad no mayor de dos años o con limitación de días libres de diez a veinte jornadas, a quien se apropia de un bien que se encuentre perdido sin observar lo dispuesto al respecto en el Código Civil, el mismo que establece la obligación para quien se encuentre un bien perdido de entregarlo a la autoridad municipal correspondiente, a efectos de que esta comunique el hallazgo mediante anuncio público⁽⁷⁸⁾; esta

(77) Artículo 192 del Código Penal vigente. Apropiación irregular.

“Será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con limitación de días libres de diez a veinte jornadas, quien realiza cualquiera de las acciones siguientes:

1. Se apropia de un bien que encuentra perdido o de un tesoro, o de la parte del tesoro correspondiente al propietario del suelo, sin observar las normas del Código Civil (...).”

(78) Artículo 932 del Código Civil vigente. Hallazgo de objetos perdidos.

“Quien halle un objeto perdido está obligado a entregarlo a la autoridad municipal, la cual comunicará el hallazgo mediante anuncio público. Si transcurren tres meses y nadie lo reclama, se venderá en pública subasta y el producto se distribuirá por mitades entre la Municipalidad y quien lo encontró, previa deducción de los gastos”.

disposición resulta absurda y completamente distante de lo que ocurre en la realidad: quien encuentra un bien perdido se lo apropia.

La referencia constante a los postulados del Derecho natural a la que se encuentra obligado nuestro legislador se sustenta en tanto consideramos al Estado como el encargado de la tutela del Derecho natural que permite al hombre vivir en sociedad, como es el de la supervivencia. A nuestro parecer, el deseo de supervivencia es innato al hombre y lo empuja a buscar vivir cada vez en mejores condiciones, razón por la cual se ha visto en la necesidad del establecimiento de un pacto que constituya la sociedad civil, y que le permita la creación de determinadas reglas de conducta que recojan los postulados de Derecho natural que hacen posible su supervivencia; máxime cuando la misma conlleva a su necesaria convivencia en sociedad. Al respecto, es necesario tener en cuenta

que los postulados derivados del Derecho natural a la supervivencia no necesariamente se encuentran recogidos en normas positivas, por lo que no deben confundirse con los derechos fundamentales; así, si bien existe una tendencia a positivizar los mismos a efectos de que sirvan como límites para la actuación del Estado, no podemos equiparar “postulados del Derecho natural” y “derechos fundamentales”, siendo que los primeros se constituirán en derechos vigentes, una vez que sean recogidos en una norma positiva (con la salvedad ya señalada de que ello no significa que los postulados que sean recogidos en normas pierdan su esencia y dejen de ser postulados de Derecho natural, para ser solo Derecho positivo, puesto que incluso derogadas las normas, estos no dejarían de tener vigencia en tanto parámetros de justicia; propugnando su reincorporación en el ordenamiento jurídico). ¹⁵

VILLAVICENCIO, CALDERON & ASOCIADOS ABOGADOS

PORTA 107, OFICINA 801, MIRAFLORES
LIMA 18, PERU

Teléfonos: (511) 241-9260
(511) 241-9317
Telefax (511) 446-8913

email@villavicencioabogados.com
www.villavicencioabogados.com