

Eduardo Hernando Nieto<sup>(\*)</sup>

# Neoconstitucionalismo y Teoría de la **Argumentación Jurídica**: ¿Son realmente proyectos convergentes?

## 1 ¿Qué es el Neoconstitucionalismo?

Como afirma el conocido profesor español Luis Prieto Sanchís, el neoconstitucionalismo o el constitucionalismo contemporáneo es la forma como hoy se alude a los distintos aspectos que caracterizan a nuestra cultura jurídica<sup>(1)</sup>, los mismos que puede ser compartidos al mismo tiempo por la gran mayoría de teóricos legales y filósofos del derecho de la actualidad<sup>(2)</sup>.

En realidad, se entiende básicamente por neoconstitucionalismo a la teoría constitucional que surgió tras la Segunda Guerra Mundial siendo los casos de la Constitución italiana (1947) y alemana (1949), de Portugal (1976) y de España (1978) y, en Latinoamérica, los casos de la Constitución brasileña de 1988 o la colombiana de 1991, caracterizándose fundamentalmente por la inclusión de un conjunto de elementos materiales en la Constitución, dejando de ser esta exclusivamente una forma de organización del poder o de establecimiento de competencias para dirigirse a la concreción de una serie de fines sustantivos<sup>(3)</sup>.

Como se indica en un reciente texto sobre filosofía del derecho contemporáneo, «la constitución ya no es solo el fundamento de autorizaciones y marco del Derecho ordinario. Con conceptos tales como los de dignidad, libertad, igualdad, Estado de Derecho, Democracia y Estado Social; la Constitución proporciona un contenido substancial al sistema jurídico. Esta circunstancia se materializa en la aplicación del Derecho a través de la omnipresencia de la máxima de proporcionalidad, y en una tendencia ínsita a reemplazar la

---

(\*) Profesor de Teoría Legal y Teoría Política en la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y la Academia de la Magistratura.

(1) PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003. p. 101.

(2) Autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, N. MacCormick, Carlos Santiago Nino, Ernesto Garzón Valdez, Luigi Ferrajoli, Joseph Raz, entre muchos otros que citaremos en el desarrollo de este trabajo.

(3) CARBONELL, Miguel. *El Neoconstitucionalismo en su laberinto*. En: *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2007. pp. 9 y 10. También véase CARBONELL, Miguel. *El nuevo tiempo para el Constitucionalismo*. En: *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005. p. 9; GASCON ABELLAN, Marina y Alfonso GARCIA FIGUEROA. *La Argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Lima: Palestra, 2003. pp. 21-31.

Neoconstitucionalismo y Teoría de la Argumentación Jurídica:  
¿Son realmente proyectos convergentes?



subsunción clásica de los hechos en reglas jurídicas, por una ponderación que sopesa valores y principios constitucionales»<sup>(4)</sup>.

En este sentido, es también usual considerar que el neoconstitucionalismo surge de la integración de dos clásicos modelos constitucionales, el modelo norteamericano y el modelo europeo. En el primer caso, nos encontramos con la idea de la Constitución como regla de juego de la competencia social y política, como pactos de mínimos para que, en un contexto de igualdad, los individuos desarrollen sus planes de vida dentro del marco de un «Estado neutral». En cambio, en el modelo europeo, la Constitución es nítidamente un proyecto político de transformación social y política<sup>(5)</sup> que busca aproximarse a

los ideales políticos de la revolución francesa, en el sentido de afirmar valores como el de la libertad y sobre todo el de la democracia (léase igualdad).

Precisamente, como primer rasgo que podría percibirse sería el hecho que esta tradición constitucional al haber surgido dentro de países que atravesaron por regímenes poco afines a la ideología liberal<sup>(6)</sup> estaría muy interesada en afirmar con mucha vehemencia los principios del liberalismo, en especial, la defensa de los derechos humanos.

De esta manera, el tradicional Estado de Derecho ha dejado de ser el paradigma de la racionalidad jurídica para encontrarnos ahora con el «Estado Constitucional de Derecho», en el cual la Constitución se convierte, como señalábamos, en un espacio en el cual convergen una serie de valores, directrices y principios de raíz liberal y democrática que son empleados para resolver los más importantes casos en el Derecho y que, por lo tanto, se adhieren nítidamente a la ahora famosa tesis de la «vinculación entre el derecho y la moral»<sup>(7)</sup>, es decir, la perspectiva que trasciende la clásica propuesta de la ciencia jurídica basada en la tesis de la «separación entre el Derecho y la moral»<sup>(8)</sup>.

(4) FARALLI, Carla. *La Filosofía del Derecho Contemporáneo*. Madrid: Hispania Libros, 2007. p. 83.

(5) Al respecto véase PRIETO SANCHÍS, Luis. *Op. cit.*; Capítulo 1.

