

Wilfrid J. Waluchow: el positivismo incluyente y el constitucionalismo del “árbol vivo”*

Wilfrid J. Waluchow: Inclusive Legal Positivism and the Understanding of Constitutionalism in *The Living Tree*

Jorge Luis Fabra Zamora**

Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco

jfabraz@tecnocomfenalco.edu.co

Resumen

Este artículo presenta los dos temas centrales de la filosofía del derecho de Wilfrid J. Waluchow –el positivismo incluyente y el constitucionalismo del “árbol vivo”– con una exposición crítica de sus principales tesis, los contextos en los que surgen y las principales objeciones y desafíos a los que aún deben responder.

Palabras clave: Waluchow, positivismo jurídico, constitucionalismo, árbol vivo.

Abstract

This paper addresses the two main Wilfred J. Waluchow’s research interests on philosophy of law, namely Inclusive Legal Positivism and the Constitutionalism presented in *The Living Tree*. The author provides us with a critical exposition of Waluchow’s main theses and a proper background where Waluchow’s philosophy is set, as well the main objections and challenges that his philosophy has to be responsive for.

Keywords: Waluchow, Inclusive Legal Positivism, Constitutionalism, The Living Tree.

Fecha de recepción: 09 de agosto de 2018.

Fecha de aceptación: 24 de octubre de 2018.

Para citar este artículo: Fabra Zamora, J. (julio-diciembre, 2018). Wilfrid J. Waluchow: el positivismo incluyente y el constitucionalismo del “árbol vivo”. *Revista Diálogos de Saberes*, (49) 25-41. Universidad Libre (Bogotá). DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0021/dialogos.49.2018.5243>.

* Este documento es resultado de investigación del proyecto titulado “Filosofía del derecho contemporánea” del Grupo de Investigaciones Sociales y Jurídicas del programa de Derecho de la Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco de Cartagena.

He tenido el honor de tener a Wil como profesor y supervisor de tesis en McMaster University, y este escrito es, en parte, un homenaje para repagar la enorme deuda de gratitud que tengo con él. Agradezco los amables comentarios de Andrés Molina Ochoa, Juan Vega Gómez y John Fitzgerald Martínez.

** Profesor investigador de la Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco de Cartagena y candidato a doctor en Filosofía de McMaster University, Canadá. Correos electrónicos: jfabraz@tecnocomfenalco.edu.co y fabraj@mcmaster.ca. Identificador ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-6716-7193>.

Introducción: el problema y la metodología

Las contribuciones a la filosofía del derecho de Wilfrid J. Waluchow son enormes y lo han establecido como uno de los más grandes teóricos de los últimos cincuenta años. En teoría del derecho, Waluchow ha defendido el modelo elaborado por H.L.A. Hart de las críticas esgrimidas por Ronald Dworkin, con lo que desarrolló una concepción de positivismo que llama “incluyente”, en la que la consistencia con normas morales puede ser una condición de validez en ciertos sistemas jurídicos (Waluchow, 1994). En filosofía del derecho constitucional, Waluchow ha vindicado una concepción del constitucionalismo que llama del “árbol vivo”, según la cual las constituciones de las democracias contemporáneas pueden ser entendidas como documentos que pueden crecer y expandirse a través del desarrollo que los jueces hacen de estas mediante los precedentes; para hacerlo, los jueces se nutren de los dictados de la moralidad constitucional de la comunidad (Waluchow, 2007). Mi objetivo en el presente escrito es presentar estos dos temas centrales de la propuesta filosófica de Waluchow, con una exposición crítica de sus principales tesis, los contextos donde surgen y las principales objeciones y desafíos a los que aún deben responder. Desde el punto de vista metodológico, el presente trabajo aborda una pregunta interpretativa sobre el trabajo de un filósofo del derecho y su contextualización en el marco de la teoría del derecho. Por tal razón, este escrito parte de una revisión bibliográfica y luego identifica las intuiciones centrales y las pone en un equilibrio reflexivo para, al final, proporcionar una visión sistemática y coherente de la teoría del autor.

