

Hacia la aplicación iusnaturalista del derecho positivo y la positivización de los derechos naturales. Buscando la reconciliación de las teorías

Towards the natural law application of positive law
and the positivization of natural rights. Seeking reconciliation
of theories

Gustavo DE SILVA GUTIÉRREZ*

RESUMEN: Tradicionalmente se han observado al iusnaturalismo y al derecho positivo como corrientes de difícil convergencia, al sustentar teorías conceptuales diversas e incluso irreconciliables, pues mientras el derecho natural sostiene la exigencia de justicia como parámetro de validez y por lo tanto, las normas injustas no son parte del derecho, el derecho positivo admite que el contenido de la norma (aunque no parezca justa) no es condición *sine qua non* para conformar derecho. En el presente trabajo se realiza una propuesta que acerca ambas teorías, estableciendo al iusnaturalismo como fuente de derecho y parámetro de validez normativa del iuspositivismo, en la medida en que, en el segundo supuesto, los conceptos de justicia puedan emanar de la parte axiológica del sistema.

* Socio Director de De Silva Consultores y Abogados, S.C. Licenciado y Maestro en Derecho por la UNAM; especialista en Constitucional y Ciencia Política por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid; especialista en Derechos Humanos por la Complutense de Madrid. Ha impartido clases a nivel licenciatura o posgrado en la UNAM, el ITAM, la UP, la ELD, la UIA, la Anáhuac, el CIDE, la UVM, la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, FLACSO, el INPD, el CEDP, el INESDP, la AJC, la JLCADF y la BMA, entre otras. Contacto: <tdesilva@desica.com.mx>. Fecha de recepción: 28/11/2018. Fecha de aprobación: 15/01/2019.

PALABRAS CLAVE: Derecho natural; derecho positivo; validez normativa; valores jurídicos; filosofía jurídica.

ABSTRACT: Usually have been observed to iusnaturalism and iuspositivism like concepts of difficult convergence, by holding different and irreconcilable conceptual theories, for while iusnaturalism sustains the demand for justice as a parameter of validity and therefore, unfair rules are not part of the law, the iuspositivism admits that the content of the norm (even if it does not seem fair) is not a sine qua non condition for forming the right. In the present work a proposal is made that approaches both theories, establishing to iusnaturalism as a source of law and parameter of normative validity of iuspositivism, insofar as, in the second case, the concepts of justice can emanate from the axiological part of the system.

KEYWORDS: Iusnaturalism; iuspositivism; normative validity; legal axiology; legal philosophy.

I. INTRODUCCIÓN

Se ha sostenido la divergencia entre las corrientes iusnaturalistas y el positivismo jurídico, no sólo como formas diversas de entender el derecho, sino en cuanto a lo que conforma el derecho. Sin embargo, debemos admitir que el derecho es uno y debe ser adecuadamente observado y aplicado por los operadores jurídicos a efecto de que pueda cumplir adecuadamente la finalidad inherente al mismo.

En estas líneas hacemos una aproximación al surgimiento del derecho y a la evolución del mismo, observando la influencia que las corrientes iusnaturalistas y positivistas han tenido en el devenir jurídico. Realizamos una breve descripción de dichas corrientes filosófico-jurídicas con la finalidad de poder concluir los motivos por los que se consideran en muchas ocasiones contrapuestas, para estar en posibilidad de ofrecer un punto de equilibrio entre las mismas que permita otorgar seguridad jurídica a los justiciables.

II. EN LOS ALBORES DEL DERECHO

El derecho tiene la finalidad de regular la conducta de las personas en sociedad; es co-substancial a la idea de comunidad y producto de la principal diferencia entre el ser humano y el resto de los seres vivos: la razón; por lo que desde el comienzo, éste requirió de algo más que un simple acompañamiento de sus semejantes; requirió del derecho.

Concomitante a la persona y a su relación con los demás, el derecho se desarrolló de hecho y en cada forma social encontraremos los rudimentos del derecho;¹ evolucionando mediante la guía

¹ Cfr. DEL VECCHIO, Giorgio, *Filosofía del Derecho*, rev. Luis Legaz y Lacambra, 9ª ed., Barcelona, Bosch, 1980, pp. 465.

exclusiva de la conciencia humana buscando la solución justa, por lo que no era dable admitir como derecho aquel producto que derivado de la razón proveyera injusticia; es decir, el derecho debía ser justo.

Sin embargo, no debemos soslayar que los criterios de justicia necesariamente serán variables en cada caso, y aunque productos todos de la razón, podrán incluso en el mismo caso derivar en soluciones diversas y posiblemente contrapuestas, dado que al aplicar el concepto de justicia, en éste se encerrará el criterio subjetivo de quien la pronuncie.

En cualquier caso, siempre podremos apelar al consenso y razón universales y de esta forma podremos advertir la validez o invalidez de la norma contenida en el derecho natural haciéndola pasar mediante la propia conciencia por los parámetros de la justicia; aunque ésta, en términos absolutos, desborda muy ampliamente al derecho, ya que podría comprender toda la moral.²

Es así como la subjetividad generada a partir del derecho natural dio paso a la implementación de reglas claras para la convivencia, por lo que se recurrió a la predeterminación de éstas. Se ha creado la norma puesta.

En su génesis, el derecho derivó de la conciencia racional a la costumbre, al precedente, e incluso a la determinación positiva de la norma, para que toda conducta que encuadrara en ella se guiara por los linderos preestablecidos en la misma. El derecho debe surgir y encontrarse en una recíproca relación con la conducta y la costumbre, pues en parte deberá surgir de ella, y en parte deberá anticiparse a ésta para guiarla.

Por otro lado, cualquier orden social supone la forma del derecho, por lo que toda comunidad humana tiene, por definición,

² Cfr. VILLEY, Michel, *Compendio de Filosofía del Derecho*, trad. Diorki y rev.-trad. Jesús Valdés y Menéndez Valdés, Pamplona, Universidad de Navarra, 1979, p. 75.

un derecho propio que es positivo en cuanto afirmado y actuado como expresión y efecto de la fuerza social preponderante.³

Las sociedades han avanzado a la norma puesta y el hombre se ha organizado mediante complejas estructuras que desde sus orígenes requirieron la presencia del Estado. Ahora el derecho surge y pende de éste, por lo que no hay justicia donde no hay ley, y no hay ley donde no hay una voluntad superior que la impone.⁴ La validez de la norma ha escapado a conceptos particulares de justicia, generándose un nuevo eslabón en el concepto, referido a la justicia que emana de la propia norma jurídica por y en sí.