(6) Por ejemplo, el caso de la Alemania Nacionalsocialista, la Italia fascista, la España de Franco entre otros.

(7) Tesis que se caracteriza, precisamente, por reconocer la presencia de valores y de principios dentro del Derecho. Como lo indica el profesor Alfonso García Figueroa, la Constitución aúna dos características relevantes para nuestros propósitos: por su contenido incorpora una serie de valores morales; por su forma, sus preceptos se expresan más a través de principios que bajo la apariencia de reglas. En términos muy generales, estas dos propiedades comparten dos consecuencias interesantes para el no positivismo principialista: en primer lugar, el constitucionalismo parece favorecer el no positivismo porque facilita la vinculación conceptual del derecho a la moral y, en segundo lugar, parece favorecer a un no positivismo principialista. Cfr. GARCIA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y Positivismo Jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1998. pp. 61 y 62.

(8) Para permitir precisamente que el derecho sea una ciencia exacta y no una ciencia especulativa.

## Eduardo Hernando Nieto

Esta tesis de la vinculación entre el Derecho y la moral ha sido ampliamente difundida, en el contexto anglosajón, por el profesor Ronald Dworkin y, en Europa continental, por Robert Alexy<sup>(9)</sup>, quienes, a su vez, han concluido en una defensa bastante fuerte de los derechos individuales llegando inclusive a proponer tesis tan categóricas como la de Dworkin en el sentido de que todo caso difícil tiene solamente una única respuesta correcta (léase la defensa de un principio)<sup>(10)</sup>, aun cuando la perspectiva de Alexy podría ser menos rígida en el sentido de reconocer la posibilidad de que existan varias posibles respuestas, no obstante que exista también quienes piensan que no se trata necesariamente de posiciones antagónicas<sup>(11)</sup>.

Si quisiéramos destacar algunos cambios que podemos percibir entre el Estado de Derecho y este Estado Constitucional de Derecho podríamos señalar, por ejemplo, que mientras el Estado de Derecho apostó por un estatismo, un legicentrismo y una interpretación formal del derecho. En la realidad del Estado Constitucional de Derecho, vemos que la soberanía estatal se flexibiliza, los principios adquieren una gran importancia y, por último, se podría percibir también que se van dando cada vez más formas de interpretación más material o sustantiva.

En esta línea, el profesor Prieto Sanchís destaca, a su vez, cinco características que definirían lo que significa hoy el neoconstitucionalismo; a saber, el predominio de los principios sobre las reglas, el empleo frecuente de la técnica de la ponderación en detrimento de la subsunción, la presencia relevante y activa de los jueces por encima de los legisladores, el reconocimiento del pluralismo valorativo en oposición a lo que sería una homogeneidad ideológica y, finalmente, el constitucionalismo invasivo que penetra en todas las áreas del Derecho<sup>(12)</sup>.

Por otro lado, Ricardo Guastini ha encontrado otra serie de condiciones que nos harían saber cuándo nos encontramos en un contexto «neoconstitucional». Entre otras, podría señalarse las siguientes: rigidez constitucional, con la consiguiente Constitución escrita y la dificultad de su modificación por parte de la legislación; la garantía jurisdiccional de la Constitución, vale decir, el control sobre la conformación de las normas con la Constitución; la fuerza vinculante de la Constitución, que destaca precisamente el hecho de que las constituciones, además de contener normas que organizan el Estado, también contienen principios y disposiciones pragmáticas que deberían ser garantizables como cualquier otra norma jurídica; la sobreinterpretación de la Constitución, que permite superar cualquier aparente laguna gracias a los principios que existen en la Constitución; la aplicación directa de las normas constitucionales (antes la Constitución solo controlaba el poder, ahora regula las relaciones sociales buscando desarrollar sus principios); la interpretación conforme a las leyes, que no se refiere a la interpretación de la Constitución sino de la ley, en donde el Juez debe preferir la interpretación que mejor se adecue al texto constitucional; y, finalmente, la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas que se percibe, por ejemplo, en

(9) *Ibid.*; p. 45.

(10) Cfr. DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1999.

(11) Sin embargo, esta apariencia conciliadora de la teoría de Alexy debe ser matizada porque, a pesar de su rechazo del holismo, el resultado de su propia teoría es próximo al de Dworkin, dado que Alexy mantendrá una concepción del derecho, a partir de lo que él denomina el lado activo del derecho, es decir, a partir de los procedimientos. GARCIA FIGUEROA, Alfonso. *Op. cit.*; p. 58. De hecho, estas cercanías se deberían a su relación con la filosofía kantiana y su adhesión a la moral de los derechos individuales.

(12) PRIETO SANCHIS, Luis. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. En: *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005. pp. 131 y 132. Véase también ALEXY, Robert. *Sistema jurídico y razón práctica*. En: *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994.

