

# El Derecho como Espacio de Convergencia entre el Neoconstitucionalismo y la Teoría de la Argumentación Jurídica

Félix Morales Luna\*

*«En el presente artículo, el autor busca darle continuidad al debate entorno a las nuevas perspectivas de la teoría del Derecho, para ello parte de la posición del Doctor Hernando Nieto en relación a la pregunta de si el neoconstitucionalismo y la teoría de la argumentación jurídica son proyectos convergentes. A continuación, el autor desarrolla su posición explicando algunos factores relevantes del paradigma post positivista y la teoría de la argumentación».*

## Introducción

«Argumentación jurídica», «neoconstitucionalismo», «principios jurídicos» o «ponderación», empiezan a convertirse en lugares comunes de la teoría del Derecho que se ha venido consolidando en las últimas décadas. Las obras de los autores identificados con este nuevo paradigma –que prefiero denominar postpositivista- como Dworkin, Alexy, Nino, Garzón Valdés o Atienza, por nombrar a algunos de los más influyentes en nuestro medio, han terminado desplazando (aunque, sin duda, no superando) los planteamientos de emblemáticos autores del paradigma positivista como Kelsen, Hart, Ross, Bobbio o Bulygin<sup>1</sup>.

Definitivamente, el Derecho ha cambiado y para afrontar estos cambios es necesario promover continuos debates sobre la nueva concepción del Derecho que, por cierto, no está exenta de cuestionamientos y resistencias. Tales debates no solo nos permitirán una mejor comprensión de esta realidad, sino que nos permitirá adaptar nuestros procesos de formación académica al perfil del operador del Derecho que reclama esta nueva teoría.

Uno de los más entusiastas promovedores de dichos debates en nuestro medio (aunque ciertamente sea un reconocido crítico de este nuevo paradigma de la teoría del Derecho), es el profesor Eduardo Hernando Nieto, quien recientemente ha publicado un artículo en el que desarrolla una línea argumental acerca del neoconstitucionalismo y de la teoría de la argumentación jurídica<sup>2</sup>. Convencido de la necesidad de dar continuidad a los debates sobre estos temas, mi propósito, en este artículo es retomar las cuestiones que plantea el profesor Hernando, añadiendo elementos que permitan enriquecer el debate.

## i. La Posición de Hernando Nieto

Como lo anuncia desde el mismo título, el profesor Hernando Nieto plantea la duda de si el neoconstitucionalismo, por un lado, y la teoría de la argumentación jurídica, por otro, son proyectos convergentes. En general, se tiende a asumir la plena convergencia entre ambas teorías en torno al discurso liberal de raíz kantiana, asentado sobre la idea de sujetos racionales autónomos.

\* Doctor en Derecho por la Universidad de Alicante, Abogado y profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 Al margen de las etiquetas, este debate no sería sino una nueva versión de la sempiterna discusión en torno a la relación entre el Derecho y la moral. La tesis de la vinculación, antes defendida por el iusnaturalismo, sería hoy reivindicada por el paradigma post positivista. En contra, el positivismo, que asumiendo la tesis de la separación parecía haber superado definitivamente la doctrina del Derecho natural, hoy se ve sumido en una profunda crisis por el auge del paradigma postpositivista. La bibliografía sobre el tema es abundante pues, como dice Garzón Valdés, «no existe prácticamente ningún jurista con un mínimo de interés por cuestiones filosóficas que no haya intervenido en esta polémica». En todo caso, un buen recuento del estado actual de la discusión, al menos en nuestro medio, se encuentra en la obra colectiva *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*. VÁSQUEZ, RODOLFO. Barcelona: Gedisa. 1998, 300 p., de donde tomo la cita de Garzón Valdés (p. 138).

2 HERNANDO NIETO, EDUARDO. «Neoconstitucionalismo y Teoría de la Argumentación Jurídica: ¿Son realmente proyectos convergentes?». En: *Ius et Veritas* Nº 36, pp. 328 – 338.

Entiende, Hernando, que este fundamento está muy claro en el caso del neoconstitucionalismo<sup>3</sup>. En sus términos: «*el eje del neoconstitucionalismo está constituido, sin duda, por los derechos fundamentales, base del discurso liberal contemporáneo*»<sup>4</sup>. Así, sin perjuicio de las contribuciones a este discurso por parte de autores como Dworkin, Rawls, Habermas o Alexy, Hernando se enfoca en el planteamiento de uno de los más destacados autores de este paradigma, el profesor argentino Ernesto Garzón Valdés, en concreto, en su tesis del denominado «coto vedado». Recuerda Hernando que en el pensamiento de Garzón Valdés «[el] «coto vedado» (...) reflejaría concretamente aquél espacio donde no podría negociarse absolutamente nada y tampoco podría haber disensos por comprender a los denominados derechos básicos (...) resguardaría entonces a los llamados derechos fundamentales y sería la condición necesaria para poder afirmar la democracia representativa»<sup>5</sup>.

En el caso de la teoría de la argumentación jurídica, esta correspondencia con el discurso liberal de los derechos fundamentales no se aprecia con total nitidez. Para ello, Hernando presenta un interesante recuento de los lineamientos básicos de la teoría del discurso práctico general, y de la singularidad del razonamiento jurídico sobre la base del que se construye la teoría de la argumentación jurídica, principalmente, en torno a las obras del profesor alemán Robert Alexy. Es precisamente en la obra de Alexy donde Hernando encuentra la conexión entre la teoría del discurso (jurídico) y la teoría liberal de los derechos fundamentales. Así, dice Hernando, «la tesis del profesor Alexy resulta bastante particular, pues se trataría, efectivamente, de un intento por integrar de manera armónica la propuesta neoconstitucionalista (liberal) y la teoría de la argumentación jurídica; esto en la medida que la teoría de los derechos fundamentales serviría para justificar los derechos humanos y al mismo tiempo los derechos humanos constituirían el límite donde se desarrolla la argumentación»<sup>6</sup>.

