

El constitucionalismo de Ronald Dworkin y su teoría del derecho como moral política institucionalizada

POR RICARDO MARQUISIO (*)

Sumario: I. Introducción.- II. El constitucionalismo dworkiniano.- III. El derecho como moral política institucionalizada.- IV. La teoría del “sistema único” y la ideología neoconstitucionalista.- V. El constitucionalismo relativista.- VI. El constitucionalismo incorporacionista.- VII. El neoconstitucionalismo principialista.- VIII. El constitucionalismo postpositivista.- IX. Conclusiones.- X. Bibliografía.

Resumen: en este artículo indago acerca de la compatibilidad del modelo de filosofía jurídica de Ronald Dworkin con el neoconstitucionalismo y otras versiones del constitucionalismo. La tesis que defiendo es que el constitucionalismo sustantivo de Dworkin, considerado en el contexto de su teoría del derecho como moral política institucionalizada, es incompatible con las tesis fundamentales que, tanto sus partidarios como sus detractores, atribuyen al neoconstitucionalismo, así como con otros modelos que toman a la Constitución como una especie de justificativo de segundo orden de principios y valores, un puente entre el derecho y la moral o un determinante de la exclusión de las reglas del razonamiento jurídico.

Palabras claves: Ronald Dworkin - constitucionalismo - neoconstitucionalismo - derecho y moral

The constitutionalism of Ronald Dworkin and his theory of law as institutionalized political morality

Abstract: *in this paper I inquire about the compatibility of Ronald Dworkin's legal philosophy model with neo-constitutionalism and other versions of constitutionalism. My point is that the substantive constitutionalism of Dworkin, considered in the context of his theory of law as institutionalized political morality, is incompatible with the fundamental theses that both his supporters and his detractors attribute to neoconstitutionalism, as well as other models that take the Constitution as*

(*) Prof. Adjunto de Filosofía y Teoría General del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de la República (FDER-UDELAR), Uruguay.

a kind of second-order justification of principles and values, a bridge between law and morality or a determinant of the exclusion of the rules of legal reasoning.

Keywords: *Ronald Dworkin - constitutionalism - neoconstitutionalism - law and morals*

I. Introducción

Las constituciones contemporáneas suelen ser entendidas como documentos que exceden con amplitud la función clásica de dar forma al gobierno del Estado y poner límite normativo al ejercicio del poder. Se atribuye a los Estados constitucionales contemporáneos una *dimensión ético sustantiva* caracterizada por una constitución larga (con disposiciones que refieren a principios sustantivos, derechos y valores sustantivos), rígida (esas disposiciones son difícilmente derogables o consideradas no derogables) y garantizada por un control judicial (en general, se confiere a algún órgano jurisdiccional la última palabra en la interpretación constitucional) (Luque, 2014). Las enunciaciones valorativas de las constituciones largas se interpretan como la toma de partido en los temas controversiales característicos de las sociedades plurales, un ámbito donde los conflictos morales encuentran una medida común que posibilita su resolución. Por ende, la discusión a propósito del neoconstitucionalismo y otras teorías que atribuyen a la Constitución la condición de programa axiológico involucra múltiples cuestiones de teoría y metateoría del derecho, filosofía moral y política y teoría de la democracia (para un panorama de estas discusiones ver Marquisio, 2016b).

El constitucionalismo es la visión o ideología que considera la propia existencia de una constitución rígida como un valor autónomo (como la libertad, la justicia o la igualdad) entre los que dan sentido al orden social, que merece ser realizado aun a costa de otros fines (Waldron, 2009). En este sentido, Dworkin es, sin duda, un constitucionalista, en tanto su ideal de comunidad política es lo que denomina *democracia constitucional*, que no se fundamenta en la regla de decisión mayoritaria sino en la exigencia de realización más extensa posible de un principio abstracto de igual respeto y consideración de los individuos. La Constitución y sus intérpretes juegan un papel relevante en mantener la vigencia de ese principio corrigiendo los resultados de la decisión política mayoritaria cuando ellos lo afecten de modo grave (Dworkin, 1997).

El constitucionalismo dworkiniano concibe a la tarea judicial como centrada en los derechos y prescribe, para la determinación de su contenido en los casos polémicos, que estos sean resueltos en base a argumentos de principios políticos. Las leyes se toman como un conjunto de esfuerzos por plasmar los derechos morales en la comunidad, siendo decisivos aquellos principios que no han sido

rechazados durante la historia (reconstruida contra fácticamente a través una evaluación coherentista del intérprete) de ese esfuerzo. La adjudicación constitucional ofrece al ciudadano un *foro de principios* en el que sus reclamos individuales de derecho serán considerados desde la perspectiva de la justicia y en el que podrá debatir con los demás ciudadanos cuáles deben ser sus relaciones recíprocas desde esa perspectiva. Ese *foro de principios* no asegura que la decisión sea satisfactoria para el ciudadano o que constituya la solución *correcta*; simplemente constituye una promesa de consideración seria y constante de los reclamos que se formulen (Dworkin, 1985).

Cuando al final de la última década del siglo XX surgió la corriente teórica denominada *neoconstitucionalismo*, Dworkin resultó desde el inicio vinculado a ella, tanto por sus detractores como por sus partidarios. Pozzolo, al introducir el término, asociado a una visión particular de la interpretación constitucional en la que ubicó a Dworkin, caracterizó al neoconstitucionalismo a partir de las siguientes contraposiciones: *principios vs. normas, ponderación vs. subsunción, Constitución vs. independencia del legislador y jueces vs. libertad del legislador*. Lo que unifica estas formulaciones es una peculiar visión de la Constitución como *modelo axiológico*, cuyo abordaje teórico, en contraste con la metodología positivista, se plantea como prescriptivo. La Carta requiere una interpretación específica porque es tomada como un puente entre la moral y el discurso jurídico que transforma a este en una instancia del razonamiento práctico. Pozzolo alude de manera concreta a dos conexiones de Dworkin con las tesis que atribuye al neoconstitucionalismo: su defensa de la lectura moral de la Constitución y la visión del papel de los principios en el razonamiento jurídico, en contraposición disyuntiva con las reglas, expresada en sus escritos tempranos (Pozzolo, 1998).

A su vez, Commanducci atribuye a Dworkin las posturas que denomina *neoconstitucionalismo ideológico* (por la especificidad de la interpretación constitucional que presume la lectura moral) y *neoconstitucionalismo metodológico* (basándose en la conexión necesaria, identificativa o justificativa, entre derecho y moral que toma como parte de la teoría dworkiniana) (Commanducci, 2002) (1).

Por su parte, defensores de distintas vertientes del constitucionalismo latino (que en la mayor parte de los casos no aceptan la etiqueta creada por Pozzolo pero afirman, con distinto alcance, la relevancia de las constituciones “largas” en los problemas de la teoría del derecho) han ubicado a Dworkin como un “aliado” de sus puntos de vista, a veces incompatibles entre sí.

(1) Nótese que la forma en que Commanducci caracteriza al neoconstitucionalismo metodológico —por la tesis de que cualquier decisión jurídica o judicial, está justificada si deriva en última instancia de una norma moral— es problemática en tanto se aplica a un autor que nadie incluye dentro de la etiqueta “neoconstitucionalismo” como Raz (Raz, 2007).