**Neoconstitucionalismo y Teoría de la Argumentación Jurídica:  
¿Son realmente proyectos convergentes?**

la argumentación que puedan brindar los órganos legislativos y que se basarían justamente en el texto constitucional<sup>(13)</sup>.

De todo lo expuesto, se desprende que el eje del neoconstitucionalismo está constituido, sin duda, por los derechos fundamentales, base del discurso liberal contemporáneo, que tiene, como ya anotamos, una serie de adherentes como Ronald Dworkin, John Rawls, Thomas Nagel, Jürgen Habermas, Robert Alexy y, también, en América Latina y España. Justamente, quisiera ahora dirigirme a uno de los más importantes neoconstitucionalistas latinoamericanos, el profesor argentino Ernesto Garzón Valdez, quien ha difundido desde hace ya mucho tiempo el concepto de «coto vedado», que reflejaría concretamente aquel espacio donde no podría negociarse absolutamente nada y tampoco podría haber disensos por comprender a los denominados derechos básicos<sup>(14)</sup>. Este «coto vedado», en términos de Garzón Valdés, resguardaría entonces a los llamados derechos fundamentales y sería la condición necesaria para poder afirmar la democracia representativa.

Ciertamente, esta concepción de democracia representativa como moralmente correcta procedería de una lectura realizada desde Hans Kelsen y la idea de que la democracia representativa no se da en función al dominio de las mayorías, sino, más bien, en términos del principio de las mayorías, que es diferente porque significa que reconocen la presencia de una minoría que debe ser respetada: «En Kelsen, el ejercicio del principio de la mayoría está limitado por el respeto a los derechos de la minoría a los que

significativamente llama derechos fundamentales y humanos»<sup>(15)</sup>.

De esta tesis kelseniana, Garzón Valdés extrae conclusiones propias sobre el sentido de la democracia. «Una sociedad es homogénea cuando todos sus miembros gozan de los derechos incluidos en el coto vedado de los bienes básicos. Cuando tal no es el caso, el principio de la mayoría se transforma en dominio de la mayoría (Kelsen) o constituye una forma ideológica de justificación del poder normativo (Habermas)»<sup>(16)</sup>. Convergente con las ideas de otros académicos liberales -Dworkin, por ejemplo-<sup>(17)</sup>, se maneja la tesis de que los derechos individuales deben ser entendidos como los medios de protección con los que cuentan las minorías a fin de defenderse de las agresiones o las preferencias de las mayorías.

Así pues, si se trata de justificar la existencia de este «coto vedado» de los derechos, entonces vamos a encontrar distintas razones que, en teoría, podría justificarlos, a pesar de que, como se ha indicado, sería un espacio no negociable bajo ningún punto de vista y, como se dice, también ataría a las generaciones futuras en la medida que solamente podrían

(13) GUASTINI, Ricardo. *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. En: *Neoconstitucionalismo(s)*.

(14) GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Representación y Democracia*. En: *Tolerancia, dignidad y democracia*. Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2006. Véase también *Instituciones suicidas. Estudios de ética y política*. México: Paidós, 2000. Para una discusión sobre el neoconstitucionalismo y la democracia, véase SALAZAR UGARTE, Pedro. *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. México: FCE, 2006.

(15) GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Op. cit.*; p. 147.

(16) *Ibid.*; p.153.

(17) La teoría constitucional sobre la cual se basa el gobierno de los Estados Unidos no es una simple teoría mayoritaria. La Constitución y, particularmente, el *Bill of Rights*, está destinada a proteger a los ciudadanos, individualmente y en grupo, contra ciertas decisiones que podría querer tomar una mayoría de ciudadanos, aun cuando esa mayoría actúe siguiendo lo que para ella es el interés general o común. DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*; p. 211.

## Eduardo Hernando Nieto

agregarse nuevos derechos, mas no podrían excluirse aquellos que ya encuentran dentro del coto vedado<sup>(18)</sup>. Es más, Garzón Valdés llegaría a llamar «incompetente básico» a aquel que no comprenda la importancia de los bienes básicos que se encuentran dentro del coto, ya que solamente podría desconocerlos alguien que no se mueva bajo los parámetros de la racionalidad<sup>(19)</sup>. En este sentido, se justifica una intervención paternalista si se trata de proteger la autonomía de los sujetos.

En efecto, al referirse al coto vedado, se estaría pensando básicamente en los derechos fundamentales, ligados a la idea de poder concretar un plan de vida y, al menos para Garzón Valdés, no bastaría solo con los tradicionales derechos civiles y políticos y sus correspondientes garantías, sino también tendría que haber espacio para los derechos de segunda y tercera generación, además, obviamente, con la obligación por parte del Estado de garantizarlos<sup>(20)</sup>.

Como se aprecia claramente, las tesis neoconstitucionalistas parten desde una moral de los derechos subjetivos de raíz kantiana y consideran que, si se quiere actuar como un sujeto racional (moral), entonces es indispensable vivir dentro de un régimen de democracia representativa, es decir, un régimen que garantice las mismas posibilidades de autonomía para todos sin exclusión y que justamente toma a este conjunto de bienes básicos como los requisitos esenciales para poder desarrollar la autonomía.

