

EN DEFENSA DE LOS PRINCIPIOS DE DERECHO NATURAL

In defense of the principles of Natural Law

A difesa dei principi del Diritto Naturale

Daniel Alejandro Herrera¹

Para citar este artículo:

Herrera, D.A. (2020). “En defensa de los principios de Derecho Natural”. *Prudentia Iuris*, N. Aniversario, pp. 47-61.

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.aniversario.2020.pp.47-61>

Resumen: En el presente artículo se pretende hacer una defensa de los principios de Derecho Natural (connotaciones jurídicas de la ley natural) usando la dialéctica (y la retórica). Primero, se abordan distintas corrientes contemporáneas (constructivistas y neoconstitucionalistas) que, desde otra matriz, distinguen entre principios y reglas o normas. En cuanto a estos “principios”, hay distintos problemas para justificarlos racionalmente, siendo en muchos casos meros postulados que se proclaman para justificar toda la estructura del obrar posterior. Finalmente, se trata de los principios de Derecho Natural captados en forma inmediata (por inducción abstractiva) de la realidad, en razón de su evidencia (el predicado se encuentra contenido en el sujeto), por la *razón práctica moral (primera ratio)*, fundados en la naturaleza humana, en la propia esencia humana como principio de sus operaciones, conocidos por la *razón especulativa metafísica (última ratio)*.

Palabras clave: Ley natural; Constructivismo; Neoconstitucionalismo; Primera ratio; Última ratio.

1 Profesor Titular Ordinario de Filosofía del Derecho y Director de la Carrera de Abogacía, Facultad de Derecho, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina. Correo electrónico: daniel_herrera@uca.edu.ar

Abstract: This article aims to defend the principles of Natural Law (legal connotations of natural law) using dialectics (and rhetoric). First, different contemporary currents (constructivist and neo-constitutionalist) are approached distinguishing between principles and rules or norms. As for these “principles”, there are different problems to justify them rationally, being in many cases mere postulates that are proclaimed to justify the entire structure of later action. Finally, we deal with the principles of Natural Law immediately grasped (by abstractive induction) of reality, by reason of their evidence (the predicate is contained in the subject) by *practical moral reason (first ratio)*, founded on human nature, in the very human essence as the principle of its operations, known by the *metaphysical speculative reason (last ratio)*.

Keywords: Natural law; Constructivism; Neoconstitutionalism; First ratio; Last ratio.

Sommario: Questo articolo cerca difendere i principi del diritto naturale (connotazioni legali del diritto naturale) usando la dialettica (e la retorica). In primo luogo, si avvicinano diverse correnti contemporanee (costruttiviste e neocostituzionaliste) che da un'altra matrice distinguono tra principi e regole o norme. Quanto a questi “principi”, ci sono diversi problemi per giustificarli razionalmente, essendo in molti casi meri postulati che vengono proclamati per giustificare l'intera struttura dell'azione successiva. Infine, sono i principi della legge naturale catturati immediatamente (per induzione astrattiva) della realtà, in ragione della sua evidenza (il predicato è contenuto nel soggetto) dalla *ragione morale pratica (primo rapporto)*, fondata su la natura umana, nella stessa essenza umana come principio delle sue operazioni, conosciuta dalla *ragione speculativa metafisica (ultimo rapporto)*.

Parole chiave: Legge naturale; Costruttivismo; Neocostituzionalismo; Primo rapporto; Ultimo rapporto.

1. Justificación del título

Según Aristóteles, *principio* es aquello de lo cual algo procede, en el orden del ser (*entitativos*), del conocer (*noéticos*) y del hacer o el obrar (*operativos*)². En sí mismo, son indemostrables en tanto que evidentes, conocidos inmediatamente por la inteligencia (*nous o intellectus*) sin mediación

2 Cfr. Aristóteles. *Metafisica*, LV, Cap. I.

de ningún razonamiento. Sin perjuicio de ello, se puede usar la dialéctica (y también la retórica, según el caso) para defender los principios contra sus impugnantes³, y en ese sentido lo vamos a hacer en este trabajo.

Además, el presente artículo se inscribe en una serie publicada anteriormente en *Prudentia Iuris*, en la que se reflejan las lecciones inaugurales de los años académicos en la Facultad de Derecho de la UCA: “En defensa de la racionalidad del Derecho” (2013), “En defensa de la moralidad del Derecho” (2014) y “En defensa de la politicidad del Derecho” (2015).

2. La distinción actual entre principios y normas o reglas

Producto de la crisis del *positivismo jurídico* (dominante en fines del siglo XIX y principios del XX), por la falta de valoración de las normas positivas y la justificación de regímenes totalitarios se han violado sistemáticamente derechos fundamentales, usando para eso el Derecho Positivo (jurídicamente válido y vigente conforme a los cánones de esa corriente de pensamiento). Derecho Positivo que tiene como única y última fundamentación la fuerza (*auctoritas non veritas facit legem*).