¿Concibe Dworkin a la Constitución como un programa axiológico que opera como un puente entre la moral y el derecho en los términos que plantean defensores y detractores del neoconstitucionalismo? Es pertinente preguntarse en qué medida el constitucionalismo que defiende este autor, leído a la luz de la versión final de su teoría del derecho, puede considerarse realmente una versión de la corriente teórica bautizada por Pozzolo.

II. El constitucionalismo dworkiniano

A lo largo de cinco décadas, Ronald Dworkin desarrolló una teoría del derecho, original y cambiante, en desafío global al positivismo jurídico (2). Fue como consecuencia directa de sus ataques que el positivismo se reformuló de modo importante, restringiendo o modificando el alcance de sus tesis fundamentales y tornándose mínimo en sus ambiciones (3). La concepción teórica de Dworkin se presentó desde el inicio como normativa (4). A lo largo de la evolución de su pensamiento, la visión dworkiniana del problema normativo se fue ampliando y unificando, siendo su última obra una extensa reflexión sobre la totalidad del valor. Allí, defiende la tesis de que hay, en última instancia, un solo valor fundamental y los múltiples valores que podemos tener en consideración no son sino diferentes manifestaciones de este, que se apoyan mutuamente en términos argumentativos y que cobran especial relevancia según la particularidad del dominio normativo de que se trate (ética personal, moral individual, justicia, democracia, derecho) (5).

(2) El enfrentamiento de Dworkin con el positivismo se centró primero en el rechazo de las tesis fundamentales con que Hart identificaba a dicha tradición (Dworkin, 1977); en una segunda etapa introdujo su propuesta interpretativa del *derecho como integridad* (Dworkin, 1986). Los argumentos del primer Dworkin, centrados en el modo en que los jueces consideran obligatorios estándares jurídicos como los principios que, aunque se basan en decisiones pasadas, no pueden ser “capturados” por la regla de reconocimiento, mantienen todavía conexión con el positivismo. El modelo del derecho como integridad supone una ruptura más radical con esta tradición teórica (Bix, 2009, p. 92).

(3) El positivismo jurídico contemporáneo resulta mínimo en sus ambiciones en tanto, como tal, se propone solo brindar una respuesta parcial a la pregunta al problema de la naturaleza del derecho, la “tesis social”, y no presenta respuestas al problema de la normatividad jurídica. La aceptación virtualmente unánime de la tesis social y la falta de respuestas al problema de la normatividad jurídica implican que el positivismo contemporáneo es compatible con múltiples versiones del iusnaturalismo y postpositivismo (Marquisio, 2017).

(4) Para Dworkin, el concepto de derecho, tal como lo usamos en nuestras prácticas políticas, cuando discutimos cuál es el derecho del caso sobre una cuestión determinada y en una jurisdicción concreta, al que denomina “doctrinal”, es inherentemente normativo en tanto que, de la verdad de las “propuestas de derecho” y sus fundamentos, dependen los derechos y obligaciones que tenemos, así como el uso de la coerción organizada (Dworkin: 1967, pp. 14-17; 2006, pp. 1-5).

(5) Una discusión de la tesis dworkiniana de la unidad del valor puede encontrarse en Raz, 2016.

Una de las preocupaciones presentes desde el inicio en el proyecto de Dworkin fue lo que denominó “filosofía política de la adjudicación constitucional” (Dworkin, 1977, p. 132). Esa filosofía es el *constitucionalismo*, que concibe como una teoría moral particular según la cual los individuos tienen derechos contra el Estado. De acuerdo con el tipo de constitucionalismo que Dworkin defiende, las cláusulas abstractas que mencionan derechos han de entenderse como la apelación a conceptos morales antes que a concepciones particulares de estos, por lo que un tribunal que aplique dichas cláusulas debe presentar y dar respuesta a preguntas sobre las exigencias de la moralidad política (Dworkin, 1977, p. 147).

Dworkin discutió en profundidad el constitucionalismo y la revisión judicial en el contexto de una teoría sobre la forma apropiada de interpretar e imponer la Constitución que denominó *lectura moral*. Según la tesis de la lectura moral, la base del derecho constitucional es la moralidad política, que resulta controversial de modo inherente y exige que las instituciones atribuyan a alguna autoridad la última palabra en su interpretación. En el caso de Estados Unidos, esa autoridad es la Suprema Corte de Justicia. Un ataque frecuente a la regulación institucional que posibilita el constitucionalismo es su carácter antidemocrático al impedir a las mayorías decidir por sí mismas en los asuntos controversiales.

Dworkin afirma que esa visión es incorrecta y rechaza la premisa mayoritaria como interpretación del ideal democrático (6). La meta definitoria de la democracia constitucional no es, para este autor, que las decisiones colectivas sean aquellas que la mayoría de los ciudadanos aprueba sino su adopción por instituciones políticas cuya estructura, composición y prácticas impliquen un trato, para todos los miembros de la comunidad, de igual consideración y respeto. Las instituciones que recomienda la democracia constitucional no son muy diferentes a las que se justifican por la premisa mayoritaria. Se requiere que las decisiones cotidianas de gobierno sean adoptadas por funcionarios electos por voto popular. Pero la adopción de instituciones representativas surge de la importancia del igual estatus moral de los ciudadanos y no de un compromiso con los objetivos de la regla mayoritaria. Por tanto, la democracia constitucional no excluye que, en ocasiones, ciertos procedimientos no mayoritarios prevalezcan si protegen o promueven

(6) El rechazo de Dworkin a la premisa mayoritaria no implica que los jueces no tengan que atender a las decisiones legislativas mayoritarias: hay importantes consideraciones morales que cuentan a favor de la deferencia a la legislación y también consideraciones que, en ocasiones, apuntan en sentido contrario (Dworkin, 1997, p. 34). Pero el hecho de que una decisión sea mayoritaria no es prueba alguna de su corrección, en tanto Dworkin rechaza que los acuerdos o convergencias morales de una comunidad tengan valor epistemológico o moral, cualquiera sea la forma en que se hayan construido. Por tanto, aun cuando esas convergencias se expresen en decisiones mayoritarias, el juez que los considera no tiene otra opción que buscar igualmente la mejor respuesta interpretativa y confiar en ella (Maurino, 2015, pp. 80 y 118).

mejor que los mayoritarios el estatus igual de los ciudadanos. En esos casos, no hay déficit democrático o pérdida moral en la decisión adoptada por órganos no representativos o mayoritarios. La relación entre la democracia constitucional y el principio mayoritario es de condicionalidad: la democracia es el gobierno sujeto a la condición de igual estatus entre los ciudadanos. Si las instituciones mayoritarias promueven y respetan las condiciones democráticas, entonces sus veredictos deberían ser aceptados por todo el mundo. Pero si no lo hacen, no hay objeción justificable a que otras instituciones, como los tribunales, adopten las decisiones finales que sí los promuevan y hagan respetar.

Esto no prueba la necesidad de revisión judicial para la vigencia del ideal democrático; únicamente rebate el argumento más frecuente contra su justificación. La lectura moral de la Constitución es compatible con soluciones institucionales que establezcan distintos tipos de revisión judicial (concentrada, des-concentrada, parcial, total, fuerte, débil) o con que el parlamento tenga la última palabra en la determinación del contenido de los derechos. Lo central es, para Dworkin, que la elección sea en base a un criterio orientado al resultado antes que uno orientado al procedimiento. La estructura institucional adecuada será aquella al servicio de la necesidad moral de que en una comunidad se verifiquen efectivamente las condiciones democráticas y suponga la mejor posibilidad de asegurar un cumplimiento estable de esas condiciones (Dworkin, 1997). La postura de Dworkin frente a la revisión judicial es moderada y condicional, y eso lo aparta de las versiones del constitucionalismo que consideran ese mecanismo como parte esencial de la democracia, como por ejemplo la teoría de Ferrajoli (Ferrajoli, 2008) (7).