Finalmente, se entenderá que los jueces y los legisladores estarán obligados a ser consecuentes con estos principios y resolver o legislar siempre a favor de la defensa del coto vedado de los bienes básicos aun cuando puedan ir contra la voluntad mayoritaria<sup>(21)</sup>.

## 2. ¿Qué es la Teoría de la Argumentación Jurídica?

Hablar de la Teoría de la Argumentación Jurídica significa pensar en la teoría del Derecho que corresponde al siglo XXI<sup>(22)</sup>, puesto que todas las grandes teorías del derecho del siglo XX (léase positivismo, iusnaturalismo y realismo) nunca llegaron a identificar el carácter argumentativo del Derecho<sup>(23)</sup>.

Pero, ¿qué significa este carácter argumentativo del Derecho? Concretamente, se trata de identificar el sentido práctico del Derecho, es decir, considerarlo no como un fin en sí mismo sino como un medio o una técnica destinada a resolver problemas de orden práctico<sup>(24)</sup>. De esta manera, se afirma que el Derecho no es una ciencia teórica sino

(18) GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Op. cit.*; p. 154.

(19) *Ibid.*; p. 148.

(20) Una línea similar es la que encontramos en muchos neoconstitucionalistas europeos que abogan también por la necesidad de garantizar los derechos económicos y sociales, por ejemplo. Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2006; PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Trotta, 2007. Sin embargo, en el caso del neoconstitucionalismo anglosajón (Dworkin, Rawls), más bien se pensaría en los derechos civiles y políticos como los derechos garantizables y no tanto en el sentido planteado por el profesor Garzón Valdés y sus colegas italianos.

(21) Sin duda, uno de los más importantes defensores de la voluntad mayoritaria y la defensa de la deliberación pública es el profesor Roberto Gargarella, ver por ejemplo su artículo *Los Jueces frente al coto vedado*. Disponible en: [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12925071916700495109213/discusiones1/Vol1\\_04.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12925071916700495109213/discusiones1/Vol1_04.pdf). Sin embargo, esto no significa que no se adhiera a las tesis kantianas, sino que consideraría que el modelo neoconstitucionalista podría concluir en un sistema elitista en donde los jueces aparezcan como los grandes definidores de la política y no siempre actuarían a favor de las mayorías.

(22) ATIENZA, Manuel. *El Derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel, 2006.

(23) ATIENZA, Manuel. *Derecho y argumentación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

(24) El derecho no es un fin en sí mismo y no tiene carácter natural. Es más bien un instrumento, una invención humana, que

**Neoconstitucionalismo y Teoría de la Argumentación Jurídica:  
¿Son realmente proyectos convergentes?**

una ciencia práctica, en palabras del profesor Robert Alexy, una forma especial de razonamiento práctico general que se encuentra inmerso dentro de una teoría del discurso<sup>(25)</sup>.

Precisamente, como diría Alexy, «la idea básica de la Teoría del Discurso es la de poder discutir racionalmente sobre problemas prácticos con una pretensión de rectitud. Bajo problemas prácticos, entiendo problemas que conciernen a lo que es debido y prohibido, y lo que es permitido, bueno y malo. Con esto intenta la teoría del discurso ir por un camino medio entre teorías objetivistas y cognitivistas, de una parte, y subjetivistas y no cognitivistas, de la otra. Su punto de partida es el discurso práctico general. Discursos prácticos generales no son argumentaciones institucionalizadas sobre lo que es ordenado, prohibido y permitido, así como tampoco de lo que es bueno o malo. Un discurso práctico es racional cuando en él se llenan las condiciones de argumentación práctica racional. Al satisfacerse estas condiciones el resultado del discurso es correcto. La teoría del discurso es por eso una teoría procesal de corrección práctica»<sup>(26)</sup>.

De esta manera, el discurso tendría dos tipos de reglas, una que se refiere a la estructura de los argumentos y reglas cuyo objeto sería el proceso del discurso. Continúa Alexy señalando que, en el primer grupo, tendríamos las reglas «de la no contradicción, de universalidad, de claridad lingüística conceptual, de verdad de las premisas empíricas usadas, de completud deductiva del argumento, de consideración de las consecuencias, de ponderación y de análisis de las convicciones morales», en tanto que, en el segundo grupo, cuya finalidad sería la de asegurar la imparcialidad de la argumentación práctica, contaríamos con las siguientes reglas:

a) Todo el que puede hablar puede tomar parte en el discurso.

b) Es posible cuestionar cualquier afirmación que se haga.

c) Se puede introducir cualquier afirmación en el discurso.

d) Nadie puede ser impedido por la fuerza de intervenir<sup>(27)</sup>.

