LA POLÉMICA DEL DERECHO NATURAL Y POSITIVO EN EL PENSAMIENTO DE NORBERTO BOBBIO.

THE CONTROVERSY OF NATURAL LAW AND POSITIVE THINKING NORBERTO BOBBIO

Ángel Mario Díaz Sepúlveda.[1]

"...El hombre culto no es el hombre que sabe muchas cosas, sino el hombre que tiene el gusto y la capacidad de aprender, sean muchas o pocas las cosas que logrará saber."

Norberto Bobbio.

SUMARIO: Introducción, 1. La dimensión jurídica del hombre como fundamento antropológico del Derecho, 2. ¿Qué es el Derecho Natural?, 2. 1 Formas del jusnaturalismo en la ideología de Norberto Bobbio, 3. ¿Qué es el Derecho Positivo?, 4. El debate tradicional entre Derecho Natural y Derecho Positivo, Bibliografía. Fecha de recepción:01/03/2009, Fecha de aceptación:3/04/2009

[1] Catedrático de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, actualmente cursando el tercer semestre del programa Doctoral en Derecho en la misma facultad, expositor en diversos foros sobre el tema de Juicios Orales, así también es Servidor Público para el Estado de Nuevo León.

RESUMEN. Constituye polémica, sin duda alguna, conversar sobre Derecho Natural y positivo, por creer que dichas teorías son opuestas, pero creemos en el pensamiento del autor italiano Norberto Bobbio, quien se refiera a ellas como natural sustitución histórica de escuelas; al señalar, por ejemplo, que en la década de 1930, la teoría del positivismo jurídico de Kelsen era la que dominaba en su país natal, y por otro lado, el derecho natural era el reflejo del residuo de actividades no científicas; pero más que una guerra en disputa que se lleva dentro de cada uno de nosotros, establece, que las diferentes etapas del positivismo y jusnaturalismo, se deben a la vocación científica y conciencia moral, entre la profesión de científico y la misión como hombre; terminando siendo positivista o jusnaturalista, no por los tiempos o las circunstancias, sino por la parte que nos toque representar.

ABSTRACT. Is controversial, no doubt, talk about natural rights and positive, believing that such theories are the opposite, but we thought in the Italian author Norberto Bobbio, who refers to them as a natural replacement of historic schools, noting, for example that in the 1930s, the theory of legal positivism of Kelsen was dominating in his native country, and on the other hand, natural law was a reflection of the residue of non-scientific activities, but more than a war in dispute is within each of us establishes that different stages of positivism and jusnaturalismo should be a scientific vocation and moral, between the profession and the scientific mission as a man, ended up being positive or jusnaturalista, not by times or circumstances, but by those we represent touch.

PALABRAS CLAVE: Positivismo, jusnaturalismo, antropología, polémica, vocación, historicismo, approach.

KEYWORDS: Positivism, jusnaturalismo, anthropology, controversy, vocation, historicism, approach.

INTRODUCCIÓN

Hablar de iusnaturalismo y positivismo jurídico, es sin duda, un tema que constituye polémica, pues se cree que dichas concepciones son opuestas, pero así no es para Norberto Bobbio; y por tal ideología, es uno de los intelectuales[2] más representativos de la Filosofía del Derecho, ya que relaciona la problemática que se plantea en torno a las dos corrientes doctrinales representativas del pensamiento contemporáneo sobre el concepto del derecho.

[2] Agustín Squella lo señala como "un intelectual, es decir, una persona que hizo de su vida leer, pensar, escribir, dar clases y participar en debates sobre temas de interés público. SQUELLA Agustín.*Norberto Bobbio: un hombre fiero y justo*. Fondo de Cultura Económica Chile. Santiago Chile. 2005. Pág. 15.

Siendo necesario para conocer la filosofía de Bobbio, dos factores notables, como lo es, las características de la familia en que nace y el contexto social de su formación profesional.[3]

Norberto Bobbio, nace en Turín y en el seno de una familia clase media, el día 16 de octubre de 1909 y falleció el 9 de enero de 2004, en su juventud le corresponde vivir grandes acontecimientos, como lo son, la posguerra de la primera guerra mundial y la segunda guerra mundial, en los años de 1923 a 1945 estudio sus cátedras y se dedicó a preparar sus libros,[4] entre los que trascienden la lucha en contra de los Estados opresores refiriéndose a la democracia como la vía que conduce a la libertad. Sus estudios más profundos son sobre filosofía política, ya que respecto a la filosofía jurídica sólo se refiere a la polémica que existe entre el naturalismo y el positivismo; manifestando, que el derecho es "el conjunto de normas, u orden normativo, en el que se desenvuelve la vida de un grupo organizado."[5] Y es aquí donde la política se relaciona con el derecho, visto desde dos puntos: "en cuanto la acción política se lleva a efecto a través del Derecho, y en cuanto el Derecho delimita y disciplina la acción política."[6]

La redacción de los estudios, que Bobbio plantea en su libro el problema del positivismo jurídico, se debió principalmente, a tomar una posición frente al altercado instaurado entre los seguidores del jusnaturalismo en avance y los "quijotes"[7] del positivismo jurídico en retirada, la oposición existente entre estas dos corrientes la tenemos como natural sustitución histórica de escuelas, o como antítesis entre dos concepciones opuestas de irreconocibles del derecho.

Bobbio, manifiesta que en la década de 1930 la teoría del positivismo jurídico de Kelsen era la que dominaba en su país natal, y por su lado, el derecho natural era el reflejo del residuo de actividades no científicas y por consecuencia debería ser eliminado en

[3] ARNAIZ Amigo Aurora. *Norberto Bobbio, sus aportaciones a la ciencia política.* Prólogo SERRANO Migallón Fernando. Porrúa. México 2006. Pág. 3.