Lo indicado nos puede ubicar en la máxima socrática mediante la cual, lo que es legal será justo y por ende, obrará justamente quien obedece las normas jurídicas del Estado, y quien las desobedece actuará injustamente;⁵ pero también nos enfrenta al concepto hegeliano por la cual se llega a sostener que la posibilidad de opresión y tiranía puedan ser elementos del derecho positivo, por lo que en ese caso serían contingentes a él y no afectarían su naturaleza;⁶ abriendo la posibilidad de actualizar la teoría marxista, según la cual, el derecho puede ser un instrumento de manipulación de las clases oprimidas por los sectores que detentan el poder.⁷ Lo que ha ocurrido en no pocas ocasiones en el desarrollo de dictaduras y estados totalitarios.

³ Cfr. DEL VECCHIO, *op. cit.*, p. 521.

⁴ Cfr. HOBBS, citado por TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, t. 2, Del Renacimiento a Kant, 4ª ed., Alianza, Madrid, 2007, p. 221.

⁵ Sócrates citado por Jenofonte. Citó: FASSÓ, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, t. 1. Antigüedad y Edad Media, trad. José F. Lorca Navarrete. 3ª ed., Madrid, Pirámide, 1982, p. 43.

⁶ Cfr. HEGEL, Guillermo Federico, *Filosofía del Derecho*, 2ª ed., trad. Angélica Mendoza de Montero, México, Ed. Casa Juan Pablos. 2004, p. 39.

⁷ Cfr. CERÓN GRAJALES, Russell y LEAL SÁNEZ, Juan Enrique, *Poder Político y Derecho en la Teoría Marxista* MACÍAS VÁZQUEZ, SALGADO, María del Carmen y CIENFUEGOS, David (coord.), *Un enfoque crítico-estructuralista*.

Sin embargo, el uso inadecuado del derecho no puede ni debe condicionarnos en la comprensión de su concepto y naturaleza; aunque desde luego que no debemos admitir la opresión como finalidad del derecho, sino el orden y la convivencia adecuada entre las personas, permitiendo con ello condiciones de desarrollo y bienestar. Pero en cualquier caso, el contenido de la norma será conformante del derecho.

Así pues y a diferencia de la norma en el derecho natural, en el iuspositivismo la validez es definitiva para su reconocimiento, y ésta atenderá a parámetros internos propios de la forma de su creación, mientras que los posibles juicios éticos sobre la misma serán a estos efectos, algo externo. La norma jurídicamente válida no se confundirá con el valor externo de su justificación ética.⁸

La existencia de la norma positiva deberá encontrarse regida por la razón en aras de la justicia, pero esta correspondencia también podrá faltar, por lo que se deberá experimentar la inagotable conciencia propia de la naturaleza humana, entrando en marcha el dinamismo característico del derecho mediante su constante renovación y superación.⁹

Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Estudios de derecho público y política., Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, UNAM, 2016. pp. 70 y 71. Véase también Cfr. CÁRDENAS GARCÍA, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, IJ-UNAM, 2007, p. 106.

⁸ Cfr. DÍAZ, Elías. *Curso de Filosofía del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 30.

⁹ Cfr. DE SILVA, Gustavo, “La Norma Válida. Análisis sobre la validez de las normas jurídicas”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. LIX, núm. 22, julio-diciembre de 2009, pp. 117-120.

III. IUSNATURALISMO Y DERECHO POSITIVO. DOS VISIONES DEL DERECHO

A) CONCEPCIÓN BÁSICA DEL IUSNATURALISMO

El concepto que se tenga del derecho estará influenciado por la corriente que se sostenga en relación al mismo. De esta forma, quienes comparten las teorías del iusnaturalismo sostienen entre otras premisas, que el derecho necesariamente debe ser justo, e incluso bueno; de forma tal que aquello que no prevea justicia, no debe ser considerado derecho.

El iusnaturalismo o derecho natural, defiende la idea relativa a que aún en el supuesto de normas jurídicas puestas o positivadas, debidamente integradas al ordenamiento jurídico, si éstas no son justas, deben ser desconocidas. El desconocimiento de la norma tendrá matices que irán desde su no aplicación, hasta el concepto de no pertenencia de las mismas al concepto de derecho.

El derecho natural tiene un marcado origen en las teorías cristianas elaboradas en la edad media,¹⁰ dando paso a lo que en algunos casos se conoce como iusnaturalismo teológico, conforme al cual, se considera al derecho como un conjunto de normas puestas por Dios en el corazón del ser humano y por lo tanto, éste las conoce y debe guiarse por ellas.

De esta forma, las normas pueden estar o no estar positivadas, pero esto no es relevante, pues aún y cuando no estén escritas en un papel, están selladas en el corazón y la razón de las personas.

Así, todo lo que proviene de Dios es bueno, o mejor dicho, todo ente (cosa o idea) es bueno porque proviene de Dios; por lo que, lo bueno proviene de Dios y sólo por provenir de Él, es bueno. Si las normas jurídicas que conforman el iusnaturalismo provienen de Dios, necesariamente deben procurar la bondad, y

¹⁰ Cfr. FUENTES LÓPEZ, Carlos, *El racionalismo jurídico*, México, IIIJ-UNAM, 2003, pp. 30-33.

al ser el derecho un instrumento de la justicia humana, no podrá considerarse como parte integrante del derecho una norma jurídica que no provea justicia y en esta medida, refleje la bondad.

El origen divino del derecho natural genera un mayor apuntalamiento al poder del soberano, pues los reyes son gobernantes en el nombre y por la gracias de Dios, y es el iusnaturalismo la base de las normas dictadas por el monarca.

Algunas corrientes filosóficas que continuaron desarrollando el análisis del iusnaturalismo, evolucionaron con un enfoque que permitió el sostenimiento del mismo alejado de todo concepto divino, aunque con bases similares a las existentes, dando paso al denominado iusnaturalismo racionalista.¹¹

Estas corrientes sostienen que los derechos naturales no son puestos por Dios en el corazón del hombre, sino que son parte de la propia conciencia humana sostenida en exclusiva por la razón. Es decir, son normas tan evidentes, que en cualquier caso, son asequibles a la razón humana.

Los iusnaturalistas racionalistas sostienen que toda norma correctamente construida, incluidas desde luego las positivas, tienen bases en la razón, por lo que la norma que es defectuosa en su racionalidad, es sólo norma jurídica en sentido diluido.¹²

Las normas desde luego deben ser justas¹³ y el concepto de justicia es un elemento humano accesible a toda forma de razona-

¹¹ Pensadores como Grocio, Pufendorf o Kant, hace a un lado los recursos teológicos dando primacía a la dignidad humana desde bases secularizadas. Cfr. CARPINTERO BENÍTEZ, FRANCISCO, *Historia del Derecho Natural. Un Ensayo*, México, IJ-UNAM, 1999. p. 11.