Teoría del derecho: el positivismo incluyente

La teoría del derecho desarrollada por H. L. A. Hart marcó una nueva etapa en la historia del positivismo jurídico (Hart, 1963). En este modelo, además de la conocida tesis de la separación, de Austin, en la que “la existencia del derecho es una cosa, su mérito o demérito otra”, Hart añadió una segunda tesis al núcleo del positivismo: la “tesis social”, cuya ideal central es que la existencia y el contenido del derecho están, en últimas, determinados por hechos sociales. El derecho es visto entonces como una creación humana generada por las prácticas de los funcionarios y los ciudadanos. Esta tesis social se manifiesta en la idea de un sistema jurídico desarrollada por Hart, en la que es entendido como la unión de las reglas “primarias”, que establecen deberes y obligaciones, con las reglas “secundarias”, que reconocen, cambian y aplican las reglas primarias. La tesis es más palpable en la regla de reconocimiento, la principal de las tres clases de reglas secundarias, que se manifiesta en una regla social practicada por los funcionarios del sistema jurídico que establece cuáles normas pertenecen al sistema. Mientras que para el positivismo de Kelsen el fundamento del sistema jurídico era una regla hipotética o supuesta, para Hart el sistema jurídico se basa en una práctica social, una costumbre entre los funcionarios, y es esta práctica la que determina la existencia y el contenido de las normas del sistema (Hart, 1963, pp. 117-118, 134-135).

A pesar de que todos los positivistas contemporáneos están comprometidos con estas dos tesis, difieren sobre la mejor interpretación que se les puede dar. El desacuerdo surge principal-

mente en las diferentes formas en las que ellos han intentado dar respuesta a las penetrantes objeciones al modelo hartiano desarrolladas por Ronald Dworkin. Para Dworkin, aquel modelo no puede explicar el papel que los principios juegan en el razonamiento jurídico (Dworkin, 1978, caps. 1 y 2). Los principios, afirma Dworkin, son un conjunto de normas morales que los jueces toman como parte del derecho que los vincula y que utilizan para resolver diferentes casos, y como los principios tienen un carácter moral, son una evidencia directa contra la tesis de la separación. Además, Dworkin afirma que los jueces utilizan esos principios porque estiman que estos expresan ideales de moralidad o justicia y no porque hagan parte de una regla de reconocimiento aceptada y practicada por los funcionarios. Debido a que toda operación con principios requiere un debate moral substantivo, tales principios no pueden cristalizarse en una regla de reconocimiento. Es por esto que la validez del derecho no puede determinarse con referencia a las prácticas de los funcionarios como la tesis social requiere. En consecuencia, tenemos razón suficiente para rechazar el modelo de Hart y sus tesis positivistas de la separación y del hecho social y para ahora acoger un nuevo modelo, que Dworkin llama “interpretativo”, en el que la validez de las normas es determinada por los principios morales que presentan las doctrinas y las prácticas jurídicas en “su mejor luz” (Dworkin, 1986).

Por su parte, los positivistas proporcionaron diferentes tipos de defensa frente a este desafío. Waluchow es el principal representante del positivismo incluyente, una respuesta que afirma que determinados sistemas jurídicos pueden incluir consideraciones morales,