[4] Entre los libros que se le han traducido al castellano, se encuentran: *El Existencialismo, ensayo de interpretación; Sociedad y Estado en la Filosofía Moderna, el modelo iusnaturalista y el modelo Hegeliano-Marxiano, que escribió con Michelangelo Bovero; El problema del positivismo jurídico; Estado, Gobierno y Sociedad por una teoría general de la política; El futuro de la Democracia; Ni con Marx, ni contra Max; Perfil Ideológico del siglo XX en Italia; la izquierda en la era del Karaoke.*

[5] GONZÁLEZ de Luna Tomás. *Bobbio, Filósofo de la política.* Universidad Autónoma de Nuevo León. México 2005. Pág. 19.

[6] Íbidem. Pág. 25

[7] Por defender sus ideales, me refiero como quijotes a los protectores de positivismo.

cualquier lugar donde se apareció; pero al final de la guerra estas posiciones cambian, y como él mismo lo dice, esas acciones obedecen a las circunstancias históricas que se presentan junto con las clases sociales que lo reclama, existiendo por tanto un jusnaturalismo conservador pero primero progresista; y por lo que respecta al positivismo existe un nuevo reaccionario y otro liberal.

Más que una guerra en disputa que se lleva dentro de cada uno de nosotros, Bobbio, señala que las diferentes etapas del positivismo y jusnaturalismo, se deben a la vocación científica y conciencia moral, entre la profesión de científico y la misión como hombre; terminando siendo positivista o jusnaturalista, no por los tiempos o las circunstancias, sino por la parte que nos toque representar. Nuestro Bobbio,[8] vivió a fondo motivaciones, que lo llevaron a la oposicion de una u otra de las concepciones del derecho contemporaneo, prefiriendo "aclarar la complejidad de los términos de la oposición, la imposibilidad de reducir el problema de sus relaciones a una sola alternativa."[9]

Norberto Bobbio,[10] en el Problema del Positivismo Jurídico, analiza los aspectos importantes del positivismo y justaturalismo, así como su aplicación y resultado de tal aplicación, contrasta cada una de sus formas, las clasifica y establece las relaciones existentes entre ellas; analizando por lo menos cuatro problemas del formulismo jurídico relacionado con el positivismo, los cuales son: el de justicia como teoría del legalismo, el del derecho que integra la teoría del normativismo, el de ciencia del derecho como teoría dogmática, y por último el de la interpretación o jurisprudencia de conceptos la que forma la teoría del conceptualismo jurídico. Bobbio, pretende "un estudio más equilibrado, un

[8] José Fernández Santillán, señala, como rara e ilustrativa la trayectoria intelectual de Norberto Bobbio, ya que a él nunca le gustó hablar de sí mismo en público, ilustrativa ya que señala los trazos principales de su vida como cultivador de las ideas, referido en su autobiografía. FERNÁNDEZ Santillán José. *Norberto Bobbio: el filósofo y la política antología*. Prefacio BOBBIO Norberto. Traducción FERNÁNDEZ Santillán José y AURELI Ariella. 2ª Edición. Fondo de Cultura Económica. México. 2004. Pág. 15

[9] BOBBIO Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Traducción GARZÓN Valdés Ernesto. Fontamara. México. 2007. Pág. 10.

[10] Bobbio, en su libro La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político, señala que "el escritor político... comporta como un botanico que despues de haber observado y estudiado atentamente un cierto número de plantas, las divide de acuerdo con las diferencias o las une según las afinidades, y al final llega a clasificarlas bajo un cierto orden." Agrega que "... el escritor político no se limita a describir; generalmente se plantea otro problema..." BOBBIO Norberto. La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político. Traducción FERNÁNDEZ Santillan José F. 2ª Edición. Fondo de Cultura Económica. México. 2007. Pág. 7.

acercamiento, un dialogo entre los partidarios del Derecho natural y los del positivismo jurídico." Como según lo señala Felipe Celorio Celorio.[11]

El problema del positivismo jurídico, fue traducido al castellano en 1965, hace más de 40 años, pero aún así, no pierde vigencia; en tal sentido, este trabajo aborda la polémica del derecho natural y positivo en el pensamiento de Norberto Bobbio; analizaremos: primeramente, la dimensión jurídica del hombre como fundamento antropológico del derecho; y después ¿qué es el derecho natural?, sus distintas corrientes, las formas de jusnaturalismo en la ideología de Norberto Bobbio; después responderemos a la pregunta de ¿qué es el derecho positivo?, sus doctrinas, las reflexiones de Bobbio en cuanto a su ideología y teoría, junto con el punto de vista empírico; hablaremos del debate tradicional que existe entre el derecho natural impositivo, sus relaciones según Bobbio; para ubicaremos en un nuevo positivismo.

La bibliografía consultada resultó ser muy amplia, pero consideramos que citamos a los autores más representativos del tema. El método utilizado fue el inductivo, esto por ser de disertación teórica, partiendo del estudio particular a la generalización, tanto hechos, prácticas, situaciones y costumbres observadas; así también utilizamos el método deductivo, el cual se da partiendo de hechos prácticos y concretos.

Agradeciendo por iniciarme en el conocimiento e interés por la investigación, a mis maestros del Programa Doctoral de Derecho del área de Posgrado de Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, a la Doctora MARIA DEL CARMEN BACA VILLARREAL y a los Doctores ISMAEL RODRIGUEZ CAMPOS y RAFAEL ENRIQUE AGUILERA PORTALES.