¹² Cfr. FINNIS, John, "Ley natural y derechos naturales", citado por VIGO, Rodolfo, *Consideraciones sobre la visión de John Finnis acerca de la tesis "La ley injusta no es ley"*. Ley, moral y razón. Estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis a propósito de la segunda edición de ley natural y derechos naturales. México, IJ-UNAM, 2013, p. 121.

¹³ El derecho tiene una función social que no puede observarse desligada de la comprensión de justicia. Cfr. ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal, *Análisis del*

miento, por lo que el núcleo de lo que constituye el derecho natural, es que sus principios y proposiciones son racionales no sólo desde la lógica, sino también en el sentido de que son verdaderas y por lo tanto adecuadas a las conductas de la ordenación del bien humano.¹⁴

En ese contexto, conforme el iusnaturalismo, sus normas jurídicas no deben ser cuestionables en cuanto a su existencia y su conformación del derecho es nítida, pues la justicia es observable por todo ser humano; son normas universales.

El derecho puede evolucionar a las normas impuestas por el soberano o un parlamento y reconocidas por los súbditos, pero no existirá un lugar apropiado para el positivismo fuera del derecho natural, que permitirá depurar el sistema bajo la premisa de que la ley injusta no es derecho, por lo que carece de validez jurídica y puede negarse su obligatoriedad.¹⁵

El derecho natural continúa siendo un referente obligado de las normas de derecho positivo, bajo el cual, las normas deberán ser obedecidas, si y sólo si, logran traspasar el tamiz que supone el iusnaturalismo. Con el tiempo y la intención de atemperar dicha rigidez, se considera que las normas positivas pueden ser moldeadas o adecuadas por el juez u operador jurídico al momento de su aplicación, si con ello se logra eliminar de éstas el rastro normativo no generador de justicia.

Bases comunes al derecho natural sustentaron el derecho de gentes o *ius gentium*, en virtud de que con la exploración de aventureros en tierras extrañas aumentó la interrelación de personas con costumbres y sostenimientos filosóficos diversos, lo que llevó

Derecho Justo, México, IJ-UNAM, 2005, p. 156.

¹⁴ Cfr. MASSINI CORREAS, Carlos I, *sobre razón práctica y naturaleza en el iusnaturalismo. Algunas precisiones a partir de las ideas de John Finnis. ob. cit. Ley, moral y razón. Estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis a propósito de la segunda edición de ley natural y derechos naturales*, p. 22.

¹⁵ Cfr. SALDAÑA SERRANO, Javier y MASSINI CORREAS, Caros I., *Estudios de Teoría del Derecho Natural*. México, IJ-UNAM, 2017, pp. 7-14.

a enfrentamientos de realidades culturales y civilizaciones diferentes y con ellas, normas desconocidas para unas y otras partes. Comenzó pues a sostenerse la idea de la existencia de normas comunes a todas las personas, que debían ser respetadas por todos, independientemente del lugar en que se estuviera o las costumbres adoptadas por los pobladores de la zona o región.

El *ius gentium* es antecedente inmediato del derecho internacional,¹⁶ aunque en su origen tuvo fuerte interrelación con el iusnaturalismo, pues las normas integrantes del derecho, bien fueran de origen divino o tan asequibles a la razón que no podían desconocerse, eran normas de derecho natural; pero de igual forma, comenzaron a formar un derecho universal que debía ser respetado por todos, más allá de las civilizaciones o costumbres del lugar, por lo que en ocasiones llegó a considerarse el derecho de gentes como parte del derecho natural,¹⁷ al considerar que mediante el *ius gentium* se permitía imperar en todas las naciones, la razón y el derecho naturales.¹⁸

Conforme fueron desarrollándose los estados y se fue afirmando la soberanía de cada uno de estos, el derecho natural se diferenció del derecho de gentes,¹⁹ dando paso el último de los

¹⁶ “El derecho de gentes es la ciencia del derecho que se guarda entre las naciones o estados, y de las obligaciones que le (sic) corresponden.” Cfr. Vattel, Emer, *Derecho de gentes o principios de la ley natural, aplicados a la conducta y a los negocios de las naciones y de los soberanos*, trad. de Lucas Miguel Otarena, París, Casa de Masson e hijo, 1824, p. 1.

¹⁷ Cfr. GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín, *Filosofía y retórica del iusnaturalismo*, México, IJ-UNAM, 2002, pp. 95 y 96.

¹⁸ VITORIA, Francisco, *Quod naturales ratio inter omnes gentes constituit, vacatur ius Gentium*, citado por ORTÍZ TREVIÑO, Rigoberto Gerardo, “La naturaleza jurídica del Ius Gentium de acuerdo con la doctrina de Francisco de Vitoria”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, vol. XVII, México, IJ-UNAM, 2005, p. 33.

¹⁹ Cfr. AGUILAR, Luis Armando, “El fundamento del derecho al desarrollo en el Ius Gentium y en el derecho natural de acuerdo con el pensamiento

mencionados a lo que hoy día conocemos propiamente como derecho internacional. Por su parte, el derecho natural continuó reafirmandose en su propia concepción.

En México, el derecho natural jugó un papel de la mayor importancia en la época de la colonia, pues tomando como base el mismo, pensadores de la talla de Bartolomé de las Casas, en abierta defensa de los derechos humanos, sostuvieron la dignidad de los pobladores originarios del territorio identificado como Nueva España.²⁰ Gracias al derecho natural se argumentó con mayor fluidez y solidez desde un punto de vista jurídico, en defensa de la dignidad y los derechos de los indios, a quienes en un principio y atendiendo a intereses mezquinos de algunos conquistadores se les quería considerar seres entre animales y personas, pero carentes de alma o mejor dicho espíritu y por ende, sin derechos de tipo alguno, pues éstos, los derechos, son propios sólo de las personas.

Si bien en el pasado la ley natural se respaldaba con criterios éticos comunes, en la actualidad el iusnaturalismo se sostiene también por aspectos que derivados de la investigación, nos arrojan a los principios del derecho natural;²¹ lo que mantiene la idea básica de que el derecho debe tener como finalidad la obtención de la justicia, y en esa medida, las normas que no permiten o no provean justicia, deben ser desatendidas; y la búsqueda de la solu-

de Jaques Maritain” *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 28, México, Universidad Iberoamericana, 1998, p. 13.