En la medida que estas condiciones están en un plano ideal -señalaría Alexy-, entonces tendrían que ser institucionalizadas en un sistema de derecho para su concreción aun cuando está claro para él que solamente podrían operar en un Estado Constitucional de Derecho.

«La necesidad de la existencia de un sistema de derecho surge de la debilidad del discurso práctico general. La argumentación práctica general no conduce en muchos casos a resultados que todos aprueben, y cuando lleva a resultados que todos consienten, la aprobación general del discurso todavía no es con certeza observancia general. Los conflictos sociales no pueden ser resueltos basados en reglas que se contradicen unas a otras, y el cumplimiento de reglas que todos, sin tener que temer sanciones, pueden violar, para nadie es exigible. Este argumento hobbesiano se complementa con uno kantiano. Este afirma que en un discurso racional no se puede justificar cualquier sistema jurídico, sino solo aquellos que llenen las elementales exigencias de la razón práctica. Entre esas se encuentra la

---

deberíamos procurar moldear y utilizar inteligentemente para alcanzar propósitos que van más allá del Derecho: una cierta paz, una cierta igualdad, una cierta libertad. El Derecho no es más -ni menos- que una técnica -cada vez más compleja, pero siempre notablemente deficiente para la resolución-, de hecho, no siempre justa de los conflictos sociales. Cfr. *Ibid.*; p. 17.

(25) ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994. p.151. Véase también ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p.47 y p.59.

(26) ALEXY, Robert. *Teoría del discurso...* pp. 47 y 48.

(27) *Ibid.*; pp. 50 y 51.

## Eduardo Hernando Nieto

garantía de los derechos humanos fundamentales y la institucionalización de procedimientos democráticos»<sup>(28)</sup>.

Ciertamente, 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.

Así pues, si bien Alexy reconoce la existencia de argumentos prácticos generales<sup>(29)</sup>, (aquellos que se basan en la corrección de su contenido) estos estarían subordinados a los argumentos institucionales, es decir, aquellos que se afirman en la autoridad del derecho positivo<sup>(30)</sup>, aunque esta preeminencia de los argumentos institucionales sobre los sustanciales operaría solo *prima facie* (a primera vista), es decir, que, en determinados casos, podría ser que primasen los argumentos sustanciales por encima de los institucionales. Dice Alexy lo siguiente:

«El hecho de que argumentos institucionales solo gozan de una prevalencia *prima facie*, significa que la argumentación jurídica, aun cuando argumentos institucionales conduzcan a un resultado determinado, sigue dependiendo de argumentos sustanciales y prácticos generales»<sup>(31)</sup>.

Esto precisamente nos conduce a uno de los aspectos más destacados y conocidos de la obra del profesor alemán, el

famoso juicio de ponderación que nos facilitaría la solución de los múltiples conflictos entre principios que se suelen dar dentro del ordenamiento constitucional contemporáneo.

Así, entendiendo que existe una diferencia entre reglas y principios (como señala la teoría neoconstitucional), los principios deberían entenderse como mandatos de optimización cuya concreción dependerá de las posibilidades jurídicas y fácticas<sup>(32)</sup>. Esto significa que los principios son susceptibles de ponderación; es decir, en cada caso concreto habrá que ver cuál de los principios se convierte en regla y cuál en excepción pudiendo esto variar si se trata de un caso distinto<sup>(33)</sup>. En este sentido, parecería suponerse de la visión de Alexy que la gama de derechos incluidos dentro del llamado «coto vedado» podría ser bastante amplia tanto como para poder incluir quizá algún principio no liberal. En todo caso, volveremos más adelante sobre este punto pues es central para el desarrollo de mi argumento.

Es preciso acotar, sin embargo, que si bien la tesis de Alexy es importante, la argumentación jurídica no se agota con sus ideas. Es más, Alexy, junto con MacCormick,

(28) *Ibid.*; pp. 52 y 53.

(29) Los mismos que se dividen en argumentos teleológicos que se apoyan en una idea de lo bueno y deontológicos que se basan en la idea de lo justo o injusto (independientemente de sus consecuencias).

(30) Siendo estos argumentos de carácter lingüístico, genético (voluntad del legislador histórico) y sistemático.

(31) ALEXY, Robert. *Teoría del discurso...* pp. 58 y 59.

(32) ALEXY, Robert. *El concepto...* p.162. Asimismo, Alexy, en oposición, define a las reglas como mandatos definitivos. Por lo tanto, un conflicto entre reglas debería terminar con la expulsión de una de ellas del sistema. En relación a las posibilidades fácticas y jurídicas, observaremos que lo fáctico se refiere a la idoneidad y necesidad de la medida limitadora examinada. En cambio, lo jurídico se relaciona ya directamente con lo que sería el mismo juicio de ponderación a través de la siguiente ley: cuanto mayor sea el grado de no realización o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro. *Ibid.*; p. 171. Véase también al respecto SOBREVILLA, David. *El modelo de reglas/principios/procedimientos de Robert Alexy*. En: *Isonomía*. Número 4. México, abril 1996.