1. La dimensión jurídica del hombre como fundamento antropológico del Derecho

Antes de referirme a la polémica entre el derecho natural y positivo, conceptualizaremos al Derecho, pero desde el punto de vista de la antropología jurídica, puesto, como lo cita Aguilera y González: "las normas jurídicas y morales existen sólo

[11] CELORIO Celorio Felipe. *Derecho Natural y Positivo, origen y evolución histórico-juridica.* Prólogo LASTRA Lastra José Manuel. Porrúa. México 2005. Pág. 139.

porque el hombre establece relaciones sociales."[12] Y según Luis Recaséns[13] y Agustín Basave Fernández del Valle,[14] señalan que el derecho posee tres dimensiones, y que son; 1. Hechos, 2. Valor, y 3. Norma; El primero tiene lugar en espacio y tiempo, al cual a su vez cuenta con un valor, que se traduce en la manera que regulada la norma. El Derecho es un hecho, una obra humana, estimulada por la conciencia de una necesidad en la vida social, obra producida bajo forma normativa; y que en esa función para satisfacer esas necesidades intenta hacerlo de acuerdo con la realización de unos valores específicos.[15]

Por su parte Radbruch, señala que el derecho "es a la idea del derecho lo que el ser al deber ser."[16] Es decir, es un hecho que concierne al mundo del ser; siendo por tanto un concepto a priori, que solo pude ser obtenido por la vía deductiva, y lo que el Derecho debe tener es: una realidad, debiendo mostrar el perfil empírico de una ley o una costumbre, por tanto debe ser positivo; por lo que se refiere a su materialización y a la realidad que representa, la idea del derecho debe ser normativo; al plantearse la práctica de la justicia, debe regular la convivencia humana, por su carácter social; por la justicia a que aspira, debe fundar la igualdad, en carácter general. Dicho lo anterior, para Radbruch, "el derecho puede definirse como el conjunto de las normas generales y positivas que regulan la vida social."[17]

El estudio de la realidad humana como fundamento del derecho va relacionado con "una visión de la naturaleza humana relacionada con poder, con reglas, con racionalidad y con justicia." Y el derecho natural y positivismo jurídico se encuentran bien delimitados, pues como se observó, en cuanto al derecho positivo, el órgano que crea el derecho vigente,

[12] AGUILERA Portales Rafael Enrique y GONZÁLEZ Cruz Joaquín. Antropología Socio-jurídica y Criminológica. Editorial Lazcano. México. 2008. Pág. 105.
[13] RECASÉNS Siches Luis. Tratado General de Filosofía del Derecho. 7ª. Edición. Porrúa. México. 1981. Pág. 161.
[14] BASAVE Fernández del Valle Agustín. *Filosofía del Derecho, fundamentos y proyecciones de la filosofía jurídica*. Editorial Porrúa. México. 2001. Pág. 322.
[15] He aquí la idea de Aguilera y González, en cuanto a que "el ser humano constituye el presupuesto, fundamento y sujeto de todo ordenamiento jurídico, político y moral en la medida que está orientado hacia el reconocimiento, respeto y protección de sus derechos humanos." Ob. Cit. AGUILERA Portales Rafael Enrique y GONZÁLEZ Cruz Joaquín. Pág. 105.
[16] RADBRUCH Gustav. Traducción de ROCES Wenceslao. *Introducción a la Filosofía del Derecho.* Fondo de Cultura Económica. México 2005. Pág. 46.
[17] Ídem. Pág. 47.

es un órgano de poder; en cuanto a las reglas observamos el pensamiento de Hart,[18] quien refiere que el lenguaje de reglas, y el conveniente uso de palabras como [tener que] y [deber], "está colmado de una confusión que quizás exalte su importancia a los ojos de los hombres pero que carece de fundamento racional."[19]

Y como lo cita Agustín Basave Fernández del Valle:

> "el fundamento del derecho radica en la dimensión jurídica el hombre que le lleva a desarrollar, en lo comunitario y universal, su estado del proyecto social ecuménico de ser todos-juntos-en-el-mundo. Hay una forma de vivir social -poder hacer y poder exigir- que cristalizada en un conjunto de normas jurídicas -punto de vista sobre la justicia- que regula una recíproca correlación de licitudes y obligaciones entre los seres humanos. La soberanía impersonal del derecho sería mero capricho o fantaseo sin el fundamento real de un poder hacer y un poder exigir intencionalmente referido a la justicia y radicado en un ser axiótrópico que es un programa existencial valioso, un proyecto de poder y deber, una libertad justamente delimitada por las otras libertades. Si el jurista no sabe leer en la óntica integral del hombre, no va a ver el Derecho, sino su sombra en la letra de los códigos."[20]

En la praxis actual, podemos ver que la aplicación de diversos principios ya se localiza tanto en la Constitución y algunas otras leyes, por tanto que pasa al estar impregnada de valores nuestras leyes positivas; el jusnaturalismo no es una forma de moral, si no es un modo de fundarla. De ahí se derivan algunas tesis fundamentales de la

[18] Agrega además que los elementos del derecho, y dice que "una estructura social de este tipo es designada a menudo como una estructura social basada en la [costumbre],… porque con frecuencia sugiere que las reglas consuetudinarias son más antiguas y están apoyadas en una presión social menor que la sustenta a otras reglas." Y "un segundo defecto es el carácter estático de las reglas, el único modo de cambio de éstas conocido por tal sociedad será el lento proceso de crecimiento, mediante el cual o líneas o cursos de conducta concebidos una vez como optativos, se transforman primero en habituales o usuales, y luego en obligatorias; y el inverso proceso de declinación, cuando las desviaciones, tratadas al principio con severidad, son luego toleradas y más tarde pasan inadvertidas." Citando el tercer defecto de esta forma simple de vida comunitaria, es la ineficiencia de la difusa presión social ejercida para hacer cumplir las reglas." Señalando que por la ausencia de certeza del régimen de reglas primarias, se da la introducción de lo que llamaremos una [regla de reconocimiento]. HART Herbert L. A. Traducción de CARRIÓ Genero R. *El Concepto de Derecho*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1998. Págs. 113, 115, 116 y 117.

[19] Ibídem. Págs.4, 5 y 14. Aseverando, que tenemos "los tres problemas recurrentes: ¿En qué se diferencia el derecho de las órdenes respaldadas por amenazas, y qué relación tiene con ellas? ¿En qué se diferencia la obligación jurídica de las obligaciones morales, y qué relación tiene con ella? ¿Qué son las reglas, y en qué medida el derecho es una cuestión de reglas?" Ibídem. Pág. 16.