²⁰ DE LAS CASAS consideró injusta la conquista, sosteniendo que los oriundos de estas tierras eran tan personas como sus conquistadores, por poseer la misma naturaleza humana, considerándolos en igualdad de condición humana y en derechos con respecto a los conquistadores. Cfr. SALDAÑA SERRANO, Javier, *Derecho Natural. Tradición, falacia naturalista y derechos humanos*, IIJ-UNAM, México, 2012, p. 7

²¹ Cfr. VIOLA, Francesco, *La Legge Naturale Secondo Maritain Oggi*, CIANCIARDO, Juan, et al. (coords). *Filosofía Práctica y Derecho. Estudios sobre teoría jurídica contemporánea a partir de las ideas de Carlos Ignacio Massini Correas*, México, IIJ-UNAM, 2016, p. 338.

ción justa será mediante la aplicación de principios que tiendan a la obtención de la misma.²²

Los principios jurídicos en el iusnaturalismo son pilares que sostienen el derecho y en gran medida lo depuran.²³ El derecho positivo debe estar inspirado en el derecho natural y puede ser conformante del derecho, en la medida en que cumpla los parámetros existentes derivados del iusnaturalismo. La decisión justa; la aplicación de las normas con parámetros de justicia es lo que permite observar un derecho acorde con la finalidad que éste persigue.

B) CONCEPCIÓN BÁSICA DEL POSITIVISMO JURÍDICO

El positivismo jurídico deriva el término que lo denomina de la corriente de pensamiento impulsada por el filósofo y matemático francés Augusto Comte en el siglo XIX, conforme la cual se sostiene el conocimiento de las cosas en base a hechos o experimentos científicos y verificables, rechazando a priori, todo concepto universal y absoluto. Aplicada la corriente positivista filosófica al análisis del derecho, nos podemos adentrar a la idea de iuspositivismo.

²² Algunos autores consideran muy cercanas las posturas y forma de apreciar el derecho, de los iusnaturalistas, con las de los neoconstitucionalistas no positivistas (diferenciándolos de los neoconstitucionalistas positivistas). Cfr. VIGO, Rodolfo Luis, *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias. Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional*, t. IV, vol. 2. CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel, HÉCTOR FIX FIERRO y DIEGO VALADÉZ (coords.) México, IIJ-UNAM, 2015, p. 853.

²³ Los principios del iusnaturalismo son considerados en algunos casos como universalmente válidos y asequibles a la razón, por lo que la norma positiva que los contradiga, podrá ser calificada como no jurídica. Cfr. SILVA ROMANO, María Emma, *Interpretación y Argumentación Jurídica: Los Límites del Positivismo Jurídico*. CÁCERES NIETO, Enrique, et. al. (coords.) *Problemas Contemporáneos de la Filosofía de Derecho*. IIJ-UNAM, México, 2005, p. 713.

El positivismo jurídico sostiene que el derecho se conforma por normas impuestas y pre-existentes; algunas de las cuales también permitirán el surgimiento de las nuevas normas jurídicas conformantes del derecho. En este punto, es importante observar que para el derecho positivo, las normas no emanan exclusivamente de la potestad política,²⁴ sino también y en gran o mayor medida, de las relaciones entre particulares, por lo que parte del conjunto normativo podrá ser público o privado, pero siempre positivo en cuanto a puesto, sin que incida en su naturaleza el que sea escrito o verbal en cuanto a su forma consensuada. La nota que da el énfasis al concepto de iuspositivismo es que la norma que sea emitida (por la potestad política o de los particulares) sea una norma puesta o predeterminada.

Uno de los rasgos del iuspositivismo en contraposición del derecho natural, es la concepción de que las normas jurídicas no tienen que depender de la moral o juicios axiológicos, abriendo la posibilidad incluso a normas inicuas que aún en caso de su existencia, existirá la obligación “moral” de obedecer,²⁵ en aras del bien superior que persigue el derecho (entre otros, relación pacífica y orden social),²⁶ pues una de las principales finalidades del derecho es la convivencia ordenada de los seres humanos.

Hasta lo aquí expuesto, podemos considerar como rasgos esenciales del positivismo²⁷ su rechazo a las teorías metafísica; la validez y obligatoriedad de las normas jurídicas sin importar el apego de éstas a un concepto subjetivo de justicia; la interrelación

²⁴ Es común observar autores que al referirse a concepto de derecho positivo, refieren a las normas emitidas por el poder público, como las leyes, sin referir al contenido normativo que emana de los particulares y que es parte integral del derecho positivo. Cfr. ADAME GODDARD, Jorge, *La Objetividad de las Propositiones Jurídicas... op.cit.*, pp. 3-6.

²⁵ Conforme a las teorías del positivismo ideológico moderado.

²⁶ Cfr. ORREGO SÁNCHEZ, Cristobal, *op.cit.*, pp. 88-94.

²⁷ Sin olvidar que existen diversas corrientes con ideologías propias y divergentes, en relación con su concepción de positivismo.

de las normas conformantes del derecho, siendo sus normas primarias emanadas del Estado; la negación de derecho natural sin base positiva; y, la existencia de una normatividad puesta.²⁸

Conforme a la indicada concepción, las normas puestas o positivadas serán obligatorias y aplicables, más allá del contenido intrínseco de las mismas, sin que lo anterior implique que éstas se encuentran exentas de controles jurídicos derivados del propio sistema al que pertenecen; pero en relación con el derecho natural, la norma positiva es conformante del derecho y debe ser obedecida, más allá de que sea proveedora de justicia,²⁹ entendiendo dicho concepto como subjetivo en cierta medida y por lo mismo, lo que para algunos es justo, para otros no lo es;³⁰ pero la posible contraposición de las ideas de justicia es irrelevante, pues la justicia que reconoce el derecho es la emanada de las normas jurídicas que lo conforman.

Desde luego que el derecho positivo no puede considerarse universalmente aceptado, pues al no ser normas claramente identificables por todos (como en el caso del derecho natural), su con-

²⁸ Cfr. BOTERO-BERNAL, Andrés, "El positivismo jurídico en la historia: Las escuelas del positivismo jurídico en el siglo XIX y primera mitad del siglo XX". FABRA ZAMORA, Jorge Luis y NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro, (coords). *Enciclopedia de Filosofía y Teoría de Derecho*, México, IJ-UNAM, vol I, 2015, p. 68 y 69.

²⁹ Existe una distinción elemental entre derecho y justicia, frente a dos posibles y opuestas confusiones consistentes, la una en reducir el derecho a la justicia como lo hace el iusnaturalismo, y la otra en reducir la justicia al derecho, como hace el legalismo ético. Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y democracia en el pensamiento de Norberto Bobbio. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 28. Universidad de Alicante. Alicate, 2005, p. 22.

³⁰ KELSEN y ROSS sostienen que los juicios morales son subjetivos y relativos en tanto que expresan los estados emocionales de quienes los formulan. Cfr. OROZCO ENRÍQUEZ, Jesús, *Los derechos humanos y la polémica entre iusnaturalismo y iuspositivismo. Teoría del derecho y conceptos dogmáticos*, CÁCERES NIETO, Enrique y TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, (coords.), México, IJ-UNAM, 1987, p. 29.

tenido variará de acuerdo a las costumbres y cultura o nivel de civilización que en cada Estado existan, adpotando las medidas que en cada caso los propios órganos encargados de la producción del derecho consideren convenientes o adecuadas.