Hay, según Dworkin, un modo legítimo en que las preguntas morales que plantean las cláusulas constitucionales abstractas deben ser contestadas y se resume en la estrategia de *integridad constitucional*. En general, la integridad requiere que los jueces, abogados y ciudadanos, al contestar las preguntas morales no ignoren las respuestas que otros —en particular los jueces— han dado en el pasado y que expresan el compromiso de la comunidad con determinados estándares. El constitucionalismo no requiere que el intérprete conteste las preguntas relativas a los derechos a través de un puro ejercicio filosófico, buscando *sus* propias respuestas,

(7) La conveniencia de un tribunal que pueda invalidar las decisiones legislativas mayoritarias depende de consideraciones sustanciales: a qué resultados conduciría, en una sociedad determinada, dar la última palabra sobre el contenido de los derechos a la legislatura o a los tribunales. Dworkin coincide en este punto con Waldron, un notorio crítico del constitucionalismo, que desarrolla un argumento contra la revisión judicial bajo “condiciones favorables” de democracia pero no la descarta en las situaciones que denomina “desfavorables”, entre las que incluye la imperante en Estados Unidos (Waldron, 2006; acerca del “debate Dworkin-Waldron” sobre de la revisión judicial ver Marquisio, 2016a).

sino a una reconstrucción de la historia y los precedentes que lo lleve a determinar cuál es *nuestra* (comunitaria) respuesta constructiva, de acuerdo, en general, con los mejores criterios valorativos que se ajustan a lo decidido en el pasado. Aunque la historia condicione la interpretación constitucional, no la determina por completo pues siempre habrá cuestiones donde la interpretación requiera una reflexión *fresca* sobre una determinada articulación de valores para la cual los estándares del pasado arrojan respuestas contradictorias o inaceptables (Dworkin, 2006, pp. 122-125).

En suma, para Dworkin, el constitucionalismo resulta una tesis sustantiva sobre el sentido último de la democracia y la lectura correcta de la Constitución, enfrentada a otras alternativas, principalmente el mayoritarismo y el originalismo. A partir de un argumento de moral política, basado en que la igualdad (fundamental) en respeto y consideración no requiere igual impacto o influencia política de los ciudadanos, se exige que la interpretación Constitucional tome ciertas disposiciones controversiales de la Carta como invocaciones abstractas de justicia y no como remisión a las intenciones regulativas de sus autores.

III. El derecho como moral política institucionalizada

Justice for Hedgehogs (Dworkin, 2011) resulta una obra de especial relevancia para la teoría del derecho contemporánea al menos por dos razones fundamentales. En primer lugar, por la ambición totalizante con que allí se aborda la cuestión normativa, desarrollando las implicancias filosóficas, éticas, morales y políticas de la unidad e independencia del valor. En segundo lugar, porque, al asignar al derecho una cierta ubicación concreta en el dominio integrado del valor, permite aclarar algunas perplejidades que ha generado la profusa obra dworkiniana.

Tres tesis sobre el valor unifican el conjunto de cuestiones que se abordan en la obra: unidad, independencia y objetividad interpretativa (no metaética). Las cuestiones de valor requieren preguntas y respuestas integradas, en tanto cada una de ellas resulta una manifestación específica de alguna más abstracta y fundamental (unidad). En concordancia con la ley de Hume, las cuestiones de valor no dependen (o no son reductibles) a puras descripciones o explicaciones científicas (independencia). Los juicios valorativos (y, específicamente, los de carácter moral) pueden ser considerados verdaderos si y solo si hay un argumento sustantivo concluyente en favor de su verdad, siendo esa toda la objetividad que cabe requerirles. En el dominio del valor, únicamente cuentan argumentos o razones de primer orden, por lo que no tiene sentido un análisis del “status” de los juicios morales en términos de la metaética tradicional. En particular, es equivocado referirse a “hechos morales” que permitirían verificar los juicios de valor, según suelen asumir realistas y antirealistas metaéticos. El escepticismo,

en cualquier dominio del valor, es defendible únicamente como una tesis sustantiva (objetividad interpretativa).

Dentro del dominio normativo, Dworkin ubica al derecho en una estructura a modo de árbol, donde hay continuidad entre la ética, la moral personal y la moral política (cada una de ellas se despliega, de modo integrado e interpretativo, a partir de otro antecedente). De acuerdo con esta premisa, el autor revisa su concepción de la relación entre la moral y el derecho, alegando por el abandono de la imagen tradicional de los dos sistemas, en la cual incluye a su propia teoría interpretativista, desarrollada principalmente en *Law's Empire* (Dworkin, 1986) (8).

En lo que denomina “imagen ortodoxa”, *derecho y moral* describen diferentes colecciones de normas, donde el derecho está compuesto por estándares que pertenecen a una comunidad específica por ser obra de seres humanos construida a través de decisiones contingentes. La moral, en cambio, consiste en normas de fuerza imperativa para todo el mundo, no es “obra de nadie” y no está supeditada a ninguna decisión humana.

La teoría jurídica tradicional se pregunta cómo se relacionan estas dos clases de normas, lo que da lugar a algunas viejas disputas filosóficas sobre el carácter “jurídico” del derecho injusto, la posibilidad de identificar el derecho por juicios morales y la existencia o no de una obligación moral de cumplir con el derecho. Mientras que el positivismo ha considerado *criteria* al concepto de (doctrinal) derecho, buscando identificar criterios exclusivos de linaje para determinar la verdad de las proposiciones jurídicas, el interpretativismo considera las afirmaciones sobre lo que la ley requiere como la conclusión de un argumento interpretativo no siempre explicitado. Pero, en cuanto a la relación entre el derecho y la moral, ambas teorías están equivocadas al considerarlos sistemas independientes. La diferencia estaría en el grado de independencia que les atribuye cada una.

Para reemplazar la imagen tradicional, Dworkin propone considerar al *derecho como moral*: la idea de un solo sistema, donde el derecho se considere parte de la moral política, distinguiéndose dentro de ella a partir del fenómeno de la institucionalidad, que permite diferenciar entre dos clases de derechos (y deberes) políticos. Por un lado, los *derechos legislativos*, a que las facultades legislativas de la comunidad se ejerzan de determinada manera, por ejemplo, estableciendo un cierto sistema de educación pública o absteniéndose de incluir la censura en la regulación de la expresión política. Los *derechos legales*, por su parte, son aquellos que las personas pueden hacer efectivos sin necesidad de ulterior intervención

(8) Dworkin reconoce que su teoría (tanto en su primera versión principialista como en la segunda formulación del derecho como integridad) enfocó la cuestión desde la imagen ortodoxa.

legislativa como, por ejemplo, a que mi contraparte cumpla el contrato que acordamos de acuerdo con las estipulaciones del Código Civil. Entre estos tipos de derechos, la diferencia no es de certidumbre (ambos suelen ser controversiales), sino de oportunidad: en una democracia, las peripecias de la política determinarán las oportunidades y los contenidos de la producción legislativa, mientras que los derechos jurídicos, una vez reconocidos, son inmediatamente aplicables por los tribunales de justicia.