Frente a ello, después de la Segunda Guerra Mundial (1945) y de la caída de los regímenes comunistas (1989), han surgido corrientes iusfilosóficas *no positivistas* que buscan superar la mencionada crisis a partir de la inclusión de principios como integrantes del orden jurídico, junto a las normas positivas. De esta manera, pretenden responder al reduccionismo positivista que acota el Derecho a un sistema de normas positivas puestas e impuestas por el Estado a través de la fuerza. En cambio, según estas corrientes no positivistas, los principios no son puestos ni impuestos por la fuerza, sino que valen por su contenido (supuestamente justificado racionalmente) y, como tales, integran el orden jurídico.

Actualmente, la mayoría de estas posturas no positivistas coinciden en que los Derechos Humanos (poco hablan de sus correlativos deberes) serían el contenido de estos principios u operarían a modo de principios fundamentales del sistema. En esta línea de pensamiento podemos ubicar autores de lo más variados y de matrices diferentes. Así, podemos señalar como principales referentes:

3 Cfr. Lamas, F. (1998). *Dialéctica y Derecho*. Buenos Aires. Rev. Circa Humana Philosophia, III, 74.

- i) *Ronald Dworkin*: desde una teoría de la interpretación (especialmente judicial) de matriz empirista distingue los principios (que tienen que ver con “los derechos en serio”, conforme al título de su primera gran obra) que valen por su peso e importancia (morales o socioeconómicos), de las normas que, a su vez, valen por su *pedigree*, en tanto fueron sancionadas por la autoridad competente (test de origen)⁴.
- ii) *Robert Alexy*: desde un principialismo kantiano, distingue entre reglas o normas como mandatos definitivos (que valen a todo o nada, se aplican o no se aplican *in totum*) y principios como mandatos de optimización (que valen conforme a sus posibilidades, tanto fácticas como jurídicas), que deben ser objeto de ponderación y sopesados junto con los otros principios y reglas. Sin perjuicio de ello, los Derechos Humanos, en tanto contenido sustancial de los principios, son fundados en una metafísica, pero no realista, sino de matriz kantiana⁵.
- iii) *Gustavo Zagrebelsky*: desde un neoconstitucionalismo principialista también distingue entre las reglas o normas legales que constituían el centro del Estado Legal de Derecho y los principios (de justicia y Derechos Humanos) contenidos en las constituciones como máxima expresión del Derecho Positivo. Sin perjuicio, que en su formulación universal y abstracta se asemejan a los principios de Derecho Natural, son positivizados en las constituciones y constituyen el centro del Estado Constitucional de Derecho⁶.
- iv) *John Rawls*: desde un constructivismo contractualista justifica los principios de justicia como resultado de un consenso entrecruzado de posturas razonables en un contrato social hipotético, celebrado por las partes en una posición original de igualdad también hipotética. Por este contrato hipotético, las partes acuerdan dos principios de justicia: el primer principio de igualdad de libertades y derechos, posteriormente garantizado por la constitución, y el segundo principio (de diferencia), que justifica las desigualdades justas y se

4 Cfr. Dworkin, R. (1999). *Los derechos en serio*. Barcelona. Ariel; (2012). *El imperio de la justicia*. Barcelona. Gedisa.

5 Cfr. Alexy, R. (2012). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; (2008). *El concepto y la naturaleza del Derecho*. Madrid. Barcelona - Buenos Aires. Marcial Pons; (1994). *El concepto y la validez del Derecho*. Barcelona. Gedisa; (2010). *La institucionalización de la justicia*, Granada Comares.

6 Cfr. Zagrebelski, G. (1995). *El Derecho Dúctil*. Madrid. Trotta, 109 y sigs.; (2014). *La ley y su justicia*. Madrid. Trotta.

- garantiza en la legislación sancionada conforme a la constitución⁷.
- v) *Jürgen Habermas*: desde un constructivismo posmetafísico nekantiano, justifica los principios (los Derechos Humanos y la democracia) como resultado de un consenso reconstruido a través de las reglas formales del discurso propuestas en su teoría de la acción comunicativa⁸.