El derecho positivo podrá alejar los conceptos de bondad y justicia, como elementos indispensables de las normas; pero a cambio de ello acerca el de objetividad³¹ y reglas predeterminadas, que permiten a los operadores y sujetos sometidos al sistema, claridad en las consecuencias que podrán derivarse de los actos realizados que en cada caso sean sometidos al análisis y la aplicación de las normas jurídicas puestas.³²

De esa forma, el iuspositivismo atiende a la idea que el derecho se conforma por normas puestas que una vez definidas deben ser aplicadas para lograr la solución de conflictos más allá de la existencia de criterios externos que juzguen el valor de la norma por las consecuencias que ésta pueda generar al momento de su aplicación. La validez jurídica de las normas que conforman el derecho positivo dependerá principalmente de haber surgido conforme las reglas establecidas por el propio sistema para tal fin, sin ser requisito *sine qua non* para su integración al derecho, el contenido intrínseco de las mismas.

Es derecho el que existe como tal de forma puesta y definida, y el conocimiento de éste por parte de las personas sujetas al régimen jurídico respectivo, no es opcional, pues está al alcance de las mismas y es verificable en virtud de su positivación en el ordenamiento. Los valores éticos o morales asequibles a la razón

³¹ Podemos analizar la objetividad en cuanto al contenido de la norma (objetividad metafísica) y la objetividad en cuanto a los métodos de aplicación de la misma (objetividad epistémica). Cfr. ETCHEVERRY, Juan Bautista, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente. Un estado de la cuestión*, México, IJ-UNAM, 2006, pp. 154 y 155.

³² Operadores jurídicos como el juez, debe resolver los casos concretos, aplicando normas de derecho positivo. Cfr. RODRÍGUEZ GARCÍA, Fausto E., *La Analogía en el derecho positivo*, México, IJ-UNAM, 1980, p. 105.

o puestos en el corazón del hombre por Dios, sólo conformarán derecho, en la medida en que sean recogidos por las normas emitidas conforme el sistema de producción jurídica reglado por el Estado.³³

La norma podrá ser justa o injusta, pero no podremos argumentar el desconocimiento relativo a que, derivado de un supuesto, será aplicada una consecuencia, y dicha consecuencia es la prevista de forma expresa por la norma. No es necesario preguntarnos si la norma era evidentemente asequible a la razón, pues más allá de esto, se encontraba puesta de forma expresa y era alcanzable en cuanto a su conocimiento por las personas, derivando en el sistema la denominada seguridad jurídica; de ahí que conforme al derecho positivo, aunque con excepciones, la ignorancia de la ley, no exime de su cumplimiento.

IV. LAS PARTES DEL DERECHO

A) DE LA FORMA EN QUE SE INTEGRA Y DEPURA EL DERECHO

Con la finalidad de exponer algunas ideas tendientes a buscar un acercamiento entre las corrientes iusnaturalistas y iuspositivistas, consideramos importante identificar la forma en que se conforma y el contenido del derecho.

Las normas jurídicas son creadas e integradas al ordenamiento mediante un sistema de validez normativa en virtud del cual cada una de ellas obtiene su valor jurídico de norma diversa perteneciente al mismo sistema, generando dicha operación de forma sucesiva de forma tal que el orden jurídico en su conjunto obtiene su validez de una norma origen, primera y principal: La Constitución.

³³ John Austin sostenía que la existencia del derecho es una cosa; su mérito o demérito, es otra. Citó: CAMPBELL, Tom, "El sentido del positivismo jurídico", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 25, Alicante, Universidad de Alicante, 2002, p. 308.

El sistema de validez jurídica se puede argumentar conforme las teorías relativas a la relación jerárquico normativa,³⁴ la estructura condicional³⁵ o la regla de reconocimiento,³⁶ entre otras similares, pero en todas éstas, el sistema genera la interrelación de las normas del ordenamiento haciendo depender en cuanto a su validez, a unas normas de otras.

De esta forma se concluye también que una norma jurídica pertenecerá en términos generales, al orden jurídico al que pertenece la norma que le derivó valor. Luego entonces, las normas jurídicas consideradas como pertenecientes a un sistema jurídico nacional serán tales, en virtud de que todas han obtenido su validez original de la Constitución del Estado que las agrupa; y, de forma similar ocurre respecto a las normas de ordenes jurídicos diversos dentro de un mismo Estado, como en el caso de los órdenes Federal o locales; por lo que se observa que la validez no es una norma, sino la forma en que las normas se integran al sistema³⁷ y resultado de dicha agrupación se conforman los ordenes jurídicos. Así, un posible sentido del término validez podrá equipararse al de pertenencia.³⁸

Ahora bien, al igual que la norma adquiere valor jurídico al momento en que surge conforme lo establecido en norma diversa pero igualmente válida, también podrá perder validez cuando deje de existir conforme lo establecido por otra norma o en ella mis-

³⁴ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, 15ª ed., México, Porrúa, 2007, p. 201.

³⁵ Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, México, UNAM, 1976, pp. 93-95

³⁶ Cfr. Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, trad. Genaro R. Carrio, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, pp. 129-135.

³⁷ Cfr. Luhmann, Niklas. *El derecho de la sociedad*, trad. Javier Torres Navarrete y otro, 2ª ed., México, Herder, 2005, p. 159.

³⁸ Cfr. Caracciolo, Ricardo, *La noción de sistema en la Teoría del Derecho*, 2ª ed., Fontamara, México, 1999, p. 48.

ma; tal como acontece en los casos de derogación o abrogación,³⁹ cuando las normas cumplen su condición o la finalidad para la que fueron creadas,⁴⁰ o, cuando culmina su vigencia temporal.⁴¹ También debe observarse la pérdida de validez de las normas derivada de la declaración del órgano competente en ese sentido.⁴²

La declaración de invalidez normativa puede surgir con motivo de un procedimiento administrativo,⁴³ una instancia judicial,⁴⁴ o incluso con motivo de la interposición de un medio de defensa diseñado específicamente para tal fin.⁴⁵ Ésta puede ser debida a aspectos formales o materiales, entendiendo por los primeros a aquellos en virtud de los cuales la norma sujeta a control no cumplió con los parámetros de validez respecto al procedimiento de creación o en relación con la competencia o capacidad jurídica de los operadores jurídicos de quienes emanó la norma sujeta a control; mientras que los materiales derivarán del contenido de la

³⁹ Los términos derogación o abrogación, son usualmente empleados para normas generales emitidas por el Estado, pero de igual forma las normas emitidas por particulares pueden ser despojadas de valor, generalmente, por los operadores jurídicos que en cada caso las emitan (como el caso de un contrato).