Destaca Hernando que, para Alexy, en el ámbito del Derecho, los argumentos de corrección del discurso

práctico general se subordinan a los argumentos de tipo institucional que afirman la autoridad del derecho positivo. Sin embargo, considera Alexy que dicha preeminencia es tan solo *prima facie*, es decir, en tanto que no concurren razones de mayor peso que pudieran revertir dicha preeminencia. Así, aunque para el autor alemán la tensión entre la autoridad y la corrección de los contenidos se define a favor de la primera, nada obsta para que, atendiendo a las circunstancias del caso concreto y mediante una adecuada ponderación de las razones en juego, la solución favorezca a las razones de corrección de los contenidos.

En este punto, Hernando advierte un problema: que las tesis de Alexy incluyen más principios que los que, por ejemplo, se incluyen en las tesis de Dworkin o de Garzón Valdés (es decir, que exceden el ámbito del «coto vedado»), y que no lucen muy compatibles con el liberalismo contemporáneo. Entre tales principios menciona a la seguridad, el orden interno o la paz.

La presencia de estos principios «no tan liberales» – empleando los términos de Hernando – podría generar situaciones de conflicto con principios asentados en torno al concepto de dignidad humana. En tales casos, dice Hernando, «dependiendo del caso concreto, se podría optar por uno u otro como se señala en la teoría de la ponderación»<sup>7</sup>. La eventualidad que la balanza de la ponderación pudiera inclinarse, en algún caso determinado, a favor de los principios de autoridad antes que a los de dignidad, le permite concluir a Hernando que «no habría por qué considerar que exista un espacio de no discusión o deliberación en la Teoría de la Argumentación [...] si se trata de un estado de guerra donde se debe buscar la paz o recuperar el orden social (sin el cual, dicho sea de paso, no tendría sentido hablar de derechos), estos no parecen ser valores injustificables para la razón humana aun cuando se tenga que pagar cierto costo»<sup>8</sup>. En suma, advierte Hernando Nieto que en la teoría de la argumentación jurídica no habría espacio intangible y exento de discusión, como pretendería serlo el «coto vedado» que constituye un de los pilares del

3 No es mi propósito en este artículo ocuparme del neoconstitucionalismo que, por lo demás, está muy bien caracterizado en el artículo de Hernando Nieto que tomo como referencia. Si bien la bibliografía acerca del neoconstitucionalismo empieza a ser extensa, remito a un compendio de ensayos sobre el tema: CARBONELL, MIGUEL (edit.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Segunda edición. Madrid: Trotta. 2005, 286 p., en particular, recomiendo los trabajos de LUIS PRIETO SANCHIS «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial» (pp. 123 – 158) y RICCARDO GUASTINI «La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano» (pp. 49 – 73).

4 Ibid, p. 331.

5 Ibidem. Respecto al «coto vedado» señala Garzón Valdés que «los derechos contenidos en el «coto vedado» son aquellos vinculados con la satisfacción de los bienes básicos, es decir, que son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida. Estos bienes básicos pueden ser llamados también necesidades básicas, en su doble versión de naturales o derivadas. Un ejemplo de necesidad básica natural es el comer o el contar con vivienda y vestido para protegerse de las inclemencias del clima. Una necesidad derivada es, en nuestras sociedades, el saber leer y escribir y estar vestido con un mínimo de decencia. Mientras que las necesidades básicas naturales son las mismas en todas las sociedades, las derivadas cambian según los tiempos y las sociedades. Tienen, además, una tendencia a la expansión». GARZÓN VALDÉS, ERNESTO. «Algo más acerca del «coto vedado». En: Doxa, Nº 6, 1989, p. 209.

6 Ibid, p. 334.

7 Ibid, p. 336.

8 Ibid, p. 338.

neoconstitucionalismo. Esta situación le permite insinuar –pues admite que son ideas que deberían ser desarrolladas más extensamente– que el neoconstitucionalismo y la teoría de la argumentación jurídica no son, necesariamente, proyectos convergentes.

Confiando en haber sido fiel al planteamiento de Hernando Nieto, a continuación procuraré dar respuesta a las interrogantes que plantea el autor, entre ellas, si es posible justificar, desde las reglas del discurso racional, una situación en la que primen argumentos de autoridad por encima de los de dignidad de las personas o si el neoconstitucionalismo resulta ser un proyecto convergente con la teoría de la argumentación jurídica.

## ii. Dos Factores Relevantes del Paradigma Postpositivista

Como lo indicara al inicio de este artículo, el Derecho ha cambiado por una serie de factores, que si bien no podré ocuparme de todos ellos en este trabajo, me referiré a dos de ellos que me parecen particularmente relevantes para el objetivo que persigo: i) el proceso de «moralización» de los sistemas jurídicos contemporáneos; y, ii) la reivindicación del denominado punto de vista o del participante. Como se podrá advertir, estos dos factores guardan estrecha relación con las teorías de las que se ocupa Hernando en su artículo, es decir, el neoconstitucionalismo y la teoría de la argumentación jurídica, respectivamente.