[20] Ob. Cit. BASAVE Fernández del Valle Agustín. Págs. 21 y 22.

experiencia jurídica que están en franca oposición con las tesis positivista es, las leyes de la conducta, la naturaleza de las cosas, la inadecuación.

En cuanto a la relación entre jusnaturalismo y el positivismo como los diversos modos de aproximarse al estudio del derecho, partimos de cuando hablamos de todo juicio de valor, y es cuando nos dirigimos al derecho como un hecho histórico y social, lo estudiamos con un método científico. Examinando al positivismo y al jusnaturalismo en ese contexto tenemos que el segundo se manifiesta, como lo dice Bobbio, con la exigencia de contraponer a una ética de la legalidad estricta una ética de la justicia; y como segunda exigencia se deriva el conocimiento del derecho de la naturaleza como constante, más que una variable histórica como viene a ser la voluntad del legislador. De esta manera, en el Jusnaturalismo se expone como reclamo de una conceptualización valorativa del derecho considerado no como mero hecho, si no como algo que ya tiene un Valor.

En conclusión, podemos decir que las diversas formas de Jusnaturalismo y positivismo se comportan de manera diferente, ya que son presentadas como diversas ideologías de la justicia,[21] no pudiendo ser ambas aceptadas o rechazadas, como teoría general del derecho son incompatibles, por un lado existe una superioridad y por otro la exclusividad, pero se trasladan como proposiciones contrarias que no puede ser aceptadas o rechazadas ambas. Y cuando se presentan como dos formas diferentes en las que ese aproximaba a la experiencia jurídica, podemos decir que son compatibles pero operan en ámbitos distintos, por una parte el metavalor de la justicia de las leyes con un perfilamiento a su reforma, y por otro lado la interpretación de la leyes en aras de una mejor sistematización teórica para su mejor aplicación en la practicidad.

En la relación teórica, el derecho natural se refiere a partir a la naturaleza, se dice que al estudio científico no valorativo del derecho se le dará acceso a la crítica de la ley, lo mejor es echar mano de las sugerencias que provienen de la tradición del derecho natural; y por lo que respecta al derecho positivo, metodológicamente, obedeceremos a las leyes que

[21] A través de la justicia la sociedad trata de ordenar, y es aquí donde la antropología como ciencia social, adquiere un gran éxito, pues como lo refieren Aguilera y González, el éxito gira en relación " a la función práctica que este saber puede proporcionarnos, como ayuda a los hombres a un mayor conocimiento sobre sí mismos como colectivo, tratar desde la comprensión y análisis aprender a respetar las profundas diferencias que tenemos como personas y culturas, tratar de cambiar el estado desesperante de la sociedad, a través de la búsqueda de un mayor ajuste social." Ob. Cit. AGUILERA Portales Rafael Enrique y GONZÁLEZ Cruz Joaquín. Pág. 3.

establece el legislador, ya que no existen otras superiores a ellas; al derecho natural no lo podemos presentar en algunas de las formas del derecho positivo; y por consecuencia el derecho positivo vigente sería el objeto de estudio de la jurisprudencia como ciencia.

2. ¿Qué es el Derecho Natural?

Ahora bien, la idea de Bobbio,[22] en cuanto al derecho natural se remonta a la edad de clásica, siguiendo vigente en el transcurso de la Edad Media; pero cuando se habla de doctrina o de escuela del derecho natural nos hacemos referencia al Renacimiento, siendo su desarrollo y difusión entre el inicio del siglo XVII y el final del siglo XVIII; teniendo su mayor manifestación en el año de 1789, con la Declaracón Francesa de los Derechos del hombres y del ciudadano. Teniendo sus inicios en derecho natural con la obra de Hugo Grocio, publicada en el año de 1625; no teniendo duda que la conclusión del derecho natural será con la aparición del código napoleónico, el cual puso "las bases para el fortalecimiento de una posición de mayor respeto para la leyes establecidas" y de tal forma un modo de concebir la labor del estudioso del derecho y la funcionabilidad de la ciencia jurídica, que adquiere el nombre de positivismo jurídico.

Cita además que el historicismo jurídico en Alemania, tiene su llegada el derecho positivo con la publicación de un ensayo de Hegel titulado en español "De las diferentes maneras de tratar científicamente el derecho natural" publicado y editado en el año de 1802. Pero con la obra del Contrato Social de Rousseau,[23] quien destaca la importancia del iusnaturalismo, recibiendo como un derecho natural moderno; refirendo ademas que, los hombres al no poder engendrar nuevas fuerzas, lo que tienen que ser es unir y dirigido las existentes, no teniendo ningún otro medio de conservación, y es entonces cuando esto forma de asociación bien definida protege con lo cual sacó un dato zona y los bienes de cada asociado dándose una condición de igual para todos y al ser así no existe ningún interés en hacer algo lesivo hacía los demás.

[22] BOBBIO Norberto y BOVERO Michelangelo. *Sociedad y Estado en la Filosofía Moderna, el modelo iusnaturalista y el modelo Hegeliano-Marxiano*. Traducción FERNÁNDEZ Santillan José Florencio. Fondo de Cultura Económica. México. 1996. Págs. 15 a la 19.
[23] ROUSSAEU Juan Jacobo. *El contrato social o principios derecho político*. Porrúa. México. 2004. Pág. 11.