⁴⁰ Como el caso de una orden de aprehensión, que dejará de tener valor, una vez ejecutada; y en caso de volver a requerirse la aprehensión por el mismo caso, deberá emitirse una nueva norma que en el caso será una reaprehensión, pero la primer norma ya no será válida.

⁴¹ Es el caso de la denominada miscelánea fiscal o los contratos de arrendamiento; e incluso es común observar en las actas constitutivas de sociedades, la duración de las mismas por 99 años.

⁴² Cfr. DE SILVA, Gustavo. *La Norma Válida... op.cit.*, pp. 122-129.

⁴³ Sería el caso de un recurso de revocación administrativa, mediante el que se puede dejar sin efectos la resolución revisada.

⁴⁴ Una resolución de apelación puede dejar sin efectos la sentencia o resolución emitida por el A quo.

⁴⁵ Es el caso del juicio de amparo o el de nulidad; aunque también en juicios ordinarios civiles puede decretarse la nulidad de actos particulares.

norma invalidada al advertir su no conformidad o irrespeto a la orientación de contenido que le otorgó la norma de la cual obtuvo, en ese aspecto, su valor o validez.⁴⁶

B) DE LAS NORMAS, LAS REGLAS, LOS PRINCIPIOS Y LOS VALORES JURÍDICOS

Conforme lo indicado, el sistema de validez normativa permite la conformación del ordenamiento mediante la integración de normas jurídicas *lato sensu*, conformando así al derecho.

Se imprime el calificativo *lato sensu*, al no desconocer que existan porciones del derecho que parecen no identificarse con normas en sentido estricto, encontrando junto a ellas disposiciones no normativas,⁴⁷ pues el sistema no se encuentra constituido sólo por normas⁴⁸ y por lo tanto, emplear dicho término en forma genérica podría resultar impropio o al menos discutible,⁴⁹ dado que junto a éstas podemos advertir las reglas, los principios o los valores jurídicos⁵⁰ entre otros tipos, pues no todas las normas jurídicas son de la misma naturaleza, ni todas expresan normas.⁵¹

⁴⁶ Cfr. GUASTINI, Ricardo, “En torno a las normas sobre la producción jurídica” *Boletín Mexicano de derecho comparado*, núm. 89, México, UNAM, 1987, p. 554.

⁴⁷ Cfr. ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E. citado por TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Elementos para una Teoría General del Derecho*, 2ª ed., México, Themis, 2003, p. 197.

⁴⁸ Cfr. NINO, Carlos, *Introducción al Análisis del Derecho*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1984, p. 102.

⁴⁹ Cfr. BOBBIO, Norberto, *Contribución a la Teoría del Derecho*, 3ª ed., Puebla, Ed. Cajica, 2006, pp. 294 y 295.

⁵⁰ Cfr. VIGO, Rodolfo, *Interpretación Constitucional*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, p. 64 y 65.

⁵¹ Cfr. CÁRDENAS, Jaime, *La Argumentación como Derecho... op. cit.*, p. 110.

Sin embargo, dada la principal finalidad perseguida por el derecho consistente en *normar* la conducta del ser humano en sociedad, consideramos que una vez enunciado el derecho, éste es recibido por el destinatario como norma;⁵² motivo por el cual sostenemos que el derecho es un conjunto de normas jurídicas, aunque dicha denominación sea en sentido amplio.

Ahora bien, las normas jurídicas *stricto sensu*⁵³ son aquellas que establecen conductas de hacer o no hacer,⁵⁴ bien sea de forma individual o en un conjunto de las mismas y junto con la reglas jurídicas⁵⁵ establecerán formas de conducta al ser preponderantemente prescriptivas.⁵⁶ Cuando una regla o norma es aplicable al caso concreto y no encuentra problemas de validez, entonces se

⁵² Cfr. HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, trad. Luis Tobio, 2ª ed., México, FCE, 2007, p. 244.

⁵³ Algunos autores denominan a las reglas coincidentes con lo que hemos llamado normas *stricto sensu*, como reglas deónticas. Cfr. ROBLES, Gregorio, “Tres tipos de reglas en el derecho”, en CÁCERES NIETO Enrique y ROLANDO TAMAYO, Salmorán (coords.) *Teoría del derecho y conceptos dogmáticos*, México, IJ-UNAM, 1987. p. 64.

⁵⁴ “La concepción semánticas de las normas sostiene que normas son el contenido de enunciados que expresan lo que es obligatorio, prohibido o permitido, o lo que al menos se puede expresar de esa manera. [...] La norma jurídica puede entenderse como especie de las normas en general, que se caracteriza sólo por el hecho de que pertenece a un sistema jurídico.” SIECKMANN, Jan, “Norma Jurídica”, en FABRA ZAMORA, *et. al.* (coords.) *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, IJ-UNAM, México, vol. II, 2015, pp. 896 y 905.

⁵⁵ Algunos autores identifican entre reglas primarias y secundarias, entendiendo por las primeras a aquellas que prescriben conductas, como obligaciones o prohibiciones, mientras que las reglas secundarias son complementarias de las primarias y pueden apreciarse como reglas de reconocimiento, de cambio o de decisión. Cfr. BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *Las fuentes contemporáneas del derecho internacional*. México, IJ-UNAM, 2017, p. 7.

⁵⁶ Cfr. CÁRDENAS, Jaime, *La Argumentación como Derecho... op. cit.*, p. 108.

exige hacer lo que la regla o norma prescribe;⁵⁷ por lo que siendo el derecho un conjunto de normas y reglas⁵⁸ cuya finalidad es regir conducta humana, tiene en éstas directrices específicas y genéricas para lograr tal fin.

Por su parte, los principios jurídicos⁵⁹ que derivan de las normas, nos ayudan a interpretar éstas y otorgan una guía al encargado de la aplicación de las mismas.⁶⁰ Son enunciados normativos de carácter general y abstracto, con estructura similar a la regla o norma *stricto sensu* pero con un mayor grado de determinación,⁶¹ que se encuentran dispersos en el ordenamiento jurídico.⁶²

⁵⁷ Cfr. ROJAS AMANDI, Víctor, *La ética discursiva en las teorías del derecho de Habermas y Alexi*, IJ-UNAM, México, 2012, p 152.

⁵⁸ Se puede concebir al derecho como un conjunto de normas o reglas, identificándolas entre sí. BOBBIO, Norberto, citado por CÁCERES NIETO, Enrique, *Constructivismo jurídico y metateoría del derecho*, México, IJ-UNAM, 2007, p. 35.