Frente a estas posturas no positivistas, podemos ver algunos intentos neopositivistas de justificar un determinado contenido sustancial del Derecho (especialmente los Derechos Humanos y el principio democrático) que supere la pura formalidad (Kelsen) propia del positivismo clásico basado fundamentalmente en la validez formal y la eficacia:

- i) *El positivismo incluyente*: desde un positivismo de matriz hartiana (Soper y Lyons) pretenden refutar las críticas de Dworkin al positivismo de Hart (en cuanto a que el Derecho no estaba compuesto solo por reglas, sino también por principios), sosteniendo que los principios morales que señala Dworkin pueden ser reconocidos aplicando la regla empírica de reconocimiento de Hart⁹.
- ii) *Luigi Ferrajoli*: desde un neoconstitucionalismo garantista de matriz neopositivista, reivindica los Derechos Humanos y sus garantías como contenido de la democracia y del Derecho Positivo en su dimensión sustancial; que se complementa con su dimensión formal (leyes positivas y procedimientos democráticos), siendo creados (los principios, derechos y garantías) por el Derecho Positivo como su máxima expresión (al igual que para Zagrebelsky) pero “justificados” en clave positivista¹⁰.

7 Cfr. Rawls, J. (1997). *Teoría de la Justicia*. México DF. Fondo de Cultura Económica; (1993). “Political Liberalism”. En Columbia University Press, New York, traducido al castellano por Madero Báez, S. R. con el título: *Liberalismo Político*. México DF. Facultad de Derecho Unam y Fondo de Cultura Económica; (2002) *Justice as Fairness*. Edición a cargo de Erin Kelly. The Belknap Press o Harvard University Press. Cambridge (Mass. EE. UU.) y Londreus, R.U. 2001. Traducido al castellano por Andrés de Francisco, con el título: *Justicia como equidad. Una reformulación*. Barcelona. Paidós.

8 Cfr. Habermas, J. (2012). *El discurso filosófico de la modernidad*. Buenos Aires. Madrid. Katz; (2008). *Conciencia moral y acción comunicativa*. Madrid. Trotta.

9 Cfr. Etcheverry, J. B. (2006). *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente*. Con prólogo de Pedro Serna. México. UNAM.

10 Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la democracia*. Madrid. Trotta; (2010). *Garantismo*. Madrid, Trotta; (2010). *Democracia y garantismo*. Madrid. Trotta.

Ahora bien, hay un problema común a varios de estos intentos de justificación de los principios (básicamente de los Derechos Humanos y la democracia) y es que pretenden justificar el contenido sustancial de los mismos a través de procedimientos formales, como es el caso del contrato hipotético de Rawls y el consenso reconstruido de Habermas, lo que constituye lógicamente una falacia, como señalan, entre otros, Kaufmann y Massini¹¹.

Otros pretenden justificar los principios morales a través de una regla empírica de reconocimiento que constata el principio de eficacia, como es el caso del positivismo incluyente poshartiano. Lo que tampoco es posible, pues solo se acredita el acatamiento social y no la justificación racional del contenido sustancial de los principios.

Tampoco alcanzan este objetivo autores neoconstitucionalistas, tanto positivistas (Ferrajoli), como no positivistas (Zagrebelsky), al elevar a la instancia constitucional la creación de los principios como expresión suprema del Derecho Positivo (pero dependiente de este) que se imponen al resto del Derecho Positivo (especialmente mediante la inclusión de principios o derechos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos). No supera los problemas de fundamentación o justificación propios del positivismo, ya sea, al apoyarlos en la fuerza de la imposición de lo no decidible porque ya está decidido (Ferrajoli), o mediante una formulación universal y abstracta semejante a los principios de Derecho Natural pero creada en la instancia superior del Derecho Positivo (Zagrebelsky).

De la misma manera, ni Dworkin, ni Alexy logran (a mi juicio) justificar los principios. En el caso del iusfilósofo americano, ni siquiera se lo plantea. Para él, los principios existen, están ahí, en las prácticas sociales, y son identificados por la interpretación hermenéutica de los jueces que los aplican, sin que eso justifique el contenido sustancial de los mismos y su preexistencia a la norma judicial. Por su parte, en cuanto a Alexy, podemos decir que los mandatos de optimización (fáctica y jurídica) no son auténticos principios, pues no son criterios directrices evidentes del obrar humano (que requieren una referencia a la realidad o naturaleza humana, lo que nos lleva a una fundamentación iusnaturalista y realista de los mismos, como veremos en el punto siguiente). En realidad, el verdadero “mandato de optimización” no se da en el plano del juicio sobre los principios (*fines*), sino más bien en el plano del juicio prudencial circunstanciado (*medios*), que no invalida el principio, como se ve en el conocido ejemplo de Santo Tomás

11 Kaufmann, A. (1998). *La Filosofía del Derecho en la posmodernidad*. Bogotá, 46; Massini, C. I. (2004). *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*. México. UNAM, 39; Herrera, D. A. (diciembre 2013). “El derecho en la tradición central de occidente y su proceso de desnaturalización”. *Prudentia Iuris*, 76, 15.

sobre el depósito del arma¹². Lo mismo puede decirse respecto a la fundamentación en una metafísica formalista al modo de Kant y no realista como la metafísica clásica.