Y para Kelsen, el derecho natural está representado por el tipo metafísico de Filosofía Jurídica, así como la nacionalista que dominaba durante los siglos XVII y XVIII, mismas que fueron abandonadas en su totalidad en el siglo XIX, pero en la actualidad vuelve a tener vigencia. La teoría que representa al derecho natural sostiene existe una regulación justa de relaciones humanas que emergen de la naturaleza, y así al general o del hombre, mismas que funcionan como autoridad normativa.[24] También menciona que las leyes naturales son interpretadas como normas que proceden de una voluntad divina que prescribe a la naturaleza una determinada conducta. Y por lo tanto, la teoría metafísica del derecho cree encontrar en la naturaleza, en tanto manifestación de la voluntad divina, un derecho natural; es decir, cree el poder deducir de un ser un deber ser. Esto es un sofisma; y sobre este sofisma está fundada la teoría del derecho natural.[25]

Bobbio,[26] al señalar al Derecho como un ordenamiento de relaciones sociales, se tienen dos tipos de esas relaciones sociales, la primera entre iguales y la segunda entre desiguales;[27] en este caso no encuadra la sociedad natural señalada por los iusnaturalistas, ya que para ellos las relaciones se dan entre iguales.

Thomas Hobbes,[28] cita el derecho de naturaleza, al que los escritores llaman regularmente *jus naturale*, mismo que se utiliza como libertad y que cada ser humano, tiene para utilizar su propio poder como quiera, esto para la conservación de su propia naturaleza, o dicho de otra manera, para la conservación de su vida; entendiéndose por libertad como la ausencia de impedimentos externos, los cuales pueden reducir el poder que

[24] KELSEN Hans. *¿Qué es la Justicia?* Traducción GARZÓN Valdés Ernesto. Fontamara. México. 2006. Pág. 69.
[25] KELSEN Hans. *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?* Traducción GARZÓN Valdés Ernesto. Fontamara. México. 2007. Pág. 13.
[26] BOBBIO Norberto. *Estado, Gobierno y Sociedad por una teoria general de la política*. Traducción FERNÁNDEZ Santillan José. Fondo de Cultura Económica. México. 2006. Pág. 15.
[27] Aristóteles señala que: "para quienes por naturaleza son iguales debe haber naturalmente un mismo derecho y una misma dignidad... La ley es [la] liberada de la pasión... Es evidente, pues, que al buscar la justicia los hombres buscan el [término] medio, y la ley es ese [justo] medio... Unas cosas pueden ser abarcadas por las leyes de otros no; lo cual es el lugar de investigar si la mejor ley o el mejor hombre quién debe gobernar." ARISTÓTELES. *La Política*. Prólogo y notas BRICEÑO Jáuregui Manual. Editorial Panamericana. Colombia. 2005. Págs. 158-161.
[28] HOBBES Thomas. *Leviatán o la materia, formas y poder de una república eclesiástica y civil.* Traducción Y Prefacio SÁNCHEZ Sarato Manuel. 2ª Edición. Fondo de cultura económica. México. 2006. Págs. 106, 107, 108 y 118.

el hombre tiene para realizar lo que quiere; y por ley natural, se entiende como una norma general establecida por la razón.

Asimismo, Hobbes, señala que cómo ley fundamental de naturaleza se tiene que cada hombre debe reforzarse por la paz, mientras se tiene la esperanza de poder lograr, y en el caso de no tenerla, deberá buscarla utilizando todas las ayudas; y como segunda ley de naturaleza cita que uno accedera la paz, siempre y cuando si los demás consienten. Por renuncia a un Derecho, es despojarse de la libertad, pudiendo ser por simple renunciación o por transferencia de un derecho. Como una tercera ley de naturaleza se tiene que los hombres cumplan los contratos o pactos que hayan celebrado, es en esta ley donde se tiene la fuente y el origen de la justicia, contrario a la justicia tenemos a la injusticia la cual no es más que el incumplimiento de ese contrato o pacto.

Basave Fernández del Valle, concibe al Derecho Natural como "conjunto de reglas supremas, cognosibles por la sola razón del hombre y congruentes con su naturaleza, que declara, regula y limita la libre actividad humana en cuanto es necesario para la consecución armónica de los fines individuales y colectivos en la vida social."[29] Señalando que un orden jurídico establecido concreta al derecho natural, y por lo que lo reconoce como el cimiento del derecho positivo, ya que apoya perennemente; tratándose de una serie de principios racionales que anteceden a las leyes positivas.[30]

Y para Bodenheimer, el derecho por su propia naturaleza "es un termino medio entre la anarquía y el despotismo. Trata de crear y mantener un equilibrio entre esas dos

[29] Ob. Cit. BASAVE Fernández del Valle Agustín. *Filosofía del Derecho, fundamentos y proyecciones de la filosofía jurídica*. Pág. 26. señala los siguientes principios: "dar y reconocer al otro lo que es debido en justicia; no causar al prójimo un daño injusto; cumplir las obligaciones, pagar las deudas; asumir las consecuencias de nuestros actos frente al prójimo; respeto la vida y a la persona; no enriquecerse a costa de otros sin causa justa; devolver los depósitos; no ser juez y parte en el mismo proceso; no juzgar a nadie ni oírlo y darle la oportunidad de probar defensa;..." Ídem.

[30] Alf Ross, cita al jurista austríaco Alfred Verdross, quien en su libro filosofía a jurídica occidental, refiere que: "un defensor del jusnaturalismo no puede negar la posibilidad de que existan normas que, aunque contrarias al derecho natural, son eficientes y, por esta razón, adecuadas como objeto de una investigación científica. El partidario del jusnaturalismo está inclusive obligado a tratar de conocer todos derecho positivo como tal porque no podrá valorar las normas eficientes si antes no ha establecido su existencia y verificado su alcance y contenido, ya que toda valoración presupone el conocimiento previo del objeto de ella." Traducción realizada en: ROSS Alf. El concepto de validez y otros ensayos. Traducción de CARRIÓ Genaro R. y PASCHARO Osvaldo. Fontamara. México. 2001. Pág. 19.

formas extremas de la vida social. Para evitar la anarquía, el Derecho limita el poder de los individuos particulares; para evitar el despotismo, enfrenta el poder del gobierno." [31]

Por su parte, Aguilera Portales,[32] citando a Pérez Luño, distingue al menos dos tendencias del derecho natural: la primera se refiere a un Iusnaturalismo ontológico, dogmático o radical, qué significa una teoría del ser en cuanto al ser, partiendo por lo tanto de los primeros principios, así como de las primeras causas, suponiendo "la existencia del punto de vista de Dios"; el segundo es un Iusnaturalismo deontológico, criticó por o moderado el cual no niega la existencia del derecho positivo que es injusto, diseñando los criterios para comprobar su dictador y en consecuencia se justifica "su crítica y sustanciación por un orden jurídico justo."