⁵⁹ Ejemplos de principios jurídicos: Principio pro-persona; principio de progresividad; *non bis in idem*; razonabilidad legislativa; reserva de ley; pero también principios básicos como: Quien puede lo más, puede lo menos; la ignorancia de la ley no exime su cumplimiento; nadie debe beneficiarse de su propio hecho ilícito; quién afirma está obligado a probar; etc.

⁶⁰ Algunos autores consideran a los principios de derecho como derivados o provenientes de la “*regulae iuris*” del derecho romano, que el Digesto definía como “la que describe brevemente cómo es una cosa. No que el derecho deriven de la regla, sino que ésta se abstrae del derecho existente.” SALDAÑA SERRANO, Javier, *Reglas y principios. A propósito del origen y contenido de los principios jurídicos a partir de las regulae iuris*, op. cit., pp. 634 y 635.

⁶¹ LAPORTA, F., citado por CIANCIARDO, Juan, “Principios y Reglas: Una aproximación desde los principios de distinción” *Boletín Mexicano de derecho comparado*, núm, 108, México, UNAM, 2003, p. 903.

⁶² Es portante no confundir los principios jurídicos con las directrices emanadas del poder público que se traducen en el manejo jurídico del gobierno con la finalidad de lograr un objetivo (como reducir os accidentes de tránsito).

Finalmente, los valores jurídicos al igual que los principios son conceptos emanados de las propias normas o de un conjunto normativo que no proporcionan elementos para un cauce adecuado de interpretación y aplicación del derecho; pero a diferencia de los principios, los valores jurídicos son aún más abstractos que éstos, y por lo tanto son más generales.

Como su nombre o indica, son conceptos axiológicos de derecho⁶³ que derivan de un conjunto normativo revelando la intención que se persigue con el mismo o la razón de ser de dichas normas. Se desprenden con mayor calidad y cantidad en tanto mayor generalidad y abstracción existe en la norma, por lo que también se sostiene que la Constitución es un sistema global de valores⁶⁴ de la que emana el principal contenido axiológico del derecho.⁶⁵

Cfr. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 2002, p. 73.

⁶³ Los valores jurídicos es un concepto diverso al de juicios de valor, siendo los segundos, formas que permiten argumentar la emisión, modificación o extinción de la norma. Cfr. VILLA, Vittorio, *Constructivismo y teorías del derecho*, México, IJ-UNAM, 2011, pp. 323-326.

⁶⁴ GÜNTER DÜRIG, citado por SÁNCHEZ GIL, Rubén, “Valores constitucionales” CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel, Héctor FIX FIERRO y VALADÉS, Diego (coords.). *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional*, México, IJ-UNAM, t. IV, vol. 2, 2015, p. 639.

⁶⁵ Los valores jurídicos emanados de una constitución de corte socialista, serán diversos a los que derivan de una sociedad capitalista; y de igual forma podremos encontrar diferencias axiológicas derivadas de sistemas de gobierno o llegado el extremo, entre un Estado laico y uno confesional.

V. EN BÚSQUEDA DE LA RECONCILIACIÓN DE LAS TEORÍAS

A) LA DICOTOMÍA EXISTENTE

El iusnaturalismo y el derecho positivo no deben ser observados como corrientes necesariamente opuestas e irreconciliables, aún y cuando cierto es, sostienen conceptos diversos acerca de lo que es el derecho y las normas o preceptos que lo conforman, o mejor dicho, de la forma en que se aplica y depura el derecho, llevando a sostener los extremos relativos a que el derecho positivo hace depender su validez del derecho natural en tanto que la ley injusta no es derecho o en su opuesto, que sólo será derecho el derecho positivo⁶⁶ más allá de las características intrínsecas de la normas, quedando el iusnaturalismo confinado a una filosofía moral.

De esta forma, una de las principales dicotomías que se presente entre el derecho natural y el positivo se puede expresar de la siguiente forma:⁶⁷ a) Las normas positivas conforman derecho, en la medida en que superen el tamiz de validez del derecho natural conforme sus parámetros de justicia; y, b) pero la validez de las normas positivas solo puede ser analizada en cuanto a su valor, conforme las directrices que contiene o marca el propio derecho positivo.

⁶⁶ Cfr. OLLERO, Andrés, *Derechos Humanos. Entre la moral y el derecho*, México, IIJ-UNAM, 2007, p. 314.

⁶⁷ Es claro que las diferencias que se derivan de ambas corrientes son de difícil reducción en una expresión, pero enunciamos la considerada como principal.

B) EL DERECHO NATURAL COMO PUNTO DE PARTIDA DEL DERECHO POSITIVO

Aquello que nos permita la creación del derecho, puede ser considerada como fuente de derecho⁶⁸ por lo que, si hemos sostenido que el derecho son normas jurídicas, luego entonces, la creación o cambio⁶⁹ de éstas también deviene de una fuente de derecho; bien sea formal, real, material⁷⁰ o inclusive histórica.⁷¹ Sin embargo, las fuentes no necesariamente son normas, ni tendrían porque serlo.⁷²

Podemos identificar a la ley y a la jurisprudencia como fuentes materiales del derecho; pero también a la costumbre⁷³ y desde luego a las normas de derecho natural, dado que las mismas deberán inspirar el contenido de las normas de derecho positivo al momento de su creación en búsqueda de estándares más altos de

⁶⁸ “La metáfora de las fuentes se usa, en general, para referirse al origen de algo; lo mismo ocurre en el caso del derecho.” AGUILÓ REGLA, Joseph, “Fuentes del derecho”, *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, vol. II. FABRA ZAMORA, Jorge Luis, et. al. (coords.) México, IJ-UNAM, 2015, p. 1021.

⁶⁹ “La creación implica la innovación del ordenamiento a través no solamente de la expedición de nuevas normas, sino también por la modificación o extinción de las ya existentes [...]”, CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho de México*. México, IJ-UNAM, 1998, p. 26.

⁷⁰ Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, México, Porrúa, 1944, p. 50. Véase también en Cfr. VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, 3ª ed., México, Porrúa, 1978, pp. 155-163.

⁷¹ Cfr. REYES MENDOZA, Libia, *Introducción al estudio del derecho*, México, Ed. Red Tercer Milenio, 2012, p. 29.

⁷² DE OTTO, Ignacio, citado por HUERTA OCHOA, Carla, “Fuentes, Validez y aplicabilidad de las normas”, CACERES NIETO, Enrique, FLORES MENDOZA, Imer Benjamín y SALDAÑA SERRANO, Javier, (coords.) *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, IJ-UNAM, 2015, p. 306.