como los principios que Dworkin señala, entre los criterios de validez contemplados por la regla de reconocimiento. Aunque esta línea de argumento había sido sugerida antes,¹ Waluchow ofrece la defensa más sofisticada, extensa y completa del modelo incluyente, además de proporcionar un modelo metodológico del positivismo jurídico como una teoría descriptiva capaz de capturar hechos morales (Waluchow, 1994, cap. 2).² El positivismo jurídico incluyente defiende la tesis de la separación “débil”, en la que la moral *puede* hacer parte de los criterios de validez establecidos en la regla de reconocimiento, pero esto no ocurre en todos los casos (Waluchow, 1989). En una formulación más técnica, el positivismo jurídico incluyente afirma que es conceptualmente posible, pero no necesario, que una regla de reconocimiento incluya criterios morales para la validez de las normas. De este modo, el positivismo jurídico puede dar respuesta al desafío de Dworkin sobre las dos tesis positivistas: para el positivista incluyente, los ejemplos de Dworkin señalan que la moral figura en los criterios de validez en ciertos sistemas jurídicos contemporáneos, pero el argumento no demuestra que ello ocurra en todos los casos ni destruye la tesis social. De acuerdo con el modelo desarrollado por Hart, sostiene Waluchow, una regla de reconocimiento puede ser tan simple como “todo lo que esté escrito en las doce tablas” o “lo que Reina promulgue en el Parlamento”. Sin embargo, no hay nada en las tesis del positivismo ni en la naturaleza del derecho mismo que prohíba la

¹ Véase Lyons (1977), Mackie (1977), Soper (1977) y Coleman (1982).

² En la misma línea de argumento, véase Dickson (2006).

posibilidad de condiciones morales de validez jurídica. Así, las reglas de reconocimiento pueden incluir directamente principios morales como “igualdad” o “debido proceso” entre los criterios de validez (Hart, 2000, p. 26). De hecho, afirma Waluchow, esto es lo que ocurre en muchas constituciones liberales contemporáneas. En estos casos, los criterios de moralidad y legalidad van de la mano, pero no se confunden, como sugiere Dworkin, sino que su unión es contingente y dependiente de su manifestación en la regla de reconocimiento. El positivismo jurídico incluyente, entonces, captura la intuición dworkiniana sobre el papel de la moral en los sistemas jurídicos contemporáneos, pero la presenta en una formulación institucional adecuada, que es consistente con las tesis centrales del positivismo.

Para Waluchow, la mayor virtud explicativa de su modelo es que permite una mejor descripción de los sistemas jurídicos contemporáneos que tienen constituciones que incluyen derechos como “libertad”, “igualdad” y “debido proceso”, que, a su vez, se refieren a conceptos morales. Waluchow ejemplifica su concepción con varios casos de la práctica constitucional canadiense, con los que él trata de mostrar no solo que la argumentación moral figura de forma crucial en la interpretación que la Corte Suprema de Canadá hace de los derechos consagrados en la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, sino que, de forma más importante, esos derechos constituyen verdaderos test morales para la existencia y el contenido de las normas de aquel sistema jurídico. Es decir, según la práctica aceptada por los funcionarios canadienses, los jueces declararán inválidas las normas jurídicas promulgadas por el Parlamento o las autoridades administrativas

que contradigan estándares morales que se encuentran consagrados en las cláusulas de derechos de la Constitución. Según la regla de reconocimiento practicada y reconocida por los jueces en Canadá, no se puede sostener la visión austiniana de la separabilidad, porque esa regla de reconocimiento une a la validez y al mérito moral de las normas del sistema (Waluchow, 1990;1994, cap. 5).

La versión de Waluchow es la más conocida y aceptada del positivismo incluyente, pero no la única. Como hemos visto, en su modelo, la mejor descripción de la operación de los sistemas jurídicos como el canadiense es que la moral es una condición necesaria, mas no suficiente, de validez de las normas legislativas o administrativas. Es decir, una norma promulgada por los mecanismos adecuados es válida si su contenido es acorde con el criterio moral de validez. En esta variante, conocida como *componente de necesidad*, las cláusulas morales funcionan como restricciones o límites a las normas legislativas o administrativas adecuadamente promulgadas.