La falta de fundamentación adecuada de los principios hace que se produzca cierta incertidumbre sobre el contenido de los mismos, facilitada por la textura abierta de los textos que receptan los Derechos Humanos (que operarían como principios) y que da pie a una interpretación, especialmente judicial, muy amplia y ambigua, sujeta a prejuicios ideológicos, políticos, o a intereses sectoriales.

A modo de ejemplo, podemos citar algunos fallos, como el caso “F.A.L.”, donde la Corte Suprema argentina, a través de una interpretación amplia y extensiva (lo que no es admisible respecto a los tipos penales), transforma la figura del *aborto eugenésico* no punible (violación de una mujer idiota o demente), por cierto inconstitucional (tanto por el aborto como por la eugenesia), en un *aborto no punible extensible a toda violación*. Declarando no solo su no punibilidad, sino ordenando que el Estado prevea y provea los protocolos médicos a fin de facilitar el acceso público a este tipo de abortos, excediéndose en su jurisdicción respecto del caso concreto y “legislando” en forma general hacia el futuro¹³. Otro caso es el de “Artavia Murillo c/ Costa Rica”, donde la Corte Interamericana de Derechos humanos, luego de señalar las dudas y diferentes posturas en la ciencia respecto al concepto de concepción como momento del comienzo de la existencia del ser humano (fecundación o implantación), decide establecerlo en el momento de la implantación, siendo el criterio más restrictivo, pues excluye a los embriones fecundados y no implantados. Esto constituye una violación del principio *pro homine*, que la Corte tiene que resguardar y que señala que en caso de duda se debe estar por la interpretación que favorezca o incluya más derechos a más seres humanos¹⁴. El problema se agrava cuando es el propio poder jurisdiccional (que tiene que decir lo justo o el derecho), y sobre todo en sus instancias últimas, el que llega a sentencias arbitrarias e injustas, además de inconstitucionales e inconvenientes, según el caso.

Por último, cabe reiterar que los Derechos Humanos entendidos como el contenido sustancial de los principios (en estas concepciones), en sí mismos, no son una realidad fundante del obrar humano consecuente, sino más bien una realidad fundada (que hay que reconocer y garantizar) en la condición o naturaleza humana y su intrínseca dignidad. Pero en ese caso

12 Cfr. Tomás de Aquino. *S. Th.* I-II, 94, 4.

13 “F.A.L. s/ medida autosatisfactiva” (CSJN, 2012).

14 “Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica”. CIDH (CIDH 28-11-2012).

estaríamos en una justificación iusnaturalista como la propia del realismo clásico, que veremos a continuación.

3. Los principios de Derecho Natural en el realismo clásico

Como señalamos al comienzo, según Aristóteles, *principio* es aquello de lo cual algo procede, tanto en el orden del ser, del conocer y del hacer o el obrar¹⁵. A su vez, estos pueden ser *comunes* a distintas ciencias (los primeros principios de la razón especulativa o de la razón práctica) o *propios* de alguna (p. ej., del Derecho).

Así como los primeros principios de la razón especulativa (principio de no contradicción, etc.) serían *comunes* y constituyen la base de todo el conocimiento posterior, los primeros principios de la razón práctica (ley natural) serían también *comunes* y son la base de todo el conocimiento práctico.

A estos primeros principios prácticos comunes nos referimos cuando hablamos de los *principios de Derecho Natural* en el título del presente artículo. Al respecto dice Santo Tomás, en la I-II, 94,2: “[...] los principios de la ley natural son en el orden práctico lo que los primeros principios de la demostración en el orden especulativo, pues unos y otros son evidentes por sí mismos. Ahora bien, esta evidencia puede entenderse en dos sentidos: en absoluto y en relación a nosotros. De manera absoluta es evidente por sí misma cualquier proposición cuyo predicado pertenece a la esencia del sujeto; pero tal proposición puede no ser evidente para alguno, porque ignora la definición de su sujeto [...] Ahora bien, entre las cosas que son conocidas de todos hay un cierto orden. Porque lo primero que alcanza nuestra aprehensión es el ente, cuya noción va incluida en todo lo que el hombre aprehende. Por eso, el primer principio indemostrable es que ‘no se puede afirmar y negar a la vez una misma cosa’, principio que se funda en las nociones de ente y no ente y sobre el cual se asientan todos los demás principios, según se dice en IV *Metaphys.* Mas así como el ente es la noción absolutamente primera del conocimiento, así el bien es lo primero que se alcanza por la aprehensión de la razón práctica, ordenada a la operación; porque todo agente obra por un fin, y el fin tiene razón de bien. De ahí que el primer principio de la razón práctica es el que se funda sobre la noción de bien, y se formula así: ‘el bien es lo que todos apetecen’. En consecuencia, el primer precepto de la ley es éste: ‘El bien ha de hacerse y buscarse; el mal ha de evitarse’. Y sobre éste se fundan todos los demás preceptos de la ley natural, de suerte que cuanto se ha de hacer o