2.1 Formas del iusnaturalismo en la ideología de Norberto Bobbio

En el jusnaturalismo, Bobbio[33] afirma "la superioridad del derecho natural sobre el derecho positivo." Y en esa hegemonía se distinguen en tres formas propias del jusnaturalismo:[34] "el escolástico, el racionalista moderno y el hobbesiano" y que consisten en: primero, señala al derecho natural como un conjunto de primeros principios éticos, que son generales y que el legislador humano debe tomar en cuenta para la elaboración del derecho positivo, y a las personas a las que van destinadas no sólo los hombres sino a las personas que hace la leyes, es decir a los legisladores, emergiendo esta manera que en ocasiones los súbditos se encuentran obligados a obedecer a leyes injustas pero esto es así por estar positivamente publicadas.

La segunda forma del derecho natural, la tenemos en forma de reglamentación, a diferencia del derecho positivo qué se entiende cómo fue es obligatoria, la que contiene la regla es aplicada como mera calificación normativa aún terminado comportamiento, señalando en este apartado el autor señala que la distinción entre derecho natural y derecho positivo corresponde a la diferenciación de derecho perceptivo y derecho perentorio, esto

[31] BODENHEIMER Edgar. *Teoría del Derecho*. Fondo de Cultura Económica. México. 1986. Pág. 26.
[32] AGUILERA Portales Rafael Enrique. *Teoría Política y Jurídica, problemas actuales*. Editorial Porrúa. México. Págs. 10 y 11. Pérez Luño Antonio Enrique. Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del derecho. 4ª Edición. Lima Palestra. 2005. Pág. 41.
[33] Ob. Cit. BOBBIO Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Pág. 76.
[34] Ibídem. Págs. 76-79.

quiere decir que lo que cambia en el positivo no se encuentran el contenido sino en los diversos procedimientos para aplicarlos; en este aspecto el derecho natural viene a ser el resultado de la relación de coexistencia de los hombres fuera del Estado, como ya se dijo, los destinatarios son más bien a los legisladores que haga los individuos singulares.

Y la tercera forma del derecho natural, es el fundamento de todo orden jurídico positivo, en este sentido la reglamentación están únicamente en señalar la por el legislador humano, la funcionalidad del derecho natural es simple y pura al dar un sostén legitimidad al poder con el que se encuentra embestido a lo que conocemos como poder legislativo, correspondiendo a los ciudadanos la completa obediencia.

Mauricio Beuchot, distingue sólo dos etapas históricas del iusnaturalismo: la clásica y la moderna; la primera, se refiere a la de los griegos, el derecho romano y la escolástica, tanto medieval como postmedieval, teniendo autores como Aristóteles, Santo Tomás, Duns Escoto, Victoria y Suárez; y la segunda, es la del siglo XVII y alcanza a la actualidad, siendo sobre todo, con Hobbes, Grocio, Puffendort, Tomasius, Kant, Hegel y otros. Y mientras la primera es objetivista, es decir el clásico, la segunda, el moderno es subjetivista. Señalando que la "filosofía derecho, la corriente ellos naturalista en la que sostiene que, además del derecho positivo, hay un derecho natural en el cual se fundamenta aquel." [35]

3. ¿Qué es el Derecho Positivo?

Antes de referirme al derecho positivo,[36] menciono el concepto de orden jurídico, el cual para que Kelsen[37] no sea otra cosa más que la "pluralidad de normas generales e individuales que regulan el comportamiento humano." Y el comportamiento de un hecho está establecido en una norma y por consecuencias debidas, siendo aquí cuando la

[35] BEUCHOT Mauricio. *Derechos Humanos, Historia y Filosofia.* Fontamara. México 2008. Págs. 97 y 98.

[36] No referimos al positivismo jurídico como hijo del positivismo filosófico, es decir no es la doctrina filosófica de Augusto Comte, la cual deberá consistencia e influencia en el siglo XIX no siendo tampoco una derivación de este último. Ob. Cit. SQUELLA Agustín.Pág. 179. La academia francesa para referirse la filosofía de Augusto Comte en el año de 1878 admite dos neologismos, que son positivismo y positivista, en la cual se emplea "esta expresión en oposición a la filosofía teológica y a la filosofía metafísica." KREMER-MARIETTI Angéle. *¿Qué sé? El Positivismo*. 2ª edición. Consejo Nacional para la Cultura y las Artes. México 1997. Pág. 7

[37] KELSEN Hans. *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*. Traducción VASQUEZ Eduardo y Otros. Fontamara. México. 2003. Pág. 93.

conceptualización de norma y el de deber ser concuerdan. El decir que es debido, quiere decir positivamente aceptado o autorizado; esto por ser puestas, establecidas o creadas por acciones de seres humanos, y los actos puros que se establece o crear las normas de ese orden jurídico son precisamente actos de legislación y "que constituyen una costumbre creadora de derecho, actos juridiccionales, actos administrativos, actos convencionales." En la teoría pura del derecho de Kelsen, trata de una teoría sobre el derecho positivo en general, no sobre una teoría de orden especifico, no viene a ser una "interpretación de normas juridicas particulares, nacionales o internacionales."[38]

Gustavo Zagrebelsky,[39] cita que los problemas jurídicos del Derecho Positivo no los encontramos en las legislaciones, ni en las determinaciones decretadas por los Jueces, es algo que va más allá y parece reclamar un cambio de las diversas ideas jurídicas que se utilizan en la práctica.[40]

Bobbio,[41] distingue tres aspectos diferentes históricamente presentados en cuanto al estudio del positivismo jurídico, el primero como una forma de aproximarse al estudio del derecho; el segundo como una determinada teoría o concepción del derecho;" y el tercero "como una determinada ideología de la justicia".