(33) GASCON ABELLAN. Marina y Alfonso GARCIA FIGUEROA. *La Argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. p. 298.

## Neoconstitucionalismo y Teoría de la Argumentación Jurídica: ¿Son realmente proyectos convergentes?

son señalados por Manuel Atienza como los forjadores de la «teoría estándar de la argumentación»<sup>(34)</sup>, es decir, aquel modelo que se concentra en el estudio de las razones justificatorias antes que en las razones explicativas<sup>(35)</sup>. En este sentido, el trabajo del profesor de Alicante resulta interesante pues trata de sistematizar las distintas teorías de la argumentación (Aarnio, MacCormick, Peczenik, Alexy, Perelman, etcétera) para poder conformar lo que sería ya propiamente dicho la «Teoría de la Argumentación Jurídica».

Así pues, tomando en consideración todos los aportes efectuados por los autores antes citados<sup>(36)</sup>, la Teoría de la Argumentación sugiere una serie de criterios generales<sup>(37)</sup> que serían muy útiles para evaluar la corrección o justicia de una decisión. Estas serían las reglas de la «consistencia», la «coherencia», la «universalizabilidad» y el «consecuencialismo»<sup>(38)</sup>.

Tales criterios, en su plano formal, se constituirían entonces por reglas de la lógica formal como la «no contradicción» y la coherencia y, en su plano material, con los criterios de orden sustantivo que responden a la moral kantiana y a la moral utilitarista. Así, por ejemplo, si uno tuviese que evaluar una sentencia, no solo deberíamos fijarnos en la consistencia de los considerandos, esto es, que no existan contradicciones entre ellos o que exista también una coherencia en el razonamiento, (es decir, que la argumentación siga un sentido claro y que pueda preverse la conclusión del razonamiento), sino también que la decisión adoptada debe someterse al test de la universalidad que significa el presentar ante un imaginario

*auditorium* universal de seres racionales nuestra decisión y ver en qué medida dicha decisión sería aceptable para ese *auditorium*. Finalmente, también se trata de considerar los efectos que podría generar nuestra decisión al interior de la sociedad, pues es importante tomar nota de los intereses que se verían afectados.

Todo esto conforma así las reglas del razonamiento práctico empleado por el razonamiento jurídico y su uso permitiría legitimar las decisiones que emiten los órganos jurisdiccionales siendo este el gran aporte efectuado por la Teoría de la Argumentación Jurídica.

### 3. ¿Es posible una argumentación antiliberal?

Hasta este momento he tratado de mostrar qué cosa es el Neoconstitucionalismo y que es la Teoría de la Argumentación Jurídica. Mi idea ahora es tratar de demostrar que, mientras el Neoconstitucionalismo le debe su existencia y su razón al liberalismo contemporáneo, la Teoría de la Argumentación, en tanto definida como técnica para resolver problemas prácticos, no tendría por qué compartir

(34) Cfr. ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho*. Lima: Palestra, 2004.

(35) Esto se refiere a la distinción que, según Atienza, permite la aparición de la Teoría de la Argumentación Jurídica y que fue tomada del campo de la epistemología, vale decir, la distinción entre el Contexto de Descubrimiento y el Contexto de Justificación. El primero se centraría en las explicaciones de los razonamientos (por ejemplo, en el caso de un juez, explicaciones de orden sociológico, psicológico etcétera) y el segundo, en la justificación de los argumentos (es decir, como se debería llegar a un razonamiento correcto). La teoría estándar solo se referiría al contexto de justificación, mientras que Atienza pensaría que una teoría de la argumentación debería trabajar en ambos contextos. *Ibid.*; pp. 303-325.

(36) Entre otros textos se puede citar, AARNIO, A. *Lo racional como razonable*. Madrid: CEC, 1991; MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 1978; PERELMAN, Chaïm. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid: Civitas, 1988; M. PECZENIK, Aleksander. *On Law and reason*. Londres: Kluwer Academic Publishers, 1989.

(37) Aun cuando originalmente estarían ya expresados en la teoría del profesor MacCormick.

(38) GASCON ABELLAN, Marina y Alfonso GARCIA FIGUEROA. *Op. cit.*; pp. 173 y 174.

## Eduardo Hernando Nieto

necesariamente este compromiso con el liberalismo y podría, incluso, llevarnos a justificar un resultado o una decisión que defienda principios o valores no liberales.

A primera vista, esta última afirmación parecería muy problemática, por ejemplo, dentro de la tesis de Robert Alexy, quien como indicamos consideraría que la Teoría de la Argumentación se da con el propósito de justificar racionalmente los derechos fundamentales<sup>(39)</sup>.