15 Cfr. Aristóteles. *Metafísica*, LV, Cap. I.

evitar caerá bajo los preceptos de esta ley en la medida en que la razón práctica lo capte naturalmente como bien humano. Por otra parte, como el bien tiene razón de fin, y el mal, de lo contrario, síguese que todo aquello a lo que el hombre tiene natural inclinación, la razón naturalmente lo aprehende como bueno y, por ende, como algo que debe ser procurado, mientras que su contrario lo aprehende como mal y como que debe evitarlo. De aquí que el orden de los preceptos de la ley natural sea correlativo al orden de las inclinaciones naturales¹⁶; tanto de las inclinaciones comunes que los hombres tienen con todos los seres, con todos los animales y las específicamente humanas¹⁷. Sin perjuicio de que en el hombre incluso las inclinaciones comunes (con todos los seres y con los animales) son ordenadas de un modo racional¹⁸.

Los primeros principios comunes de la razón son evidentes por sí mismos (autoevidentes) o *per se notae*, porque el predicado está contenido en la esencia del sujeto, conocidos por todos, y llamados, por el aquinate, *communissima*. El primer principio de la razón práctica (el bien debe hacerse y el mal evitarse) que opera como un principio de no contradicción práctico equivalente al de no contradicción (no se puede afirmar y negar una cosa al mismo tiempo y sobre el mismo aspecto) sería un *principia communissima* de todo el conocimiento práctico posterior.

Ahora bien, la pregunta es: ¿cómo conoce la inteligencia estos primeros principios evidentes, tanto especulativos como prácticos? Al respecto sostiene Aristóteles, en los *Segundos Analíticos*: “Cuando alguna de las cosas específicamente indiferenciadas [*toón adiaphóroon*] se establece en el alma se da una primera noción universal [*kathólou*] pues aunque el acto de percepción sensible [*aístheesis*] tiene por objeto lo individual, la percepción sensible incluye también lo universal, es decir, no ‘el hombre Calias’ sino el hombre. Es pues evidente que *es la inducción [epagoogée] la que nos hace conocer los principios*, pues es de esta manera que la percepción sensible produce en nosotros el universal ‘La inteligencia inmediata [*noûs*] es principio [*arjée*] de la ciencia. Y es principio del principio mismo”¹⁹.

En el mismo sentido, se manifiesta el aquinate en su comentario a este pasaje de Aristóteles: “*Concludit manifestum esse quod necesse est prima universalia principia cognoscere per inductionem. Sic enim, scilicet per viam inductionis, sensus facit universale intus in anima, in quantum considerantur omnia singularia*” (“Concluye que *es necesario conocer los principios generales por inducción*. De esta manera, es decir, a modo de inducción,

16 Santo Tomás de Aquino. *S.Th.* I-II, 94,2.

17 Cfr. Santo Tomás de Aquino. *S.Th.* I-II, 94,2.

18 Cfr. García Huidobro, J. (2002). *Filosofía y retórica del iusnaturalismo*. México. UNAM, 73.

19 Aristóteles. *Segundos Analíticos*, L II, cap. 19.

el sentido de la causa de lo universal dentro, en el alma, en la medida en que se consideran todas las cosas específicas”²⁰.

Tanto para Aristóteles como para Santo Tomás, los principios se conocen por *inducción* (*epagoge*) a partir de los singulares. De esta manera, *se nos presenta el universal en el particular*, mediante la iluminación del intelecto agente sobre la especie impresa (fantasma) y el juicio particular de la cogitativa, que permite inferir inmediatamente (sin razonamiento) el universal a partir del particular (o los particulares) por medio de la abstracción que termina en el concepto y la inducción que culmina en el juicio (evidente).