La imagen integrada del derecho y la moral como un solo sistema no niega la distinción que para Dworkin es “obviamente” esencial, entre *lo que el derecho es* y *lo que el derecho debería ser*. Pero esta distinción no puede ser entendida como *conceptual*, sino como una complejidad dentro de la propia moral. La moral de una comunidad (al igual que, por ejemplo, la moral de una familia) es dinámica y la forma en que se haya decidido y ejercido la autoridad en el pasado resulta relevante para las decisiones presentes. Por tanto, siempre puede distinguirse entre estas dos preguntas: I) ¿Qué condiciones rigen, hoy, para el uso de la autoridad coactiva, dadas las características de la historia comunitaria? II) ¿Qué condiciones habrían producido una mejor historia de respuestas a las preguntas relevantes? Esas cuestiones son siempre relevantes para determinar el grado en que debería estarse a lo decidido anteriormente o la forma en que los argumentos deben plantearse para proporcionar una guía adecuada a la conducta futura. Las razones que una comunidad tiene para mostrar deferencia a su historia son morales: se basan en principios como el juego limpio, el aviso oportuno o la distribución equitativa de autoridad, que estructuran la moral característica de esa comunidad.

Una decisión que no respetara esos principios estructurantes sería sorprendente e inequitativa, a menos que alguna interpretación mejor de esos principios mostrara por qué no lo es. Y cualquier nueva interpretación resulta en sí misma un ejercicio moral que no elimina la distinción entre lo que la moral comunitaria *es* y lo que *debería haber sido*. La mejor interpretación de los principios estructurantes puede hacer imponer que alguna decisión que hoy nos parece equivocada se siga, sin embargo, como precedente. La necesidad de una interpretación nueva puede atenuar la diferencia, pero no evita que, en alguna circunstancia, una comunidad se vea obligada a ordenar lo que no habría querido (Dworkin, 2011, pp. 400-415).

IV. La teoría del “sistema único” y la ideología neoconstitucionalista

En *Justice for Hedgehogs*, Dworkin no se propone ofrecer una teoría jurídica completa en reemplazo de sus escritos *interpretativistas* anteriores. Resulta, sin embargo, razonable entender el constitucionalismo del autor a la luz de la concepción del derecho allí defendida, para determinar si es correcta la vinculación que se le atribuye con el neoconstitucionalismo.

Como punto de partida, es importante tomar la teoría de Dworkin como puramente normativa y no como descriptiva en ningún sentido relevante. La estructura de árbol es clarificadora en ese sentido: la interconexión constitutiva de las preguntas sobre cómo debemos vivir, qué nos debemos unos a otros y qué derechos políticos y jurídicos tenemos cobran sentido solo si las entendemos desde la perspectiva de la primera persona: un individuo, una familia o una comunidad que se preguntan qué deben hacer ahora, teniendo en cuenta lo que han hecho en el pasado y buscando ajustarse a un ideal de coherencia con sus valores más profundos. En esta estructura, la determinación de lo que el derecho *es* se plantea de modo inevitable en el contexto de alguna pregunta moral más amplia. Dworkin no niega que sean posibles modelos descriptivos (sociológicos), pero estos se originan en preguntas categorialmente distintas. Cuando el constitucionalismo dworkiniano se lee desde el modelo normativo que ubica al derecho como moral institucionalizada, no se justifica su inclusión dentro de la concepción teórica del derecho etiquetada como *neoconstitucionalismo*.

En primer lugar, tomando en cuenta la imagen del sistema único, no es aplicable a Dworkin la idea de adoptar un “modelo axiológico de la Constitución como norma” (Commanducci, 2002, p. 100) porque su constitucionalismo no puede entenderse como una postura metaética sino sustantiva, que consiste en la propuesta de leer la Constitución norteamericana de una cierta manera. Y, justamente, *esa manera* es la que excluye considerar a la Carta como un programa axiológico preconcebido, dado que requiere tomar a sus cláusulas abstractas como enunciados inherentemente controversiales, que exigen argumentos de justicia sustantivos para su interpretación. La idea de *modelo axiológico*, tal como se atribuye al neoconstitucionalismo, presupone una especie de metaética constitucional, donde la Carta funciona a manera de *hecho moral* que permite considerar ciertas cuestiones como dotadas de solución preestablecida, más allá de toda controversia, con un status de justificación de “segundo orden”. Eso es de plano incompatible con la postura antimetaética de Dworkin, para quien todas las teorías normativas —el constitucionalismo no puede ser una excepción— son *de primer orden*, incluyendo al escepticismo. Si puede hablarse de programa axiológico, es en el sentido de alguna propuesta de mejor articulación de ciertos valores (contrafáctica y coherentista) que, en la tarea interpretativa, es defendible en función de lo que la comunidad ha decidido en el pasado, pero que no está a salvo de la controversia por alguna supuesta justificación constitucional de nivel superior.

Tampoco es de recibo suponer que Dworkin tome a la Constitución como un “punto de conexión” entre el derecho y la moral. La existencia de una Constitución rígida debe ser entendida, desde el sistema único dworkiniano, como

parte contingente (9) de una institucionalidad que construye una moral colectiva, cambiante en función de su desarrollo histórico. Las normas constitucionales —y los procedimientos de decisión democráticos que estas crean y regulan— hacen posible que la sociedad *actúe* como tal, a través de sus autoridades, creando impacto con sus decisiones en el mundo social. Los principios vagos y abstractos que la Constitución menciona están al servicio de que las exigencias del valor más abstracto, aquellas que dan sentido a la propia institucionalidad —el principio de igual respeto y consideración para todos los individuos— sean preservadas como *trunfos*: derechos oponibles incluso si se contraponen con una mayoría expresada en la decisión electoral. Es claro entonces que la función de la Constitución no es traer la moral al derecho y sí hacer posible que la moral colectiva se configure de determinada manera, brinde respuestas a lo que exigen nuevas circunstancias y cambie, según los presupuestos interpretativos que se identifican en cada instancia de decisión (10).

Tampoco es correcto atribuir a este modelo la implicancia de una obligación moral de obedecer a la Constitución *per se*, como supondría una *ideología neoconstitucionalista*. La especificidad de la interpretación constitucional que sostiene Dworkin, es decir, la lectura moral, apunta en un sentido completamente diferente: más allá de las intenciones originales de los constituyentes sobre el modo en que deberían ser interpretadas, las cláusulas abstractas que mencionan principios y valores deben leerse desde la necesidad presente de dar respuesta a problemas políticos que genera hoy la vida asociativa. La semántica de la Constitución no arroja respuestas predeterminadas a los casos difíciles; la solución (idealmente) “correcta” solo surge de (que se dispongan los mejores) argumentos sustantivos de justicia, entre los cuales resultan relevantes, aunque no excluyentes, aquellos basados en la historia y la gramática constitucional. La atribución de *neoconstitucionalismo ideológico* a Dworkin supone confundir la relevancia interpretativa de la Constitución con una obligación de obediencia a esta, por el mero hecho de ser tal.