Sin embargo, la tesis de Alexy, a diferencia de la de Dworkin o el mismo Garzón Valdés, incluiría muchos más principios que los usuales, aun aquellos que no lucirían muy compatibles con el liberalismo contemporáneo<sup>(40)</sup>, como, por ejemplo, los principios de seguridad, orden interno o, finalmente, la paz.

De hecho, sabemos que todos los ordenamientos constitucionales incorporan también principios de este tipo que en determinados casos podrían ser objeto de ponderación con los otros derechos más ligados a las tradiciones liberales kantianas y que, como diría el profesor Carlos Santiago Nino, se sustentarían en la defensa de la autonomía, la dignidad y la inviolabilidad de la persona<sup>(41)</sup>. En ese sentido, producido un conflicto entre principios y dependiendo del caso concreto, se podría optar por uno u otro como se señala en la teoría de la ponderación.

Empero, la inclusión de estos principios «no tan liberales» tienen, como se diría, su truco, como lo podríamos constatar en la siguiente entrevista, concedida por el profesor Alexy a una profesora colombiana. Veamos la siguiente pregunta:

«En un conflicto armado interno como el colombiano, colisionan derechos fundamentales, como el derecho a la libertad personal o a la libre circulación, con el derecho a la paz, en tanto derecho de los ciudadanos. Debido al carácter prioritario del derecho a la paz, se toman medidas de excepción que restringen esos u otros derechos fundamentales. A causa de la gravedad del conflicto, esas restricciones podrían pasar el test de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto y, además, lograr un gran respaldo popular. ¿Hay algo en su teoría de los márgenes de acción que sirva de dique o freno a esa tendencia?»

Eso depende de la manera como se interpreta la libertad general de acción. Por eso, solo podré responder a la pregunta cuando sepa qué es la libertad general de acción según la Constitución colombiana. Quiero indicar por qué planteo esta cuestión: en Alemania, el artículo que garantiza la libertad general de acción se interpreta de dos maneras. Por una parte, garantiza la libertad de acción en calidad de derecho general a la protección de la personalidad y lo hace en asociación con la garantía de la dignidad humana. Paralelamente se responde por la libertad general de acción como libertad de hacer o dejar de hacer cualquier cosa a voluntad.

(39) ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: CEC, 1983; *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: CEC, 1993.

(40) Respecto a esto, quisiera señalar que estoy definiendo liberalismo como aquel discurso que se sustenta en la moral de los derechos individuales. Por lo tanto, su fundamento es kantiano. Hago esta aclaración porque también es posible proponer otras formas de discurso también llamado liberal aunque podría llevarnos a la defensa de otros valores que no serían necesariamente aceptados por la tradición kantiana. Por ejemplo, la perspectiva Hobbesiana, preferiría más bien los valores de la paz, el orden o la seguridad pública antes que la autonomía personal. Para un análisis de las distintas corrientes liberales contemporáneas, véase DE GREPPI, Andrea. *Concepciones de la Democracia en el pensamiento contemporáneo*. Madrid: Trotta, 2006; GARGARELLA, Roberto. *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Barcelona: Paidós, 1999; KYMLICKA, Will. *Filosofía política contemporánea*. Barcelona: Ariel, 1994; y, por supuesto, BERLIN, Isaiah. *Dos conceptos de libertad*. En: *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid: Alianza, 1998.

(41) SANTIAGO NINO, Carlos. *Ética y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1989.

**Neoconstitucionalismo y Teoría de la Argumentación Jurídica:  
¿Son realmente proyectos convergentes?**

Se advierte de inmediato que la libertad general de acción como expresión del derecho común de protección a la personalidad tiene un mayor peso abstracto que la libertad general de acción como derecho de hacer y dejar de hacer lo que se desee, por ejemplo, para decidir cómo uno quiere hacerse cortar el pelo. Por eso, debo saber cuál es el significado de 'libertad general de acción' en la Constitución colombiana para poder contestar la pregunta que me hizo (Después de recibir una concisa información sobre el artículo 16 de la Constitución, que protege el libre desarrollo de la personalidad, y sobre otras garantías constitucionales que tienen en vista la dignidad humana, Robert Alexy retoma su respuesta). En este caso mi respuesta será muy sencilla: tan pronto como entra en juego la dignidad humana, en relación con la libertad general de acción, se tiene una clara barrera. Mientras se trata solamente de decisiones cotidianas, que no tienen que ver con la personalidad, con la dignidad, sino con pequeñas ventajas y desventajas, también de tipo financiero, que no afectan la personalidad, tal preferencia *prima facie* a favor del derecho a la paz podría hacerse valer»<sup>(42)</sup>.

Ciertamente, por lo expresado en su respuesta, queda muy claro que el profesor Alexy está pensando en la prevalencia de los derechos fundamentales y el coto vedado, pues, si se trata de afectar directamente la autonomía (personalidad) o la dignidad, entonces ningún principio de raíz utilitarista (bien común, seguridad pública, paz interna, orden público, etcétera) podrá ser prevalente.