Sobre este punto dice Félix Lamas: “La experiencia supone una discriminación de muchas percepciones, discriminación o *collatio* que realiza la cogitativa. De ahí que en la experiencia tienen origen los dos grandes momentos del tránsito de lo particular a lo universal: la abstracción, cuyo término es el concepto y la definición, y la inducción, cuyo término es una proposición universal. Otro error –en el que incurre Juan de Santo Tomás y todos los tomistas que siguen con poco sentido crítico su *Lógica*, entre ellos Maritain– consiste en confundir la inducción con un razonamiento en sentido estricto. Pero la inducción no es propiamente hablando una forma de mediación lógica, por una razón obvia: carece de término medio. Ella es, pues, una inferencia inmediata [...] En consecuencia, los primeros principios en cuanto se expresan en proposiciones *per se notae*, resultan de la abstracción de las nociones comunísimas de ente, uno, verdad, bondad, etc., a partir de la experiencia, y de la inducción consiguiente, la cual, por tener una materia necesaria y evidente, conduce a proposiciones de verdad infalible. El Doctor Angélico extiende en forma explícita, al ámbito del conocimiento práctico, la doctrina aristotélica del *nous*, extensión que está insinuada –aunque con trazos fuertes– en Aristóteles, según ha de verse en el texto que se analizará en el siguiente apartado –entendido como hábito de los primeros principios. Santo Tomás ha de designar con el nombre de *sindéresis* el *nous* en el orden práctico, identificando los primeros principios en materia moral con las normas más universales de la ley natural. Ahora bien, en materia práctica el fin es el primer principio, pero a su vez está determinado por la propia naturaleza humana, en tanto esta incluye una constitutiva tendencia al fin [...] Consiguientemente, se tiene esta secuencia: la naturaleza humana determina el fin y éste, a su vez, es el criterio supremo del que surge la ley natural”²¹.

20 Santo Tomás de Aquino. *Comentario a los Segundos Analíticos de Aristóteles*, L II, cap. 19.

21 Lamas, F. (2002). “Percepción e inteligencia jurídicas, los principios y los límites de la Dialéctica”. En *Los Principios y el Derecho Natural en la metodología de las ciencias prácticas*. Edición a cargo de Félix Adolfo Lamas. Buenos Aires. Educa, 43.

En consecuencia, en el ámbito del conocimiento práctico tenemos que distinguir: i) un acceso práctico a la ley natural, mediante la captación evidente (el predicado está contenido en la esencia del sujeto) e inmediata (por inducción abstractiva), en las inclinaciones naturales en orden al fin (que naturalmente aprehende como buenas), de los primeros principios de la razón práctica; ii) su fundamentación teórica y metafísica (constituye el soporte del contenido de la ley natural), en la naturaleza humana como principio de operaciones en orden al fin (*telos*), realizado por la razón especulativa. En otras palabras, la distinción entre la patencia de los primeros principios como punto de partida del proceso que realiza la razón práctica (*primera ratio*) y su justificación racional en el plano metafísico que realiza la razón teórica o especulativa (última ratio).

Así, podemos *distinguir* (no separar) la razón práctica de la razón metafísica, pues los principios de la primera no son conclusiones de un razonamiento (silogismo) a partir de la segunda (de serlo, no serían principios primeros inmediatamente captados), sin perjuicio de reconocer que en última instancia la razón práctica como todo conocimiento humano se funda en la razón metafísica que considera al ser en cuanto ser. En suma, no hay separación y mucho menos oposición, sino más bien continuidad, entre la razón especulativa y práctica, por la cual la razón práctica es una extensión de la misma razón especulativa, en cuanto se ordena a dirigir la acción humana.

Tanto en el orden especulativo como en el práctico, los principios comunes (*communíssima*) son evidentes y conocidos por todos, pero en cuanto a las conclusiones, en la razón especulativa la verdad es la misma aunque no es por todos conocida; en cambio, en la razón práctica, las conclusiones ni son las mismas para todos, ni todos las conocen igualmente²². “Así, pues, se debe concluir (dice Santo Tomás) que la ley natural, en cuanto a los primeros principios universales, es la misma para todos los hombres, tanto en el contenido como en el grado de conocimiento. Mas en cuanto a ciertos preceptos particulares, que son como conclusiones derivadas de los principios universales, también es la misma bajo ambos aspectos en la mayor parte de los casos; pero pueden ocurrir algunas excepciones, ya sea en cuanto a la rectitud del contenido, a causa de algún impedimento especial (como también en algunos casos faltan las causas naturales debido a un impedimento); ya sea en cuanto al grado del conocimiento, debido a que algunos tienen la razón oscurecida por una pasión, por una mala costumbre o por una torcida disposición natural. Y así cuenta Julio César, en VI *De bello gallico*, que entre los

²² Cfr. Santo Tomás. *S. Th.* I-II, 94,4.

germanos no se consideraba ilícito el robo a pesar de que es expresamente contrario a la ley natural”²³.