### a. La «Moralización» de los Sistemas Jurídicos

Desde la segunda mitad del siglo pasado y como consecuencia de la traumática experiencia de las guerras mundiales con los actos de barbarie que supusieron, resultó imperativo recuperar la noción de persona humana y el respeto de su dignidad como el objeto prioritario de defensa y protección por parte de los sistemas jurídicos. Desde entonces, el reconocimiento, protección y realización de los derechos humanos se han erigido en el contenido mínimo de lo que podría entenderse como un orden justo. Ello supone un continuo proceso de «moralización» de nuestros Derechos, debilitando la posición de quienes, desde el paradigma positivista, defienden la distinción conceptual entre el Derecho y la moral.

Esta carga moral intensa en nuestros sistemas jurídicos –que, como lo destaca Hernando Nieto, tiene un indudable fundamento kantiano, en su concepción del ser humano como ser racional y autónomo– conlleva, a su vez, que el modo como se expresan sus contenidos disten de la estructura típica de una regla jurídica concebida como mandato o sanción según las teorías positivistas de Austin o Kelsen, respectivamente. Este lenguaje moral suele

expresarse en la forma de principios, es decir, como prescripciones cuya condición de aplicación no está expresada de forma cerrada como las reglas sino abiertas; prácticamente, como prescripciones categóricas. Así, un enunciado como «no discriminar» (prescripción jurídica) se asemeja a enunciados típicos del lenguaje moral como «no mentir» o «hay que cumplir las promesas».

“(…)las reglas nos precisan un determinado curso de acción a seguir ordenándonos, prohibiéndonos o permitiéndonos algo, los principios nos suministran razones a ser consideradas al momento de establecer un curso de acción a seguir”

Posiblemente la distinción pudiera verse con mayor claridad cuando pasamos del nivel estructural de la distinción al nivel funcional, es decir, a considerar qué tipo de razones para la acción suministran bien las reglas o bien los principios. En este plano podemos advertir que mientras que las reglas suministran razones concluyentes para actuar, los principios suministran razones no concluyentes o aplicables *prima facie*, es decir, mientras no concurren razones de mayor peso que determinen una solución distinta. Así, mientras que las reglas nos precisan un determinado curso de acción a seguir ordenándonos, prohibiéndonos o permitiéndonos algo, los principios nos suministran razones a ser consideradas al momento de establecer un curso de acción a seguir. En otros términos, mientras que las reglas son el producto de una ponderación de razones realizada por el legislador, los principios constituyen razones a ser ponderadas para decidir un curso de acción a seguir.

Además, cada uno de estos enunciados jurídicos parecen contar con ventajas y desventajas. Así, por ejemplo, destacan los profesores alicantinos Atienza y Ruiz Manero que las reglas tienen como ventaja, respecto a los principios, que nos permiten ahorrar tiempo a la hora de decidir un curso de acción. En sus términos, «si una regla es aceptada y ella es aplicable al caso que nos ocupa, entonces se evita tener que entrar en un proceso de ponderación de razones en pro y en contra de una determinada decisión; la regla opera, por tanto, como un elemento que reduce la complejidad de los procesos de argumentación»<sup>9</sup>. Sin embargo, desde otro punto de vista, añaden que los principios tienen como ventaja sobre las reglas el que, al estar enunciados en términos más generales que las reglas cuentan con un mayor alcance que éstas, entrando en juego en

una mayor cantidad de situaciones. A su vez, señalan que la menor fuerza de los principios jurídicos en cuanto premisas del razonamiento práctico va aparejada a una mayor fuerza expansiva<sup>10</sup>.

Retomando el proceso de «moralización» de los sistemas jurídicos, es posible advertir otras manifestaciones a través de las cuales el Derecho se ha adaptado a esta exigencia de reconocimiento y protección a la dignidad de la personas. La más destacada de ellas posiblemente sea la denominada fuerza normativa de la Constitución en tanto que depositaria de las normas de reconocimiento de los derechos humanos y cuyas normas obligan en su contenido a los operadores del sistema y constituyen auténticos límites al legislador ordinario. Como precisa Atienza, la moral ha emigrado al interior de los Derechos, de tal forma que los conflictos morales que tiene que afrontar un jurista no son ya conflictos entre el Derecho y la moral, sino entre maneras distintas de interpretar los principios morales incorporados por el Derecho<sup>11</sup>.

En este sentido se advierte que los casos más trascendentes en un Estado Constitucional, están determinados por una discusión en torno a principios morales juridificados o reconocidos por el Derecho que, sin embargo, deben ser armonizadas con las razones en las que se funda la autoridad del derecho positivo. En estos casos, la dimensión justificativa resulta tan o más relevante que la autoritativa, exigiéndose al operador del Derecho la capacidad de poder resolver casos armonizando ambas dimensiones, aportando para ello las razones necesarias que justifiquen su decisión<sup>12</sup>.

En suma, al introducir criterios de corrección en el contenido de las normas, los sistemas jurídicos contemporáneos occidentales cuentan no sólo con razones autoritativas o institucionales del Derecho con las que pudiera justificar las decisiones jurídicas según el criterio de «lo ordenado»; las razones de corrección contenidas principal –aunque no exclusivamente– en las normas constitucionales, suministran razones basadas en la dignidad de todo ser humano. Esta confluencia de razones en un mismo sistema de normas, que en no pocas situaciones pueden entrar en conflicto, reclama una teoría que prescriba criterios de armonización.