(9) Recuérdese que, para Dworkin, no es en sí mismo moralmente ilegítimo que una sociedad se dé una regulación institucional que no incluya constitución rígida ni revisión judicial. Por otra parte, nada garantiza que la introducción de una constitución rígida y un mecanismo de revisión judicial en un país que, hasta el momento, se rige por el principio mayoritario, lo transforme en una comunidad más legítima y democrática (Dworkin, 2011, p. 398).

(10) En los casos constitucionales, la forma correcta de plantear las cuestiones morales es afectada por la propia estructura institucional del razonamiento jurídico. Por ejemplo, aunque asuntos como la pertinencia de legalizar el suicidio asistido son cuestiones con controversias morales, no sería correcto discutirlos en los tribunales constitucionales como puras cuestiones de filosofía moral, sin atender a la “gramática constitucional”. Pero este impacto institucional de la Constitución sobre la moral, que defiende Dworkin, no puede ser confundido con considerar a la Carta como un “modelo axiológico” o con un puente entre el derecho y la moral (Ver Tripkovic, 2017, pp. 20-22).

Por otra parte, la atribución de *neoconstitucionalismo metodológico* es incompatible con la visión del último Dworkin que, tomando a la ley de Hume como “obviamente correcta”, es enfático en cuanto a que no cuestiona la distinción “ser/deber” del derecho. Su modelo normativo resulta compatible con soluciones jurídicas aceptables para los casos constitucionales que, sin embargo, puedan no resultar compartibles desde algún punto de vista, inclusive el suyo propio (la cuestión sobre lo que implica nuestra historia *ahora* es distinta a la cuestión de qué implicaría nuestra historia si se hubiera desarrollado de *una mejor manera alternativa*). La pregunta de si esas regulaciones incorrectas deben aplicarse es, para el intérprete, siempre abierta en un modelo normativo y —de nuevo— solo tiene respuesta posible desde argumentos sustantivos de justicia.

No puede hablarse de *conexión* entre derecho y moral en el modelo del sistema único pues es imposible conectar dos fenómenos cuando uno es una especie del otro. Dado que no se trata de un modelo descriptivo, esa conexión no podría ser explicativa (no tiene sentido como tal). Pero tampoco podría ser justificativa porque, en un modelo normativo e interpretativo, la distinción entre identificación y justificación es siempre provisional. Las decisiones pasadas y sus fundamentos se pueden (y deben) identificar como paso previo a determinar qué hacer en el presente, pero eso no supone justificarlas. Cuando discutimos lo que exige el derecho (su mejor justificación), el debate es, en última instancia, sobre qué debemos hacer, teniendo en cuenta las implicancias actuales de la moral que institucionalmente hemos creado.

La tesis de la respuesta correcta, y su conexión con la moral objetiva, es tomada por Commanducci como prueba de que Dworkin asume la ideología y metodología neoconstitucionalista. Esta atribución no se justifica para un modelo donde lo que importa no es la determinación *ex ante* sino la *ex post*. Dworkin no pretende que los principios morales eliminen o disminuyan las causas “estructurales, lingüísticas y subjetivas de la parcial indeterminación del derecho” (Commanducci, 2002, p. 106); su constitucionalismo no puede ser tomado como formalista. La lectura moral exige indeterminación *ex ante* (la semántica de la regulación no determina el contenido de la regulación) y la idea de la respuesta correcta (ideal) es la que justifica que podamos defender cualquier interpretación *ex post*. Una interpretación moral (y jurídica) solo puede objetarse a partir de otra interpretación moral, en el entendido de que la segunda es correcta y la primera no. Pero no hay “una” respuesta correcta que pueda sostener desde un punto de vista externo a la propia práctica interpretativa. La objetividad antimetaética de Dworkin impide argumentar sobre una justificación externa con la que haya que contrastar nuestros juicios sobre el deber ser. Es claro, al menos en el último Dworkin, que la tesis de la única respuesta correcta no está al servicio de la maximización del valor certeza, sino que funciona como un presupuesto de la discusión racional sobre los valores.

Si el modelo de *Justice for Hedgehogs* no se ajusta al molde ideológico que le atribuyen los críticos del neoconstitucionalismo (11), es posible preguntarse en qué medida podría ser compatible con algunos constitucionalismos, efectivamente defendidos, que giran en torno a esa etiqueta creada por Pozzolo, asumiéndola o rechazándola (para atribuírsela a otros). A tal efecto voy a tomar cuatro propuestas: el *constitucionalismo relativista* (Ferrajoli), el *constitucionalismo incorporacionista* (Moreso), el *neoconstitucionalismo principialista* (García Figueroa) y el *constitucionalismo postpositivista* (Atienza) (12).

V. El constitucionalismo relativista

Ferrajoli defiende una concepción del constitucionalismo a la que denomina “estrictamente positivista”, en cuanto es compatible con la identificación como “derecho” de “todo conjunto de normas puestas o producidas por quien está habilitado para producirlas, con independencia de cuáles fueren sus contenidos y, por tanto, su eventual injusticia” (2011, p. 16). Su propuesta rechaza lo que denomina *constitucionalismo principialista*, que atribuye tanto a (“tendencialmente”) *iusnaturalistas* (entre los que ubica a Dworkin) como a *postpositivistas*. El *constitucionalismo principialista* se caracteriza por dos rasgos principales: (i) la pretendida superación del positivismo jurídico porque, al haber incorporado a las constituciones principios de justicia de carácter ético-político (igualdad, dignidad, derechos fundamentales), ya no tiene sentido hablar de la separación de derecho y moral, tesis distintiva del positivismo; (ii) la consideración de las normas constitucionales no como reglas susceptibles de observancia o inobservancia sino como principios susceptibles de ponderación cada vez que entran en conflicto entre sí.

Para Ferrajoli, un defecto evidente de este constitucionalismo principialista es que “registra la fenomenología del Derecho como hecho; pero ignora su posible contraste con el Derecho como norma”. Así, se confunde la efectividad con la validez, tomándose a la práctica no solo como criterio de identificación sino también como criterio de legitimidad (Ferrajoli, 2011, p. 23).

Los argumentos de Ferrajoli para criticar estos modelos *éticos* de constitucionalismo se basan en el rechazo de la tesis de que hay una moral objetiva y la crítica

(11) Un ejemplo paradigmático de las críticas contra el neoconstitucionalismo, así como la forma en que, desde esas críticas, se vincula a dicha corriente con Dworkin, puede encontrarse en Belloso, 2014. Para un enfoque similar, ver García Amado, 2007.

(12) Estos constitucionalismos tienen en común ser parte de una “tendencia moralista de la ciencia jurídica”, que nace y se desarrollan en torno a las polémicas abiertas por Dworkin en su crítica al positivismo, pudiendo considerarse como distintas propuestas de una tercera vía entre el positivismo (clásico) y el iusnaturalismo (Pozzolo, 2015, p. 391).

a la contraposición entre principios y reglas. Ninguno de estos argumentos se aplica al último Dworkin.

Para Ferrajoli, el constitucionalismo principialista o ético afirma la existencia de algún tipo de moral objetiva y requiere presuponer el cognoscitivism ético, incurriendo, por consiguiente, en el absolutismo moral. La crítica reedita la vieja objeción relativista contra el realismo moral: dado que hay múltiples éticas “objetivistas” contrapuestas (por ejemplo, la de laicos y la de católicos), ninguna de ellas está en condiciones de demostrar que es la portadora de la verdad moral en desmedro de las otras.