Ahora bien, esta ley natural es fundamentalmente moral. Sin perjuicio de ello tiene connotaciones jurídicas²⁴, en cuanto ordena al hombre a vivir en sociedad y en última instancia al bien común político, que es el fin último del Derecho y por eso, en tanto fin, constituye su principio fundamental. Pues en el orden práctico (donde se da el Derecho), el fin es principio. Estos principios son *comunes* a la moral y al Derecho, aunque vistos desde la perspectiva propia de cada disciplina. Sin embargo, no es óbice para la existencia de principios *proprios* del Derecho, como la reciprocidad en los cambios en el Derecho Privado y la proporcionalidad en el Derecho Público, o los principios *proprios* de las distintas ramas del Derecho, o de los distintos ordenamientos, tanto nacionales como internacionales²⁵.

En virtud de los principios *comunes*, tanto en la moral como en el Derecho hay actos que son siempre ilícitos en razón de su objeto (*absolutos morales*), como todo lo que se opone a la vida humana inocente (los homicidios, el aborto, la eutanasia, etc.); lo que viola la integridad de la persona humana (las mutilaciones, torturas físicas y psíquicas, etc.); lo que ofende a la dignidad humana (la trata de personas, etc.)²⁶. En consecuencia, ninguna ley positiva puede legitimar lo que es intrínsecamente ilícito por su objeto, por ejemplo, las “leyes” que legalicen el aborto o la eutanasia son siempre contrarias al verdadero orden moral y jurídico y deben ser resistidas tanto en su sanción (como sucedió con el aborto en Argentina en 2018), como en su aplicación (a través de la objeción de conciencia individual e institucional, desobediencia civil, etc.), porque contradicen el bien del hombre, tanto en razón del fin, como de la forma o del exceso del legislador²⁷.

La pregunta que sigue es: ¿son suficientes estos principios máximamente universales para dirigir el obrar humano? La respuesta es negativa. A medida que nos alejamos de los principios y nos acercamos al obrar circunstancial y concreto, es necesario complementar el juicio evidente de los principios universales que en el orden práctico operan como *fin*es, con el juicio prudencial que, además de estos, debe tener en cuenta las circunstancias particulares, a fin de poder elegir los *medios* adecuados en orden al obrar concreto.

23 Santo Tomás. *S. Th.* I-II, 94,4.

24 Cfr. Herrera, D. A. (diciembre 1989). *Prudentia Iuris*, XXI-XXII, 67.

25 Cfr. Lamas, F. A. (1991), *La experiencia jurídica*. Buenos Aires. IESTA, 503 y 504; y Vigo, R. L. (2000). *Los principios jurídicos*. Buenos Aires. Depalma, 39 y 73.

26 Cfr. Juan Pablo II. *Veritatis Splendor*, 80; Finnis, J. (1992). *Absolutos morales*. Barcelona. Euns, 15.

27 Cfr. Santo Tomás, *S. Th.* I-II, 96,4.

Por eso en el *orden ético* los principios de la ley natural moral deben completarse y complementarse con las virtudes por medio de las cuales se rectifica y perfecciona el obrar humano; mientras que en el *orden jurídico*, los principios del Derecho Natural (connotaciones jurídicas de la ley natural moral) que descubrimos en la propia naturaleza racional y política del hombre, deben ser completados y complementados, con conclusiones (Derecho de Gentes) y determinaciones (Derecho Positivo), a través de las distintas fuentes (tradiciones, costumbres, convenciones), en todas sus instancias (tanto nacionales como internacionales, tanto constitucionales como constituidas), hasta llegar a lo justo, máximamente concreto y circunstanciado²⁸.

4. A modo de reflexión final

No está mal distinguir entre principios y normas, estableciendo una primacía de aquellos sobre estas (no está allí la dificultad). El problema en muchas corrientes actuales, en general, y en el neoconstitucionalismo, en particular, está en que los principios que invocan *no son verdaderos principios ni principios verdaderos* (y no es un juego de palabras).

No son verdaderos principios, por no ser punto de partida evidente de un conocimiento, ni sostén último de una realidad, dado que los Derechos Humanos que operarían como principios no son una realidad fundante, sino fundada (en la naturaleza humana). Se trataría más bien de *postulados* que, a diferencia de los principios, no se justifican ni se fundamentan, sino que justamente se postulan o proclaman y a partir de ellos se pretende fundar toda la estructura posterior del obrar. Todo esto tiene una consecuencia sumamente grave, pues al no tener que justificarse pueden postularse nuevos sin límite, como sucede con algunos “Derechos Humanos” creados o inventados a partir del dogma de la autonomía de la voluntad sin que respondan a la intrínseca estructura y dinámica del ser humano.

Tampoco son principios verdaderos por no estar anclados en el ser del hombre, en su naturaleza, al negar su dimensión metafísica, ya sea en su versión racionalista procedimentalista (Habermas, Rawls, Alexy, etc.), interpretativa empirista (Dworkin) o neoconstitucionalista, tanto positivista (Ferrajoli), como principialista (Zagrebelsky)²⁹.