#### **b. La Reivindicación del Punto de Vista del Participante**

El segundo aspecto a destacar no está referido al contenido de los sistemas jurídicos sino al modo con

el que trabajar con el Derecho, es decir, la perspectiva de la denominada ciencia del Derecho. Al respecto, el paradigma postpositivista reivindica el denominado punto de vista interno o del participante, en clara superación de la perspectiva externa o del observador, reivindicada por el positivismo jurídico.

**“(…)Un aspecto principal de las teorías del participante es la crítica al positivismo jurídico, en concreto, al teórico del Derecho positivista que, (…), lo que le interesa es hacer una disección de lo jurídico y presentarlo de una forma ordenada.”**

Esta nueva perspectiva es la base de una ciencia jurídica comprometida, desarrollada por un jurista que se adhiere a los principios de justicia contenidos en la Constitución. Como sintetiza Sastre, «el punto de vista externo se ha visto reducido actualmente debido a la incorporación de valores, principios y Derechos Fundamentales en unas Constituciones que tienen un carácter normativo, lo que ha revalorizado, en opinión de algunos autores, la conveniencia de que la ciencia jurídica adopte el punto de vista interno o se muestre como una ciencia condescendiente con el modelo jurídico del neoconstitucionalismo. Ya sea porque el Derecho formula una pretensión de corrección que debe ser entendida fundamentalmente como una pretensión de justicia, o porque tiene su origen en un procedimiento democrático, que en principio puede ser calificado como legítimo, o porque el jurista debe colocarse en el interior de la práctica jurídica para tratar de comprender y justificar esa obra colectiva en que consiste el Derecho, hoy todo parece inclinarse en favor de un jurista comprometido con el Derecho»<sup>13</sup>.

Un aspecto principal de las teorías del participante es la crítica al positivismo jurídico, en concreto, al teórico del Derecho positivista que, como dice Calsamiglia, «trata de describir el Derecho positivo. Tiene por tanto una actitud cognoscitivo-descriptiva. Sus argumentos deben ser contrastados de una forma u otra con la experiencia de tal forma que sus proposiciones sean susceptibles de verdad o falsedad». Añade este autor que «además, separa el Derecho

9 ATIENZA, MANUEL y RUIZ MANERO, JUAN. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. 4ta. edic. Barcelona: Ariel. 2007, p. 45.

10 Ibidem.

11 ATIENZA, MANUEL. *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel. 2001, p. 113.

12 MORALES LUNA, FELIX. «Cambios en el Derecho, cambios en su enseñanza». En.- DERECHO PUC, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2005, Nº 58, pp. 433 – 542.

13 SASTRE, SANTIAGO. *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*. Madrid: McGraw-Hill:1999, p. 230 – 231.

de la moral y de la política. Lo único que le interesa es hacer una disección de lo jurídico y presentarlo de una forma ordenada. No ofrece una respuesta a los problemas controvertidos ni a los casos difíciles. No le interesa este tema, sino describir el Derecho»<sup>14</sup>.

En contra, el usuario o participante cuenta con intereses predominantemente prácticos. Así, «su pregunta no es qué es el Derecho, ni qué dice el Derecho, ni cuál es la estructura del Derecho [sino] qué debo hacer jurídicamente»<sup>15</sup>. Esta pregunta, destaca Calsamiglia, no recibe respuesta por parte del positivismo jurídico que, a su entender, «no es un instrumento usado por la mayoría de los juristas para resolver sus problemas prácticos»<sup>16</sup>.

Soper ilustra esta disparidad entre las inquietudes del usuario o participante del Derecho y las finalidades de la teoría positivista con el siguiente ejemplo: «el problema es análogo al de pronunciar en una convención de relojeros un discurso sobre la cuestión ¿qué es el tiempo?, cuando es el caso que todo lo que podría concebiblemente interesar a los asistentes es el problema de cómo medir el tiempo de manera más precisa»<sup>17</sup>.

He querido destacar estos dos factores, que se relacionan, respectivamente, con las preguntas: ¿qué es Derecho? y ¿cómo se trabaja con el Derecho? pues permiten explicar el auge que actualmente tiene la teoría de la argumentación jurídica.

### iii. El Derecho como Argumentación

Destaca Manuel Atienza, en las primeras líneas del libro en el que plantea una concepción argumentativa del Derecho, que «parece obvio que la argumentación es un ingrediente importante de la experiencia jurídica, prácticamente en todas sus facetas»<sup>18</sup>. Más aún, añade este autor, que «cuando se habla de «argumentación jurídica» o de «teoría de la argumentación jurídica» no se está diciendo algo muy distinto a lo que anteriormente se llamó, más bien «método jurídico», «metodología jurídica», etc.»<sup>19</sup>. Sin embargo, a entender de esta autor, una diferencia relevante entre la argumentación jurídica y el método jurídico consiste en que la primera «tiende a centrarse en el discurso justificativo (particularmente, el de los jueces), mientras que

«método jurídico» (por lo menos entendido en un sentido amplio) tendría que hacer referencia también a otra serie de operaciones llevadas a cabo por los juristas profesionales y que no tienen estrictamente (o no solo) un carácter argumentativo»<sup>20</sup>. En suma, la argumentación jurídica pretende dar respuesta a la pregunta: ¿cómo justificar las decisiones en el Derecho?