⁷³ Cfr. VALLARDO BERRÓN, Fausto E., *Teoría general del derecho*, México, IJ-UNAM, 1972, p. 131.

justicia, pues no debiéramos admitir al derecho como un producto arbitrario de la libertad humana, sino derivado de conexiones esenciales, morales y objetivas, que permitan observar a éste como un orden pacífico para generar seguridad y permitir la realización de los valores morales de justicia, honestidad y libertad.⁷⁴

No obstante lo indicado, el creador de la norma deberá considerar con preeminencia, las normas preexistentes aplicables al caso; y en la medida de lo permitido, recurrir a las fuentes externas.⁷⁵ De esta forma, a mayor nivel de abstracción y generalidad de la norma creada, habrá un menor número de normas positivas de obligado cumplimiento o aplicación y una mayor amplitud de análisis de normas de derecho natural que incidan en el contenido de la nueva norma.⁷⁶

Por el contrario, cuando la norma es más concreta e individualizada, como por ejemplo en el caso de una sentencia, el creador de la norma se encuentra más dependiente de un cúmulo de normas positivas que regulan la forma de creación de la norma naciente y orientan el contenido que ésta debe tener. Lo que no impide que fuentes del derecho ajenas a normas positivas, puedan tener injerencia,⁷⁷ en la medida en que su aplicación no excluya

⁷⁴ HELMUT, Coing, citado por TORRES MARTÍNEZ, Carlos, *La recepción de la filosofía de los valores en la filosofía del derecho*, México, IIJ-UNAM, 2005, pp. 200 y 201.

⁷⁵ Algunos autores consideran que mientras más vigencia o fuerza tiene una fuente, mayor es la injusticia de su adecuada consideración en el caso concreto; pero al referirse a vigencia o fuerza, señalan lo que es justo o debido conforme a parámetros aún no positivos. Cfr. ORREGO SÁNCHEZ, Cristobal, *op. cit.*, p. 73.

⁷⁶ La creación de las norma también está condicionada por multitud de hecho y valores, y sobre algunos de ellos se opta según razones de oportunidad y prudencia para generar soluciones reguladoras. Cfr. CÁRDENAS GARCÍA, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, México, IIJ-UNAM, 2016, p. 81.

⁷⁷ Al respecto puede observarse el criterio sostenido por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis 2a. LXIII/2001 de No-

directrices ya determinadas en normas puestas aplicables; por lo que también en la creación de normas concretas e individualizadas puede existir cierto margen de utilización, en calidad de fuentes de derecho, de normas iusnaturales o en general, no positivas ni vinculantes,⁷⁸ siempre y cuando, no contradigan disposiciones expresas del ordenamiento jurídico positivo que en el caso le sean de observancia obligatoria.

C) LAS NORMAS DE DERECHO NATURAL COMO PARÁMETRO DE VALIDEZ DEL DERECHO POSITIVO

Hemos sostenido que la evolución del derecho natural ha mutado del origen divino de las normas a los principios, y en este sentido podemos incluir como parte axiológica, también a los valores jurídicos. De esta forma, la depuración que exige el iusnaturalismo respecto de las normas positivas, podrá ser en relación con los principios y los valores jurídicos; pero consideramos adecuado observar dichos principios y valores, no cómo el análisis de lo que es justo, bueno o correcto a la luz exclusiva de la razón subjetiva del aplicador de la norma, sino a la correspondencia que las normas deben tener con dichos principios y valores,⁷⁹ en la medida

vena Época, visible a página 448 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIII, Mayo de 2001, bajo el rubro: DOCTRINA. PUEDE ACUDIRSE A ELLA COMO ELEMENTO DE ANÁLISIS Y APOYO EN LA FORMULACIÓN DE SENTENCIAS, CON LA CONDICIÓN DE ATENDER, OBJETIVA Y RACIONALMENTE, A SUS ARGUMENTACIONES JURÍDICAS.

⁷⁸ Las fuentes externas del derecho son definitivamente orientadoras, pero no son vinculantes al momento de la creación de la norma. Al respecto puede observarse la tesis emitida en la Octava Época, visible a página 295 del Semanario Judicial de la Federación, Tomo III, Segunda Parte-1, Enero-Junio de 1989, con título: DOCTRINA. NO ES DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA.

⁷⁹ Es tal vez a través de la aplicación de los valores jurídicos, en que podremos observar con mayor nitidez la adecuada convivencia entre las posturas de iusnaturalistas y iuspositivistas, pues los valores se encuentran relacionados

en que estos emanen del propio ordenamiento jurídico, por lo que serán considerados parámetros válidos del sistema.

Es decir, la norma podrá ser considerada inadecuada y por ende inaplicada, en la medida en que falte la correspondencia entre ésta y la parte axiológica del sistema integrada por principios y valores jurídicos; o inclusive, podrá ser salvada en su aplicación, otorgándole a la misma una interpretación conforme dichos principios y valores; pero éstos no emanarán de la apreciación subjetiva del operador jurídico sino, con bases objetivas, deberán ser extraídos del propio ordenamiento, reduciendo a su mínima expresión la subjetividad que en las más de las ocasiones va en contra de la seguridad jurídica, pues en la medida en que los principios y valores jurídicos emanen del propio ordenamiento, se otorga parámetros objetivos al concepto de justicia.⁸⁰

De conformidad a lo expresado, el tamiz impuesto a las normas positivas tendrán parámetros iusnaturales, pero objetivos, propios y emanados del sistema, buscando la aplicación justa y adecuada del derecho en el sentido mencionado.⁸¹

con la cuestión axiológica del derecho, siendo más difícil (aunque no imposible), poder advertir un sistema de derecho que en general, tenga la finalidad de proveer injusticia y desorden.

⁸⁰ Son diversos los riesgos que derivan de la subjetividad jurídica bajo el argumento de la búsqueda de la justicia, pues la inaplicación de la norma aún bajo la premisa indicada, podrá deparar perjuicio en alguna persona que considerará de igual forma injusto, la inobservancia de esa norma, no obstante estaba predeterminada y por ende, debía generar la consecuencia en ella prevista, ante el suceso que atrajo la necesidad de solución en un conflicto determinado.

⁸¹ Dicho razonamiento nos acerca al positivismo incluyente, conforme al cual, la aplicación normativa puede contener parámetros axiológicos de validez junto a los parámetros formales, dando incursión moral al derecho. Cfr. ZAMBRANO, Pilar, *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosofica a la tesis de la discrecionalidad*, México, IJ-UNAM, 2016, p. 10. Parte del positivismo incluyente puede ser edificado a través de las teorías constructivistas, en las que el lenguaje en el derecho positivo es pilar en

la conformación normativa. Cfr. SERNA, Pedro, *El Positivismo incluyente en la encrucijada...op. cit.*, pp. 688-690.

HACIA LA APLICACIÓN IUSNATURALISTA DEL DERECHO POSITIVO...

Gustavo DE SILVA GUTIÉRREZ