Sin embargo, la forma en que Ferrajoli equipara *objetividad moral* con *absolutismo moral* es apresurada e ignora el panorama actual de la metaética contemporánea, que presenta diversas teorías que defienden la objetividad moral sin incurrir en el absolutismo moral, entre ellas, el constructivismo ético y algunas variantes del realismo moral (13).

Por otra parte, el interpretativismo del último Dworkin asume una forma de objetividad moral que rechaza, en todos los ámbitos de ese dominio, la relevancia de cualquier prueba externa al razonamiento y discusión sustantiva.

La defensa de Dworkin, desde sus escritos tempranos, de la tesis de *la única respuesta correcta* no incluye nada parecido a la afirmación de *hechos morales* que brinden justificación externa a alguna respuesta en particular y que conecten sus puntos de vista con el realismo moral o —mucho menos— con el absolutismo moral. El sentido de la tesis es rechazar que el convencionalismo sea un criterio de verdad moral, sosteniendo que la corrección de una afirmación sobre valores requiere la búsqueda de razones más profundas que el hecho de que sea o no aprobada por la mayoría. La búsqueda de razones más profundas conduce a la actitud interpretativa que presupone la respuesta correcta, pero no garantiza que ella sea de hecho encontrada (el intérprete puede fallar en armonizar sus propios valores o los de la comunidad a la que pertenece) o inclusive que exista (puede haber cuestiones de valor que no tengan ninguna respuesta correcta). Pero lo esencial es que la cuestión de si, en un cierto dominio normativo, existe o no respuesta correcta es ella misma una cuestión normativa sustantiva. En otros términos, la objetividad moral de Dworkin puede resumirse en que es erróneo asumir (por defecto, esto es, a manera de escepticismo externo) la tesis de que en el dominio normativo no hay respuesta correcta (ver Guest, 2013, p. 142).

Si sostenemos, por ejemplo, que la esclavitud es injusta, nuestra afirmación se basa en la defensa de un ideal de justicia sustantivo —cuya incompatibilidad con

(13) Para un panorama de estas teorías ver Van Roojen, 2015.

la esclavitud defendemos— y no en el acceso a una verdad superior con la cual podría contrastarse esa tesis. Una afirmación como esa, que podemos considerar imposible de rechazar con argumento válido alguno, no puede tomarse, sin embargo, como *absolutamente verdadera* (pues carece de justificación *externa*), sino como *argumentativamente verdadera* y podría ser atacada por cualquiera dispuesto a asumir el escepticismo interno frente a ella y someterse a las implicancias de su propia postura. En última instancia, podemos confiar en que la injusticia de la esclavitud es defendible por su coherencia con valores últimos que nadie que reconozca las implicancias del punto de vista moral podría dejar de sostener. Pero eso no equivale a absolutismo moral. El interpretativismo dworkiniano no solo es compatible con la existencia de hecho de múltiples desacuerdos morales, sino que toma al desacuerdo imposible de erradicar como una característica de las prácticas sociales que hace ineludible la actitud interpretativa.

No hay, para el intérprete, un *allá afuera* que pueda auxiliarlo en la justificación de sus visiones morales sobre cualquier cuestión. La tesis de la unidad del valor, combinada con nuestra responsabilidad personal para intentar reconciliar los conflictos aparentes de valor a que llevan los juicios que sostenemos, permite postular un ideal de corrección que depende por completo del esfuerzo argumentativo que estemos en condiciones de hacer para lograr justificar de modo coherente nuestros actos (Guest, 2013, p. 129).

En cuanto a la distinción reglas/principios, la crítica de Ferrajoli tampoco es válida para la teoría de Dworkin por dos razones básicas.

En primer lugar, Dworkin ha afirmado, en forma expresa, que el sentido de su crítica temprana al positivismo no era introducir una dicotomía *reglas/principios* aunque la forma en que planteó al problema haya inducido a pensarlo así. Esa distinción, presentada como lógica, parecía confirmar la creencia positivista de un derecho compuesto de estándares que podemos individualizar y contar, algo que, en palabras de Dworkin, constituye una especie de “ficción escolástica”. En la última etapa de su obra, el autor reconoció la contribución de su *principialismo* temprano a este malentendido (Dworkin, 2006, p. 4 y 264; 2011, p. 402). A la luz de esta observación, es pertinente leer los argumentos de “The Model of Rules I”, basados en la retórica judicial de casos como *Riggs vs. Palmer*, como una muestra de que los jueces discuten sobre la pertinencia o no de modificar las reglas en función de principios que operan como razones para su reformulación o conservación. En cambio, es erróneo entenderlos como dirigidos a desplazar a las reglas del centro del razonamiento jurídico para ubicar en su lugar a otros estándares, los principios (14).

(14) En “The Model of Rules II”, Dworkin afirma expresamente que no tiene sentido hablar de la relación entre reglas y principios como una de “conflicto”, siendo precisamente la existencia de reglas

En segundo lugar, las reglas tienen un lugar relevante en el modelo del *derecho como moral institucionalizada*, en tanto constituyen los criterios morales asumidos por la comunidad en distintas circunstancias históricas, criterios que interpretativamente están sujetos a permanente revisión (y cambio) pero que, en cualquier momento dado, pueden entenderse como la expresión de lo que el derecho es. La lectura moral de la constitución requiere que podamos diferenciar los *criterios constitucionales* (establecidos a partir del texto constitucional y las exigencias del ideal de integridad) de nuestras propias *convicciones particulares de justicia*, aunque esta diferencia excluye que en ocasiones debamos decidir directamente en base a esas convicciones, lo que en todo caso debe ser planteado de forma abierta y honesta. Dworkin no rechaza la idea de que hay reglas constitucionales, relevantes para el razonamiento jurídico, sino que observa que no pueden ser consideradas “aisladas” de la moral, algo que solo lo que denomina un positivismo “crudo”, muy distinto al defendido por Hart, podría sostener (ver Dworkin, 1997, pp. 36-37).

VI. El constitucionalismo incorporacionista

Moreso defiende un modelo positivista que, a diferencia del propugnado por Ferrajoli, resulta compatible con una moral objetiva y al que denomina *constitucionalismo incorporacionista*. Para Moreso, los principios y valores mencionados en la Constitución suponen la incorporación de conceptos morales que funcionan en general como *defeaters*, habilitando ciertas conductas, en principio prohibidas por reglas, o inhabilitando a las autoridades a regular las conductas de determinada manera. El constitucionalismo aumenta la incorporación de conceptos morales al derecho, pero solo constituye un “caso especial” de este fenómeno (el derecho penal es otro ejemplo típico), cuya justificación es la necesidad de una aplicación del derecho respetuosa de la autonomía de las personas. Esta incorporación de conceptos morales y aceptación de la objetividad no implica una conexión necesaria entre derecho y moral ni tampoco debilita la fuerza normativa de la Constitución (Moreso, 2011).

Esta vía de defensa del constitucionalismo también es incompatible con el modelo de Dworkin, que rechazó el incorporacionismo desde sus primeros trabajos, incluso antes de que la tesis fuera formulada por autores positivistas. Dworkin anticipó que, como respuesta a sus críticas, el positivismo podía plantearse la mutación hacia una versión *suave* de la tesis de las fuentes sociales. Frente a esa posibilidad, sostuvo que la pretensión de reformular el positivismo tradicional —que

—que representan un cierto compromiso entre principios competitivos para regular una situación— la que permite distinguir estándares o razones que no pueden identificarse como reglas (Dworkin, 1977, p. 77).

postulaba la separación conceptual entre los dos sistemas— incorporando principios morales a los criterios de formales de validez, fracasaría inevitablemente al transformar la regla de reconocimiento o bien en inmanejable por su complejidad o bien en una trivialidad inútil (Dworkin, 1967, pp. 44-45).