Considera Atienza que la centralidad de la argumentación jurídica en la cultura jurídica occidental se debe a una serie de factores que se relacionan directamente con los aspectos que pretendo resaltar en este artículo. Tales factores, dice Atienza, son los siguientes: i) un aspecto teórico, determinado por el descuido de las principales concepciones del Derecho del siglo XX de la dimensión argumentativa del Derecho; ii) un aspecto práctico, dado que la práctica del Derecho parece consistir de manera relevante en argumentar; iii) el cambio general de los sistemas jurídicos determinado por el tránsito del «Estado legislativo» al «Estado Constitucional» con la consiguiente «moralización» del Derecho aludida anteriormente; iv) un aspecto pedagógico, que reclama una enseñanza del Derecho de tipo más práctico (orientada al manejo de los materiales jurídicos) que teórico o conceptual; y, v) un aspecto de tipo político, determinado por el debilitamiento que en las sociedades occidentales presenta la autoridad y la tradición como fuente última de justificación del Derecho, frente al fortalecimiento de criterios como la democracia o el consentimiento de los afectados de las decisiones políticas<sup>21</sup>.

En esta línea, el tener que resolver problemas en el Derecho a partir de materiales «inacabados» con una fuerte carga moral –en referencia a los principios jurídicos– así como la adopción del jurista del punto de vista interno, cuya preocupación no es tanta la identificación de los materiales jurídicos, sino el modo como resolver el problema en cuestión, parecen encontrar en la teoría de la argumentación jurídica la fuente de sus soluciones. Así, la teoría de la argumentación jurídica permite al jurista postpositivista contar con un procedimiento justificativo de las decisiones en el Derecho en sistemas jurídicos con un fuerte contenido moral expresado mediante principios.

14 CALSAMIGLIA, ALBERT. «Teoría del participante versus teoría general del Derecho: una aproximación», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° XIV. 1997, p. 494.

15 Ibid: 490.

16 Ibid: 491.

17 SOPER, PHILIP. *A Theory of Law*. Londres: Harvard University Press, Cambridge University. 1984. Citado por la traducción castellana de CARACCILO R.: *Una teoría general del Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993, p. 24.

18 ATIENZA, MANUEL. *El Derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel. 2006, p. 11.

19 Ibid, p. 13

20 Ibidem.

21 Ibid, p. 15 – 19.

He aquí entonces, el punto de convergencia de las teorías planteadas por Hernando Nieto, es decir, el neoconstitucionalismo y la teoría de la argumentación jurídica. En términos de Atienza, «la argumentación jurídica implica la utilización de criterios morales dentro de los límites establecidos por el Derecho, los cuales, en los Estados constitucionales, suelen ser muy amplios, pues los principios constitucionales ... vienen a ser una juridificación de la moral»<sup>22</sup>. Es decir que, estando la teoría de la argumentación jurídica orientada a la justificación de las decisiones en el Derecho y presentando los Estados constitucionales una necesidad de justificación de sus decisiones que no solo apelen a la autoridad, es clara la estrecha conexión entre ambas teorías.

Sin embargo, como se podrá advertir, llegado a este punto no he hecho sino afirmar algo que ya está por demás destacado en el trabajo de Hernando Nieto; resta por ello abordar el problema de si es posible justificar, desde la teoría de la argumentación jurídica, una situación en la que primen argumentos de autoridad por encima de los de dignidad de las personas

#### iv. La Argumentación Jurídica en el Marco del Estado Constitucional

A fin de poder desplegar un discurso justificativo de las decisiones en el Derecho, es necesario conocer previamente los tipos de enunciados que integran los sistemas jurídicos así como el tipo de argumentos que tales enunciados suministran en el razonamiento jurídico. Un innegable referente en cuanto a la distinción de los enunciados jurídicos se encuentra en Dworkin quien, en 1967, dirigió su aguda crítica contra las tesis positivistas a partir de la distinción entre principios y reglas<sup>23</sup>.

Según Dworkin, la diferencia entre los principios y las reglas<sup>24</sup> es de carácter lógico pues, mientras que las reglas son aplicables a la manera de todo-o-nada, los principios tienen una dimensión de peso o importancia, de tal modo que cuando entran en conflicto deberá tomarse en cuenta el peso relativo de cada uno en relación con el caso concreto<sup>25</sup>.

Adicionalmente, Dworkin distingue, al interior de los principios, entre principios (en sentido estricto) y

directrices políticas. Así, dice Dworkin, «llamo «directriz» o «directriz política» al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad». A su vez, continúa, «llamo «principio» a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad»<sup>26</sup>.

“(...)El Derecho contiene razones de tipo distinto, sean de tipo práctico (reglas) de corrección (los principios en sentido estricto) de utilidad (las directrices) o, incluso, de autoridad(...) por lo que es necesario contar con una adecuada teoría que prescriba un criterio de ordenación de estas razones en el razonamiento jurídico; tal es el objetivo de la teoría de la argumentación jurídica.”

Así, pues, la distinción entre reglas y principios, pero sobre todo, la distinción entre principios (en sentido estricto) y directrices, no sólo nos ofrece un mayor catálogo de enunciados con los que desarrollar una línea argumental en el Derecho sino que, como bien los han destacado Atienza y Ruiz Manero, nos suministran razones de tipo y peso distinto. En sus términos, «las directrices generan razones para la acción de tipo utilitario ... por el contrario, las razones para la acción que derivan de principios en sentido estricto, son razones de corrección (...). Por eso, las razones utilitarias que derivan de directrices pueden y deben ser evaluadas –y, en su caso, superadas– por razones de corrección, basadas en principios, mientras que lo contrario no puede ocurrir ...»<sup>27</sup>.