Los *verdaderos principios*, por ser el punto de partida de todo el conocimiento práctico, son los principios evidentes de Derecho Natural (conno-

28 Cfr. Herrera, D. A. (diciembre 2013). “El Derecho en la tradición central de occidente y su proceso de desnaturalización”. *Prudentia Iuris*, 76, 15.

29 Cfr. Herrera, D. A. (junio 2015). “En defensa de la moralidad del Derecho”. *Prudentia Iuris*, 79, 17.

tación jurídica de la ley natural moral), inducidos inmediatamente de la realidad (*razón práctica o primera ratio*), que al mismo tiempo son *principios verdaderos* por estar fundados en la naturaleza humana, en la propia esencia humana como principio de sus operaciones (*razón metafísica o última ratio*).

Bibliografía

- Alexy, R. (2012). *Teoría de la argumentación Jurídica*. Madrid. Centro de Estudios políticos y constitucionales.
- Alexy, R. (2008). *El concepto y la naturaleza del Derecho*. Madrid. Barcelona. Buenos Aires. Marcial Pons.
- Alexy, R. (1994). *El concepto y la validez del Derecho*. Barcelona. Gedisa.
- Alexy, R. (2010). *La institucionalización de la justicia*. Granada. Comares.
- Aristóteles. *Segundos Analíticos*, L II, cap. 19.
- Aristóteles. *Metafísica*, LV, Cap. I
- “Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica”. CIDH 28-11-2012.
- Dworkin, R. (1999). *Los derechos en serio*. Barcelona. Ariel.
- Dworkin, R. (2012). *El imperio de la justicia*. Barcelona. Gedisa.
- Etcheverry, J. B. (2006). *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente*. Con prólogo de Pedro Serna. México. UNAM.
- “F.A.L. s/ medida autosatisfactiva”. CSJN, 2012.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia*. Madrid. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2010). *Garantismo*. Madrid. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2010). *Democracia y garantismo*. Madrid. Trotta.
- Finnis, J. (1992). *Absolutos morales*. Barcelona. Euns, 15.
- García Huidobro, J. (2002). *Filosofía y retórica del iusnaturalismo*. México. UNAM, 73.
- Habermas, J. (2012). *El discurso filosófico de la modernidad*. Buenos Aires. Madrid. Katz.
- Habermas, J. (2008). *Conciencia moral y acción comunicativa*. Madrid. Trotta.
- Herrera, D. A. (diciembre 1989). *Prudentia Iuris*, XXI-XXII, 67.
- Herrera, D. A. (diciembre 2013). “El Derecho en la tradición central de occidente y su proceso de desnaturalización”. *Prudentia Iuris*, n° 76, 15.
- Herrera, D. A. (junio 2015). “En defensa de la moralidad del Derecho”. *Prudentia Iuris*, n° 79, 17.
- Juan Pablo II. *Veritatis Splendor*, 80.
- Kaufmann, A. (1998). *La Filosofía del Derecho en la posmodernidad*. Bogotá, 46.
- Lamas, F. (1998). “Dialéctica y Derecho”. *Rev. Circa Humana Philosophia*, III. Buenos Aires, 74.
- Lamas, F. (2002). “Percepción e inteligencia jurídicas, los principios y los límites de la dialéctica”. En *Los principios y el Derecho Natural en la metodología de las ciencias prácticas*. Edición a cargo de Félix Adolfo Lamas. Buenos Aires. Educa, 43.

- Lamas, F. (1991). *La experiencia jurídica*. Buenos Aires. IESTA, 503 y 504.
- Massini, C. I. (2004). *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*. México. UNAM, 39.
- Rawls, J. (1997). *Teoría de la Justicia*. México DF. Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (1993). *Political Liberalism*. New York. Columbia University Press, traducido al castellano por Sergio René Madero Báez, Liberalismo Político. México DF. Facultad de Derecho UNAM y Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (2002). *Justice as Fairness*. Edición a cargo de Erin Kelly. The Belknap Press o Harvard University Press. Cambridge (Mass. EEUU) y Londreus, R.U. 2001. Traducido al castellano por Andrés de Francisco, *Justicia como equidad, una reformulación*. Barcelona. Paidós.
- Santo Tomás de Aquino. *Comentario a los Segundos Analíticos de Aristóteles*. L II, cap. 19.
- Santo Tomás de Aquino, *S. Th.* I-II, 94, 4.
- Vigo, R. L. (2000). *Los principios jurídicos*. Buenos Aires. Depalma, 39 y 73.
- Zagrebelsky, G. (1995). *El Derecho dúctil*. Madrid. Trotta, 109 y sigs.
- Zagrebelsky, G. (2014). *La ley y su justicia*. Madrid. Trotta.