De esta manera, si se trata, por ejemplo, del caso en el cual un grupo de estudiantes desea organizar una marcha de protesta en una zona céntrica de la ciudad y esto afectaría a los negocios y la circulación del público, entonces los afectados podrían objetar el desarrollo de dicha marcha. En tal caso, un juez indicaría que está ante un claro conflicto entre dos principios constitucionales, ya que la Constitución ampara la libertad de expresión, pero, al mismo tiempo, también la Constitución protege el orden público y la libertad de tránsito.

Por lo tanto, este juez instruido en las técnicas neoconstitucionales y de la argumentación jurídica podría apelar entonces al también llamado juicio de proporcionalidad en donde primero efectuará una subsunción para ver si los hechos en cuestión están incluidos en la normatividad constitucional (fin lícito) y, luego, observará si es que la medida restrictiva (en este caso, supongamos, la suspensión de la marcha) es idónea (vale decir, si es la más adecuada para proteger el orden público y la libertad de tránsito), si es necesaria (si no existe otra medida menos gravosa que logre el mismo resultado) y, finalmente, llegar a la aplicación del subprincipio de ponderación en donde la aplicación de la regla «cuanto mayor sea el grado de no satisfacción de una de las partes mayor deberá ser el grado de satisfacción de la otra» nos dará la respuesta final, que, en este caso, sería la suspensión de la marcha.

Claro que, en este caso, como diría Alexy, no se estaría afectando la dignidad y personalidad, ya que la marcha podría efectuarse, por ejemplo, en otro lugar que no genere tanto problemas o quizás en otro momento. Esta libertad estaría dentro del marco de la llamada libertad general de acción como derecho de hacer y dejar de hacer lo que se desee, el mismo que, según Alexy, no tendría el mismo peso que sí tendría el derecho a la libertad de acción en calidad de derecho general a la protección de la personalidad que lo hace en asociación con la garantía de la dignidad humana.

(42) QUINTERO, Diana Patricia. *5 preguntas a Robert Alexy*. En: *Precedente - Anuario Jurídico*. Cali: U. ICESI, 2003. p. 91. El artículo 16 de la Constitución colombiana señala lo siguiente: «Artículo 16. Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico».

## Eduardo Hernando Nieto

De hecho, en este ejemplo se puede mostrar entonces que el juego de la ponderación de principios se da dentro de un espacio limitado y que existe esta zona infranqueable de la dignidad de la persona humana. De esta manera, Alexy estaría asumiendo la tesis neoconstitucional y, por ende, su franca adhesión al liberalismo kantiano.

Sin embargo, cuando pensamos en las reglas que propone la Teoría de la Argumentación Jurídica (la coherencia y, sobre todo, la universalizabilidad y el consecuencialismo) y pensamos también que la Teoría de la Argumentación es simplemente una técnica o un medio para la solución de problemas de carácter práctico, entonces, no estoy seguro de que esta teoría sea incondicional al liberalismo kantiano.

Cuando se refieren al desarrollo de la teoría, se puede apreciar que su práctica es bastante antigua (basta pensar en nombre como Aristóteles o Cicerón) e incluye técnicas como la retórica o la tópica que son simplemente eso, técnicas de argumentación sin ningún compromiso moral o ideológico, salvo la adhesión a

ciertas reglas que se requerirían para garantizar la corrección de la decisión (imparcialidad, flexibilidad, etcétera).

De todo esto, se puede deducir entonces que no habría por qué considerar que exista un espacio de no discusión o deliberación en la Teoría de la Argumentación y esto significaría, por ejemplo, el poder brindar una respuesta distinta a la que señala el profesor Alexy en la entrevista. Es decir, en la situación de excepcionalidad que vive Colombia, podría entenderse límites concretos a la autonomía de aquellos que se convierten en enemigos del Estado<sup>(43)</sup> y tales medidas podrían superar tranquilamente el test de la proporcionalidad. Dicho de otra manera, podría ser que medidas claras que restrinjan la libertad personal de los enemigos (las FARC en Colombia) sean aceptables por un *auditorium* de personas racionales (los ciudadanos colombianos cansados de los secuestros, los asaltos y la violencia en general) y que los efectos de estas medidas, finalmente, no sean una carga pesada para la mayoría de los ciudadanos colombianos.

Ciertamente, entiendo que aun falta desarrollar mejor mi argumentación, pero también es cierto que lo que busca esta Teoría de la Argumentación es justificar las decisiones o las conductas humanas. Por ende, 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.

(43) Véase, HERNANDO NIETO, Eduardo. *Derecho y Emergencia: Hacia una Teoría del Derecho del Enemigo*. Lima: Departamento de Derecho de la PUCP, 2007.