22. ATIENZA, MANUEL. *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel. 2001, p. 266.

23. DWORKIN, RONALD. «El modelo de las reglas», en *Chicago Law Review*, 1967. Este artículo fue, posteriormente, incluido como capítulo 2 en su célebre libro *Taking Rights Seriously* de 1978, citado aquí por la traducción castellana a cargo de MARTA GUASTAVINO con el nombre *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel. 1999, 508 p.

24. En la traducción del texto, el autor alude a la diferencia entre los principios y las normas jurídicas; sin embargo, ello se prestaría a confusión pues daría a entender que los principios no serían pautas jurídicas. Por ello, he asumido la terminología usual para aludir a esta distinción, es decir, la de «reglas» y «principios».

25. *Ibid*, p. 75 – 77.

26. *Ibid*, p. 72.

27. ATIENZA, MANUEL y RUIZ MANERO, JUAN. *Op. cit.*, p. 36 – 37.

En esta línea, los profesores alicantinos no sólo distinguen tipos de enunciados jurídicos y los tipos de razones que suministran, sino que establecen una clara y definitiva superación de las razones de corrección (contenidas en los principios en sentido estricto) sobre las razones utilitarias (contenidas en las directrices)<sup>28</sup>. Así, pues, el Derecho contiene razones de tipo distinto, sean de tipo práctico (reglas), de corrección (los principios en sentido estricto), de utilidad (las directrices) o, incluso, de autoridad (los denominados principios institucionales, a los que me referiré más adelante), por lo que es necesario contar con una adecuada teoría que prescriba un criterio de ordenación de estas razones en el razonamiento jurídico; tal es el objetivo de la teoría de la argumentación jurídica.

Como lo sugiere el profesor Alexy, «la argumentación jurídica es un supuesto de *caso especial*, porque la pretensión de corrección del discurso jurídico es distinta a la del discurso práctico general. No se refiere a lo que es absolutamente correcto, sino a lo que es correcto en el esquema y con las bases de un orden jurídico válidamente imperante. Lo que es correcto en un sistema jurídico depende esencialmente de lo que es fijado autoritativa o institucionalmente y de lo que encaja con ello. No debe contradecir lo autoritativo y debe ser coherente con el conjunto. Para expresarlo brevemente podría decirse que la argumentación jurídica ha de estar vinculada a las leyes y a los precedentes y tiene que observar el sistema de Derecho elaborado por la dogmática jurídica»<sup>29</sup>.

En tal sentido, retomando la distinción dworkiniana entre reglas y principios, señala Alexy que, en su teoría, «el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son *mandatos de optimización* mientras que las reglas tienen el carácter de *mandatos definitivos*. En tanto mandatos de optimización, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su

satisfacción depende, no solo de las posibilidades fácticas, sino jurídicas, que están determinadas no sólo por reglas sino también, esencialmente, por los principios opuestos»<sup>30</sup>.

Así, mientras que las reglas se aplican por subsunción, los principios se ponderan, procurando establecer un adecuado balance entre las razones que justifican el grado de afectación de unos derechos y el grado de realización de otros derechos como consecuencia de tal afectación<sup>31</sup>. Como consecuencia de esta apreciación, no se descarta justificar decisiones que pudieran limitar de algún modo los derechos fundamentales; sin embargo, tal decisión no será plenamente discrecional o arbitraria, sino que estará determinada por las reglas del discurso práctico general y jurídico, en particular<sup>32</sup>.

Sin perjuicio de lo expuesto, a mi entender, una de las mejores reconstrucciones de los ordenamientos jurídicos es la que ofrecen Atienza y Ruiz Manero en su ya citada obra *Las piezas del Derecho*. La considero una mejor reconstrucción pues, a diferencia de la de Alexy, distinguen los principios en sentido estricto – que contienen razones de corrección – de las directrices – que contienen razones utilitarias<sup>33</sup>. Tal distinción encausa, aunque de un modo aún amplio, la argumentación jurídica, señalándole al operador una regla no derrotable: los principios en sentido estricto, solo ceden ante otros principios similares, mas no ante las directrices o, en otros términos, que solo es posible desplazar a las razones de corrección por otras razones de la misma índole, mas no por razones de utilidad.

No obstante, los profesores españoles advirtieron que con esta distinción su teoría resultaba aún insuficiente para explicar situaciones previstas en los sistemas jurídicos como las detenciones preventivas o los estados de emergencia. En ambos casos, principios en sentido estricto (la libertad personal y los derechos fundamentales, respectivamente) eran restringidos para garantizar estados de cosas (como la efectividad del proceso penal o la preservación de la continuidad del sistema, respectivamente) que,

28 Una polémica respecto a la correspondencia de los principios en sentido estricto con las razones de corrección y las directrices con razones utilitarias puede encontrarse en la crítica hecha por JOSEF AGUILÓ, «Tres cuestiones sobre principios y directrices» así como en la respuesta de JUAN RUIZ MANERO «Principios, objetivos y derechos. Otra vuelta de tuerca». Ambos artículos están contenidos en el número 28 de la Revista Doxa, de 2005.

29 ALEXY, ROBERT. «La tesis del caso especial». Traducción de ISABEL LIFANTE. En.- Revista Isegoría, Nº 21. 1999, pp. 23 – 35.