Como modo para acercarse al estudio del Derecho se presenta como una delimitación del objeto de la investigación, presentando cierta dirección hacia el estudio de algunos problemas más que de otros; aquí Bobbio citada a la teoría y a la ideología, la primera la entiende "como un conjunto de aseveraciones vinculadas entre sí con las cuales cierto grupo de fenómenos son descritos, interpretados, llevados a un nivel muy alto de generalización y unificados después en un sistema coherente; no el modo de acercarse a una determinada realidad, sino el modo de entenderla, de dar una descripción y una explicacion global de ella." Y por lo que respecta a la ideología, está se entiende como la posición que

[38] KELSEN Hans. L*a Teoría Pura del Derecho.* Traducción VERENGENO Roberto J. 15ª Edicón. Porrúa. México. 2007. Pág. 15.
[39] ZAGREBELSKY Gustavo. *El derecho dúctil, leyes, derechos, justicia*. Traducción GASCÓN Mariana. 8ª Edición. Editorial Trotta. Madrid. 2008. Pág. 9.
[40] Actitud del Derecho, que Dworkin refiere como, el de "colocar el principio por encima de la práctica para demostrar el mejor camino hacia un futuro mejor, cumpliendo con el pasado."DWORKIN Ronald. *El Imperio de la Justicia*. Traducción FERRARI Claudia. Gedisa. España. 2005. Pág. 290.
[41] Ob. Cit. BOBBIO Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Pág. 44.

toma frente a una realidad en específico la cual está fundamentada sobre un sistema más o menos consciente de valores, ya que su forma de expresión es precisamente en juicios de Valor que tienden a ejercer influencia sobre la realidad en que se presenta, ya sea positiva o negativa. Además, Bobbio, distingue tres aspectos que los unifica en una teoría, pero cómo modo de acercarse al estudio del derecho el positivismo no puede ser visto de esa manera, ya que nos induce a concretizar dos criterios metodológicos; el primero sostiene que el análisis que se describa de la Doctrina se puede formular individualizar, no a un jurista como justos y vista, esto en relación al modo de concebir al derecho, lo que no significa que lo será también con respecto a la teoría y a la ideología; individualizar significa que no lo haremos respecto a la ideología.

El segundo criterio metodológico se le considera como el momento crítico ópalo nativo de la Doctrina y puede ser explicado como la aprobación o la condena de alguno de los aspectos del positivismo jurídico que no implican por la condena de los otros dos. Bobbio,[42] indica que como modo de acercarse al estudio del derecho el positivismo se encuentra señalado por una clara diferenciación entre derecho real y derecho ideal, o dicho de otra manera en un derecho como hecho o como valor, entre lo que es y debe ser y tener vigencia. La teoría que representa al positivismo y por la que se debe de preocuparse es la primera.

El punto de vista empírico que tiene el positivismo jurídico frente al derecho, Bobbio,[43] la señala como approach. Dworkin, [44] cita que el positivismo jurídico es una teoría semántica, es decir, que por el significado de las palabras es un "hecho evidente y el postulado de que el argumento genuino sobre el derecho debe ser empírico en lugar de teórico." Refiriendo además, que algunos positivistas al contestar la pregunta ¿Por qué entonces abogados y jueces deben pretender un desacuerdo teórico en casos como éstos?, Dice: "los jueces pretenden no estar de acuerdo sobre qué es el derecho porque el público cree que siempre hay una ley y que los jueces siempre deberían seguirla."

[42] Ibídem. Pág. 46.
[43] Ibídem. Pág. 66.
[44] Ob. Cit. DWORKIN Ronald. Pág. 39.

Rojas Amandi,[45] refiere que la teoría de Dworkin, propone que en los casos difíciles –hard cases- se puede tener una teoría alternativa al positivismo, pero ésta debe respetar las reglas que el Derecho tiene como parte esencial, pues al no hacerlo así un Juez actuaría de forma arbitraria, ya que sus determinaciones deben contener criterios de racionalidad e imparcialidad.

4. El debate tradicional entre Derecho Natural y Derecho Positivo

Bobbio,[46] menciona, que la polémica entre jusnaturalismo o positivismo, no se da en cuanto a su significación o entre cual de los dos términos debemos escoger. Sostiene; primero que de las expresiones jusnaturalismo y positivismo jurídico, se han dado diversas que la relación que encontramos en ellas las colocamos en diferentes planos, y ya sea que se trate de uno u otro significado; segundo " sólo en uno de estos significados constituyen una verdadera y auténtica alternativa."

Por jusnaturalismo, Bobbio[47] entiende que es " aquella corriente que admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y sostiene la supremacía del primero sobre el segundo." Y por positivismo juridico, entiende “aquella corriente que no admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y afirma que no existen otro derecho que el derecho positivo.”

De lo antes mencionado observamos que ninguna de las dos definiciones presenta forma alguna que se les parezca, ya que el jusnaturalismo presenta la superioridad del derecho natural sobre el positivo, y el positivismo no le da cabida al derecho natural, puesto que únicamente tiene al derecho positivo. En el jusnaturalismo se presenta una teoría de la superioridad al derecho natural sobre el derecho positivo, y por lo que respecta a este último se tiene una teoría de la exclusividad de ese derecho positivo; y el primero es dualista y el segundo es comunista.