Por otra parte, la *tesis del derecho como moral* constituye en sí misma un argumento contra el incorporacionismo que requiere pensar (en forma ideal) en un sistema jurídico, en principio completamente separado de la moral, al cual las reglas jurídicas añaden “trozos” de moral. No hay conexiones —ni necesarias ni contingentes— si no hay separación que pueda ser establecida conceptualmente. Por lo tanto, no hay lugar para una tercera vía entre positivismo y antipositivismo (15).

Desde un modelo puramente normativo, donde las instituciones jurídicas son consideradas como instrumentos al servicio del razonamiento práctico, carece de sentido requerir el *permiso* de la incorporación para que las consideraciones morales (como aquellas que exigen el respeto de la autonomía de las personas) sean de aplicación. Si una regla jurídica atenta de modo evidente contra la autonomía de las personas (supongamos una que, sin justificación social alguna, prohíba a todos los individuos cambiar de domicilio durante diez años), es claro que, aunque pueda ser identificada y considerada como lo que el derecho *es* (históricamente nuestras institucionales han llegado a esa desafortunada decisión), no debería aplicarse: la autoridad llamada en principio a su aplicación tiene un deber, basado en la integridad, de no aplicarla y modificarla, sancionando el derecho que *debería ser*. En los casos de desacuerdo moral razonable puede ocurrir que debamos aplicar una regulación que nos parezca moralmente equivocada pero que representa lo que el derecho *es*. Desde el razonamiento interpretativo, este fenómeno se explica de modo suficiente sin necesidad de acudir a la tesis de la incorporación.

VII. El neoconstitucionalismo principialista

García Figueroa defiende un neoconstitucionalismo totalmente *principialista*. García Figueroa, argumentando en sentido opuesto a Ferrajoli, rechaza el positivismo jurídico y afirma que no es posible distinguir entre reglas y principios, porque no puede propiamente hablarse, en un Estado constitucional, de reglas. El

(15) Dworkin rechazó las dos variantes de respuestas positivistas a sus ataques. A la versión excluyente, defendida por Raz, la calificó de “Tolomeica” por basarse en “argumentos artificiales” sobre el derecho y la autoridad, buscando la supervivencia de la etiqueta “positivismo” a cualquier costo. Pero consideró peor a la variante inclusiva. Al discutir la versión de Coleman —basada en que, aunque los jueces discrepan sustantivamente sobre su contenido, el derecho se fundamenta en última instancia en convenciones abstractas— la consideró un “positivismo fingido”, que “ha escapado por completo de la herencia filosófica que pretende defender” (Dworkin, 2006, pp. 188-198).

modelo de García Figueroa se aproxima al de Dworkin en dos aspectos: considera a la teoría jurídica como “interpretativa” y sostiene que el desacuerdo entre los diversos constitucionalismos en, en esencia, metaético: “discutir de teoría del Derecho es una manera oblicua de discutir sobre filosofía moral” (García Figueroa, 2011, p. 136) (16).

Sin embargo, hay dos puntos claramente incompatibles con la idea del sistema único dworkiniano. En primer lugar, es claro en su última obra que, para Dworkin, el problema fundamental del positivismo no es que sea una teoría de reglas. Tal como se indicó antes, la distinción *reglas/principios* no juega un papel relevante en la idea del sistema único, donde las reglas (entre ellas las reglas secundarias de tipo hartiano) constituyen una necesidad de los sistemas jurídicos, en cuanto permiten la creación de derechos legales. La existencia de reglas permite que, en cualquier momento histórico determinado, podamos distinguir entre el ser y el deber ser del derecho como moral institucionalizada. Sobre esa base, el razonamiento interpretativo exige que, ante cada instancia de decisión, debamos optar entre distintos criterios posibles para mantener o modificar las reglas. En tal sentido, es plausible el debate entre el positivismo, como una teoría política que defiende el criterio histórico como base de la interpretación, con el objetivo principal de reducir la controversia, y una teoría interpretativa que defiende un modelo constructivo, que da mayor espacio a argumentos de justicia sustantiva. Pero carece de sentido entender ese debate como una contraposición entre reglas y principios. Dworkin no cree que la utilización de criterios convencionales o históricos para interpretar las cláusulas abstractas de la Constitución, como preconizan el mayoritarismo o el originalismo, sea incompatible con la existencia de Estados Constitucionales o con los valores fundamentales de estos. En cambio, considera que eso es sustantivamente equivocado como teoría política por desconocer el papel que la Constitución juega en la moral institucionalizada de una comunidad.

Por otra parte, un modelo normativo e interpretativo del derecho es evidentemente compatible con la existencia de reglas y el reconocimiento de su relevancia. El contraejemplo que brinda García Figueroa es el “caso Noara”, donde una madre menor de 18 años pretende donar parte del hígado a su bebé, en contra de una norma que requiere que el donante sea mayor de edad. Para García Figueroa,

(16) En el caso de Dworkin habría que decir “metanormativo” (o directamente “normativo”) y no “metaético” porque su concepción de la normatividad le hace rechazar la pertinencia de un discurso de segundo orden sobre la moral. Para Dworkin, todo el discurso metaético está basado en el error porque la cuestión de si los juicios morales pueden ser verdaderos o falsos solo tiene sentido como la implicancia abstracta de una pregunta normativa concreta y se trata, por tanto, de una cuestión de primer orden (Dworkin, 2011, p. 67). Para la distinción entre metaética y metanormatividad ver Van Roojen, 2015, pp. 279-281.

ejemplos como este muestran que todas las normas de un Estado constitucional son derrotables y, por tanto, no se pueden entender como reglas. Desde la idea del derecho como moral institucionalizada puede sostenerse, sin problema alguno, que la norma prohibitiva del caso Noara era una regla y que el razonamiento interpretativo encontró argumentos que justificaban su modificación y, en consecuencia, desaplicación al caso concreto. Como ya se dijo, el propio Dworkin rechaza atribuir al positivismo (en general) la idea de que las reglas deben ser inderrotables y aisladas de la moral. La visión predominante de los positivistas es que las reglas pueden ser desaplicadas cuando su razón subyacente requiere una acción contraria a la que parece surgir de una interpretación literal del texto en que están formuladas, generando una experiencia recalcitrante que obliga al cambio o reformulación de las regulaciones preestablecidas (17).

VIII. El constitucionalismo postpositivista

Un intento de superar los problemas de los modelos anteriores para la justificación del constitucionalismo es el de Atienza, que presenta su versión postpositivista. Atienza identifica defectos en el relativismo (afirma la necesidad de una objetividad moral, al menos mínima, para desarrollar una teoría del derecho acorde con las exigencias del constitucionalismo), el incorporacionismo (los sistemas jurídicos posibles, donde no se incorporaría la moral al derecho, no son los *nuestros*, por lo que no vale la pena tomarlos como punto de partida del problema) y el principialismo (rechaza que no se pueda hablar de reglas en el Estado constitucional). Su idea de la objetividad moral remite en forma explícita a Dworkin, rechazando la identificación de *objetividad* con *realismo* y *absolutismo* (Atienza, 2014).