30 ALEXY, ROBERT. *El concepto y la validez del Derecho*. Segunda edición. Barcelona: Gedisa. 1997, p. 162.

31 Sobre la diferencia entre subsunción y ponderación, véase ALEXY, ROBERT «Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural». En.- Foro Jurídico. Año IX, Nº 9, marzo de 2009, pp. 40 – 48.

32 El procedimiento de la ponderación ha merecido un extenso y destacado desarrollo en la obra de Alexy. Al respecto, véase ALEXY, ROBERT. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de CARLOS BERNAL PULIDO. Segunda edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2007, 601 p.; en particular, el epílogo del libro (pp. 511 – 601).

33 Sobre la utilidad de introducir la distinción entre principios en sentido estricto y directrices (Atienza y Ruiz Manero) o no hacerlo (Alexy) hay un animado debate. Al respecto, véase la interesante entrevista de MANUEL ATIENZA a ROBERT ALEXY en el número 24 de la Revista Doxa, de 2001, (p. 671 – 687). Un buen intento de acercamiento entre ambas teorías puede encontrarse en el trabajo de GLORIA PATRICIA LOPERA MESA, «Los derechos humanos como mandatos de optimización» en el número 27 de la Revista Doxa, de 2004 (pp. 211 – 243). A su vez, una ratificación de los términos de su teoría por parte de JUAN RUIZ MANERO se encuentra en su ya mencionado artículo «Principios, objetivos y derechos. Otra vuelta de tuerca», en el número 28 de la Revista Doxa, de 2005 (pp. 341 – 365).

34 ATIENZA, MANUEL y RUIZ MANERO, JUAN. Op. cit., p. 27 – 28.

aunque importantes, no es posible identificarlos como principios sustantivos.

Cabe destacar que estos casos no desafían su prelación de los principios en sentido estricto sobre las directrices. Las razones que justifican en estos casos la restricción de los principios en sentido estricto no son propiamente de utilidad. Como lo han determinado los propios autores, tales razones son de tipo institucional y se encuentran contenidos en ciertos enunciados jurídicos que han denominado «principios institucionales». En palabras de Atienza y Ruiz Manero, «los [principios sustantivos] expresan exigencias correspondientes a los valores o a los objetos colectivos que el sistema jurídico trata de realizar; apuntan, así, al modelo de convivencia entre los seres humanos que el Derecho pretende moldear. Los [principios institucionales] expresan exigencias que derivan centralmente de lo que podemos llamar los valores internos del Derecho y del objetivo general de eficacia del Derecho y de funcionamiento eficiente de su 'maquinaria'»<sup>34</sup>. Así, son principios institucionales, entre otros, el principio de deferencia al legislador o los principios de publicidad o de irretroactividad de las normas.

Destacan también los propios autores que estructuralmente puede no haber diferencias entre los principios en sentido estricto y los institucionales. Así, señalan que «hay pautas institucionales, como por ejemplo la jerarquía normativa o la deferencia al legislador, que se asemejan estructuralmente a los principios en sentido estricto pues, no determinando las condiciones en las que prevalecen frente a otras pautas que orienten la decisión en otro sentido, exigen, en caso de prevalencia, un cumplimiento pleno; otras pautas institucionales, en cambio, como, en general, las vinculadas con la idea de eficacia del Derecho y el funcionamiento eficiente de su «maquinaria»<sup>35</sup>. Sin embargo, añaden, «lo que importa es que, tengan una u otra forma, los principios institucionales pueden, en ciertos contextos, estar en tensión o conflicto con los principios sustantivos (sean éstos principios en sentido estricto o directrices) e incluso prevalecer sobre ellos»<sup>36</sup>.

En este punto los autores adelantan lo que sería una respuesta a una de las preguntas planteadas por Hernando Nieto, cual es, si los principios institucionales podrían en algunos casos imponerse a los principios sustantivos. Al respecto, añaden los

autores que «lo anterior no significa, naturalmente, que los principios institucionales derroten siempre a los principios sustantivos. Lo que aquí se sostiene es más débil: se trata solo de poner de manifiesto que, en ocasiones, los principios institucionales tienen fuerza suficiente para derrotar a los de carácter sustantivo y que, de esta forma, las exigencias (y, en especial, los principios) que derivan de la vertiente institucional del Derecho son un ingrediente necesario para poder dar cuenta cabal del razonamiento jurídico»<sup>37</sup>.

¿Significa esto que la teoría de la argumentación jurídica, al decidir en un ámbito pretendidamente indecible (el del coto vedado) violenta su pretendido objetivo de protección de los derechos fundamentales? Definitivamente, no. Para ello es necesario advertir que el denominado «coto vedado» de Garzón Valdés no es, como recuerda Ferrajoli, una categoría jurídica sino filosófico-política. En sus términos, «el *coto vedado* de Ernesto Garzón Valdés –así como el territorio Inviolable de Bobbio– es una categoría filosófico-política, que expresa el principio político, claramente liberal, de los límites impuestos a las decisiones políticas, aunque sean de la mayoría, en tutela de los derechos de libertad»<sup>38</sup>.

Precisamente, Ferrajoli distingue la noción político-filosófica del «coto vedado» de la «esfera de lo indecible» (según su propia denominación). Esta sería propiamente una categoría jurídica «diseñada por las constituciones rígidas que sustraen a las decisiones de la mayoría la violación de los principios que las componen». Así, precisa Ferrajoli, «entendida en este sentido, la categoría no se refiere a una mera instancia de filosofía política, sino a un componente estructural de las actuales democracias constitucionales, determinado por los límites y los vínculos normativos impuestos a todos los poderes públicos, incluso al poder legislativo, por normas de derecho positivo de rango constitucional. Estos límites y estos vínculos, en suma, no son principios de legitimación política externos al ordenamiento, sino principios jurídicos que están en su interior»<sup>39</sup>.