Sigue diciendo Bobbio, que definir de esa manera jusnaturalismo y el positivismo jurídico, se tiene que ni una, ni otra conceptualización agotan las generales posibles del

[45] ROJAS Amandi Víctor Manuel. *Ronald Dworkin y los Principios Generales de Derecho*. Porrúa. México. 2007. Págs. 45 y 46.
[46] Ob. Cit. BOBBIO Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Pág. 73.
[47] Ibídem. Pág. 74.

derecho, imaginando a tres: la primera, existe tanto uno como otro, pero no en relación de dependencia, si no de independencia o de indiferencia; segundo existe sólo el derecho natural; tercero tenemos a ambos derechos, pero el positivo es superior al natural.

En el pensamiento de Bobbio, se plantea la relación entre el jusnaturalismo y el positivismo jurídico en cuanto a las teorías generales del derecho, esto es, como modo de entender y de explicar el fenómeno jurídico. Visto de esa manera el positivismo jurídico no es el resultado del poder legislativo, sino es sólo la elaboración teórica y posiblemente dogmática del voluntarismo jurídico, entendiéndose al derecho como una voluntad del soberano, seguimos con la supremacía de la ley sobre las otras fuentes derecho. Al observar las diversas doctrinas jusnaturalista, estas no encuentran similitud, encontramos siempre como protectores del derecho natural a las morales mas diversificadas, como de autoridad o de libertad, así encontramos los proclamos de igualdad para los hombres. Teniendo en ocasiones reglas o principios.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA Portales Rafael Enrique y GONZÁLEZ Cruz Joaquín. Antropología Socio-jurídica y Criminológica. Editorial Lazcano. México. 2008.

AGUILERA Portales Rafael Enrique. *Teoría política y jurídica, problemas actuales*. Editorial Porrúa. México.

ARISTÓTELES. *La Política*. Prólogo y notas BRICEÑO Jáuregui Manual. Editorial Panamericana. Colombia. 2005.

ARNAIZ Amigo Aurora. *Norberto Bobbio sus aportaciones a la ciencia política.* Prólogo SERRANO Migallón Fernando. Porrúa. México 2006.

BASAVE Fernández del Valle Agustín. *Filosofía del Derecho, fundamentos y proyecciones de la filosofía jurídica*. Editorial Porrúa. México. 2001.

BEUCHOT Mauricio. *Derechos Humanos, Historia y Filosofia.* Fontamara. México 2008.

BOBBIO Norberto y BOVERO Michelangelo. *Sociedad y Estado en la Filosofía Moderna, el modelo iusnaturalista y el modelo Hegeliano-Marxiano.* Traducción FERNÁNDEZ Santillan José Florencio. Fondo de Cultura Económica. México. 1996.

BOBBIO Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Traducción GARZÓN Valdés Ernesto. Fontamara. México. 2007.

BOBBIO Norberto. *Estado, Gobierno y Sociedad por una teoria general de la política*. Traducción FERNÁNDEZ Santillan José. Fondo de Cultura Económica. México. 2006.

BODENHEIMER Edgar. *Teoría del Derecho*. Fondo de Cultura Económica. México. 1986.

CELORIO Celorio Felipe. *Derecho Natural y Positivo, origen y evolución histórico-juridica.* Prólogo LASTRA Lastra José Manuel. Porrúa. México 2005.

DWORKIN Ronald. *El imperio de la justicia.* Traducción FERRARI Claudia. Editorial Gedisa. Barcelona. 2005.

FERNÁNDEZ Santillán José. *Norberto Bobbio: el filósofo y la política antología*. Prefacio BOBBIO Norberto. Traducción FERNÁNDEZ Santillan José y AURELI Ariella. 2ª Edición. Fondo de Cultura Económica. México. 2004.

GONZÁLEZ de Luna Tomás. *Bobbio, Filósofo de la política.* Universidad Autónoma de Nuevo León. México 2005.

HART Herbert L. A. *El Concepto de Derecho*. Traducción de CARRIÓ Genero R. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1998.

HOBBES Thomas. *Leviatán o la materia, formas y poder de una república eclesiástica y civil.* Traducción Y Prefacio SÁNCHEZ Sarato Manuel. 2ª Edición. Fondo de cultura económica. México. 2006.

KELSEN Hans. *¿Qué es la Justicia?*. Traducción GARZÓN Valdés Ernesto. Fontamara. México. 2006.

KELSEN Hans. *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho*. Traducción GARZÓN Valdés Ernesto. Fontamara. México. 2007.

KELSEN Hans. *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*. Traducción VASQUEZ Eduardo y Otros. Fontamara. México. 2003.

KELSEN Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Traducción VERNENGO Roberto J. 15ª Edición. Porrúa. México. 2007.

KREMER-MARIETTI Angéle. *¿Qué sé? El Positivismo*. 2ª edición. Consejo Nacional para la Cultura y las Artes. México 1997.

RADBRUCH Gustav. Traducción de ROCES Wenceslao. *Introducción a la Filosofía del Derecho.* Fondo de Cultura Económica. México 2005.

RECASÉNS Siches Luis. Tratado General de Filosofía del Derecho. 7ª. Edición. Porrúa. México. 1981.

ROJAS Amandi Víctor Manuel. *Ronald Dworkin y los Principios Generales de Derecho*. Porrúa. México. 2007.

ROSS Alf. El concepto de validez y otros ensayos. Traducción de CARRIÓ Genaro R. y PASCHARO Osvaldo. Fontamara. México. 2001.

ROUSSAEU Juan Jacobo. *El contrato social o principios derecho político*. Porrúa. México. Onerosa

SQUELLA Agustín. *Norberto Bobbio: un hombre fiero y justo*. Fondo de Cultura Económica Chile. Santiago Chile. 2005.

ZAGREBELSKY Gustavo. *El derecho dúctil, leyes, derechos, justicia*. Traducción GASCÓN Mariana. 8ª Edición. Editorial Trotta. Madrid. 2008.