Sin embargo, la propuesta de Atienza es también incompatible con el último Dworkin en tanto mantiene la imagen de los dos sistemas y ubica a la Constitución como haciendo una diferencia en la necesidad de postular una cierta objetividad moral, en sentido similar al que plantea el incorporacionismo, con el cual no resultan claras las diferencias. Para Atienza, la unidad de la razón práctica implica que el razonamiento del juez posee una dimensión moral, pero no que el razonamiento moral y el jurídico se confundan, ya que este último goza de autonomía aunque no se pueda trazar un límite preciso entre ambos sistemas.

En el modelo de Dworkin, por el contrario, la cuestión del límite entre moral y derecho carece de sentido; no puede hablarse de autonomía del razonamiento jurídico cuando este no es más que razonamiento moral institucionalizado. La ins-

(17) Una exhaustiva discusión del papel que juegan las reglas en una concepción positivista del derecho puede encontrarse en Schauer, 1991.

titucionalidad jurídica afecta a la moral comunitaria, modificando las razones por las que las sociedades deben justificar sus decisiones y condicionando la forma en que los argumentos morales pueden ser planteados ante los tribunales. Pero esto no implica autonomía del razonamiento jurídico con respecto al razonamiento moral sino, a lo sumo, una cierta especificidad.

En el último modelo interpretativo dworkiniano, la unidad de la razón práctica, que va desde las cuestiones más abstractas y personales del valor hasta las más políticas y concretizadas en reglas institucionales, hace interdependientes a todas las respuestas a la cuestión normativa. Dado que cualquier pregunta *jurídica* requiere un ejercicio interpretativo para su respuesta, que tiene como presupuesto abstracto la unidad e independencia del valor, la moral y el derecho no pueden ser considerados dos sistemas diferentes ni el segundo puede ser concebido como *autónomo* en ningún sentido relevante. En Dworkin, el sentido y la valoración del constitucionalismo debe surgir desde el modelo normativo (del sistema único) del derecho como moral y no a la inversa como sugiere Atienza, a partir de la *incorporación* por la Constitución de valores y principios morales, que es lo que daría el rasgo distintivo a nuestros sistemas jurídicos, haciendo irrelevante teorizar sobre otros posibles donde esto no ocurriría.

IX. Conclusiones

Si el neoconstitucionalismo es entendido como un programa axiológico de valores que se origina en la incorporación de principios morales a través de la Constitución, entonces no resulta justificado atribuir a Dworkin formar parte de esa corriente teórica. El constitucionalismo dworkiniano es una teoría normativa y sustantiva sobre cómo se debe leer la Constitución y resulta incompatible con las concepciones que asignan a la Carta relevancia metaética (en el sentido de constituir un orden objetivo de valores), metodológica o teórica (en el sentido de incorporar la moral al derecho o servir como puente entre ambos sistemas, concebidos como ideal o conceptualmente diferentes) o metateórica (en el sentido de modificar el tipo de teoría jurídica que vale la pena realizar).

X. Bibliografía

Atienza, M. (2014). Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del neoconstitucionalismo postpositivista. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol 15 (pp. 1-29).

Belloso M. N. (2014). El Neoconstitucionalismo a debate: entre la principiología y la arbitrariedad. *Revista da Faculdade de Direito*. Vol 59, Nº 1 (pp. 145-178).

Bib, B. (2009). *Jurisprudence. Theory and Context*. Durham: Carolina Academic Press.

Commanducci, P. (2002). Formas de (neo)constitucionalismo. Un análisis metateórico. *Isonomía*, 16, 89-112.

Dworkin, R. (1967). The Model of Rules. *University of Chicago Law Review*, Vol 35 (pp. 14-46).

Dworkin, R. (1977). *Taking Rights Seriously*. Cambridge (MA): Harvard University Press.

Dworkin, R. (1985). Political Judges and the Rule of Law. *A Matter of Principle* (pp. 9-32).

Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. New York: Harvard University Press.

Dworkin, R. (1997). *The Moral Reading of American Constitution*. New York: Oxford University Press.

Dworkin, R. (2006). *Justice in Robes*. Cambridge (MA): Belknap Press.

Dworkin, R. (2011). *Justice For Hedgehogs*. Cambridge (MA): Belknap Press.

Ferrajoli, L. (2008). Democracia constitucional y derechos fundamentales: la rigidez de la constitución y sus garantías. En L. Ferrajoli, J. J. Moreso y M. Atienza Rodríguez, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional* (pp. 25-70). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

Ferrajoli, L. (2011). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *Doxa*, 34 (pp. 15-53).

García Amado, A. (2007). Derechos y pretextos. Elementos de crítica al neoconstitucionalismo. En M. Carbonell (ed.), *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos* (pp. 237-264). Madrid: Trotta.

García Figueroa, A. (2011). Neoconstitucionalismo: dos (o tres) perros para un solo collar. Notas a propósito del constitucionalismo juspositivista de Luigi Ferrajoli. *Doxa*, 34 (pp. 121-137).

Guest, S. (2013). *Ronald Dworkin. Third Edition*. Stanford: Stanford University Press.

Luque, P. (2014). *De la Constitución a la moral. Conflictos entre valores y el Estado constitucional*. Madrid: Marcial Pons.

Marquisio, R. (2016). La revisión judicial en empate normativo. Algunas enseñanzas del debate Dworkin-Waldron. *Revista Ruptura*, N° 7 (pp. 169-186).

Marquisio, R. (2016b). Creencias y razones constitucionales. V *Encuentro Internacional de CONPEDI*. Recuperado de <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/25ph1zi5/pjRqS74QN21B9Y7o.pdf>

Marquisio, R. (2017). Tres modelos de postpositivismo jurídico. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. UNLP, N° 47 (pp. 864-885).

Maurino, G. (2015). La democracia en la teoría de Ronald Dworkin. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 14, N° 1 (pp. 75-120).

Moreso, J. J. (2011). Antígona como *defeater*. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli. *Doxa*, 34 (pp. 183-199).

Pozzolo, S. (1998). Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa*, 21-II (pp. 339-353).

Pozzolo, S. (2015). Apuntes sobre el Neoconstitucionalismo. *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol 1. Ciudad de México: UNAM (pp.363-405).

Raz, J. (2007). The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism. En G. Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy* (pp. 17-36). Portland: Hart Publishing.

Raz, J. (2016). A Hedgehog's Unity of Value. En W. Waluchow & S. Sciriffa (eds.), *The Legacy of Ronald Dworkin* (pp. 3-24). New York: Oxford University Press.

Schauer, F. (1991). *Playing by the Rules*. New York: Oxford University Press.

Tripkovic, B. (2017). *The Metaethics of Constitutional Adjudication*. New York: Oxford University Press.

Van Roojen, M. (2015). *Metaethics: A Contemporary Introduction*. New York: Routledge.

Waldron, J. (2006). The Core Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*. 115 (pp. 1345-1406).

Waldron, J. (2009). Constitutionalism. A Skeptical View. En T. Christiano (ed.), *Contemporary Debates in Political Philosophy* (pp. 267-282). Malden: Wiley Blackwell.

Fecha de recepción: 16-04-2018

Fecha de aceptación: 11-07-2018