La posición de Ferrajoli constituye un interesante recordatorio de los ámbitos de la razón práctica y el lugar que el Derecho ocupa dentro de ella. Si bien muchas categorías pueden ser construidas desde la ética o desde la política con proyección al Derecho, su eventual incorporación a un sistema jurídico

35 Ibid, p. 38.

36 Ibidem. Acerca del carácter institucional del Derecho y su incidencia en el discurso práctico general en la teoría de Alexy véase, entre otros, los textos: ALEXY, ROBERT. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, N° 1, 138 p.; y *La institucionalización de la justicia*. Granada: Comares. Colección filosofía, derecho y sociedad, N° 6. 2005, 96 p.

37 Ibid, p. 39. Sobre los distintos esquemas de razonamiento en atención a las distintas piezas del Derecho, véase también AGUILÓ, ATIENZA y RUIZ MANERO. *Fragmentos para una teoría de la Constitución*. Madrid: Iustel. 2007, 190 p; en particular, el ensayo de MANUEL ATIENZA, «Argumentación y Constitución» (pp. 113 – 181).

38 FERRAJOLI, LUIGI. «La esfera de lo indecible y la división de poderes». Traducción de Miguel Carbonell. En: - Estudios Constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, Chile. Año 6, N° 1, 2008, p. 337.

39 Ibid, p. 337 – 338.

condicionará el alcance de sus contenidos en función del rol institucional que le corresponde cumplir al Derecho. El neoconstitucionalismo, aunque inspirado en el discurso liberal de los derechos fundamentales y con una fuerte carga moral, es una teoría constitucional y no propiamente filosófico – política; por ello, las categorías en las que se inspira, al pasar por el tamiz de la institucionalidad del Derecho, requieren ser armonizadas con otras razones igualmente relevantes. La ubicación de los límites y criterios entre tales razones es, como ya lo he señalado, una de las principales finalidades de la teoría de la argumentación jurídica<sup>40</sup>.

#### vi. Neoconstitucionalismo y la Teoría de la Argumentación Jurídica: ¿Son Realmente Proyectos Convergentes?

Me he permitido emplear el mismo título de Hernando Nieto, precisamente, para dar respuesta a la interrogante que motiva su trabajo. Sobre la base de lo expuesto, considero que el neoconstitucionalismo y la teoría de la argumentación jurídica son proyectos convergentes; sin embargo, a diferencia de lo que plantea Hernando Nieto, tal convergencia no se daría en torno al discurso liberal de raíz kantiana, asentado sobre la idea de sujetos racionales autónomos. Tal convergencia se daría, a mi entender, en el Derecho; es decir, en un espacio

del razonamiento práctico en el que se encuentran, de un lado las razones de autoridad y, de otro, los elementos de justicia aportados por el discurso moral de los derechos fundamentales. El modo de armonizarlos está sugerido por la teoría de la argumentación jurídica, en tanto que discurso especial respecto del discurso práctico general.

En realidad, como se ha podido advertir, es más lo que comparto con Hernando Nieto en este tema de lo que discrepo con él. Las tensiones advertidas en su trabajo son consustanciales a los sistemas jurídicos y exige un criterio de armonización entre la dimensión sustantiva y la institucional. Sin embargo, discrepo con él en que las eventuales soluciones que den prevalencia a un tipo de razones sobre otras revelen posibles desencuentros entre teorías pretendidamente convergentes. La discrepancia estaría en el punto en el que debemos establecer tal convergencia. De ser la teoría liberal, como lo sugiere Hernando Nieto, los casos demostrarían la inconsecuencia con dicho objetivo. De ser el Derecho, que es la posición que he pretendido sostener, tales tensiones se revelan como intrínsecas al fenómeno jurídico y, precisamente, la justificación de las soluciones a tales tensiones, sobre la base de argumentos y razonamientos correctos, constituyen la actual agenda de la teoría del Derecho 

40 El problema que entraña la presencia en el Derecho de razones de tipo autoritativo, directivo y valorativo no se agota una adecuada teoría de la argumentación jurídica que suministre criterios al operador para armonizarlas. Es un problema que condiciona, incluso, el propio concepto de Derecho que se asuma, sea porque se enfatizan los elementos autoritativos o de poder (en cuyo caso, se asumirá un concepto de Derecho de tipo positivista) o los elementos valorativos (en cuyo caso se asumirá un criterio más cercano a las tesis iusnaturalistas o postpositivistas). Un buen recuento de esta problemática se encuentra en AGUILÓ REGLA, JOSEP. *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*. Barcelona: Ariel. 2000, 217 p.; en particular, véase el capítulo VII: «El origen (la naturaleza) del Derecho», pp. 155 – 197. Precisamente, dado este carácter subjetivo que subyace el concepto de Derecho que asume cada jurista, concuerdo con la posición de Jori y Pintore quienes, retomando una tesis de Scarpelli, consideran que «el concepto de Derecho es el conjunto de las tesis fundamentales de cada una de las aproximaciones al Derecho. En otras palabras, es el lugar geométrico de las elecciones primitivas de cada concepción del Derecho» (JORI, Mario y PINTORE, Anna *Manuale di Teoria Generale del Diritto*. Seconda edizione. Torino: Giappichelli. 1995, 355 p.).