Jules Coleman, otro defensor del positivismo incluyente, discrepa de la posición de Waluchow. Coleman sostiene que, si bien es posible que sea la mejor descripción de los sistemas jurídicos existentes, la cuestión es conceptual y no se resuelve al proporcionar la mejor descripción de la práctica (Coleman, 2001, cap. 6). Para Coleman, también es conceptualmente posible que los criterios morales operen como condiciones suficientes de validez: una norma jurídica es válida en tanto reproduzca el contenido del principio moral incorporado. Como en esta concepción es posible que normas que no han sido promulgadas por las autoridades competentes sean jurídicamente válidas en

tanto reproducen un principio moral, Coleman denominó en un principio a su propuesta como “incorporacionismo”, en un intento por resaltar que la moral, como condición suficiente, se incorpora a los criterios de validez. Al parecer, Coleman no presenta el incorporacionismo como una descripción de los sistemas jurídicos existentes, sino como una posibilidad conceptual que no puede ser negada por los defensores del positivismo incluyente.³ Finalmente, Matthew Kramer presenta una defensa del modelo incluyente que intenta proporcionar un lugar para los componentes de necesidad y suficiencia, defendidos por Waluchow y Coleman, respectivamente. Para el “incorporacionismo modesto” de Kramer, los criterios de moralidad operan como una condición necesaria en la mayoría de los casos, pero pueden operar como una condición suficiente en los casos difíciles (Kramer, 2004, caps. 1-4).

Estas tres versiones del positivismo incluyente se enfrentan a la diferente respuesta ante las objeciones ante las objeciones dworkinianas, defendido por autores como Joseph Raz, Andrei Marmor y Scott Shapiro. Esta segunda alternativa, que Waluchow llamó “positivismo excluyente”, rechaza la lectura débil como una interpretación posible de la tesis de separabilidad y niega la posibilidad conceptual de la inclusión de la moral entre los diferentes criterios de validez (Raz, 1979; 1985). El positivista excluyente no niega que la moral juegue un papel importante en el derecho, sino que afirma que, por razones relacionadas con las funciones que el derecho tiene o

debe pretender tener, es conceptualmente imposible que la validez jurídica de una norma jurídica dependa de su corrección moral. El positivista excluyente busca, entonces, ofrecer explicaciones alternativas a la aparente inclusión de la moral en el derecho, como en los casos señalados por Dworkin y en los relacionados con los derechos constitucionales. Por ejemplo, la interpretación excluyente afirma que el hecho de que los jueces apliquen y utilicen principios morales no implica que esos principios sean parte del derecho. El estatus de los principios jurídicos es análogo al papel del derecho extranjero en casos de derecho internacional privado; es posible que un juez colombiano deba aplicar normas de México para resolver ciertos conflictos (como la validez de un matrimonio de un colombiano en México), pero ello no implica que las normas mexicanas ahora sean parte del sistema jurídico colombiano (Raz, 1972).

Los principios, además, pueden ser perfectamente leídos como costumbres judiciales o precedentes que se crean y aplican por los jueces en diferentes casos. Finalmente, para el positivismo excluyente, lo que opera en casos relacionados con derechos constitucionales son unos “poderes dirigidos” (*directed powers*) que tienen los jueces constitucionales para utilizar normas que no son parte del sistema jurídico (por ejemplo, normas morales) y para invalidar normas que sí lo son. Mientras que para el positivista incluyente la norma que establece el derecho a la igualdad de la Constitución colombiana crea una condición moral de validez para la legislación y los actos administrativos —lo que implica que una norma inferior que viole tal principio es *inválida* en el sistema jurídico colombiano—, el positivista excluyente no ve

³ Para una discusión de la distinción entre los componentes de necesidad y suficiencia, véase Himma (2010, pp. 58-71).

tal principio moral como incluido en la regla de reconocimiento, por lo que considera que la norma inferior violatoria del principio no es inválida, sino *invalidable*, siempre y cuando esto sea manifestado a través de la fuente social relevante (un fallo de inconstitucionalidad). Los conceptos morales, entonces, se relacionan con “reglas de cambio” que dan poderes a los jueces para utilizar criterios no jurídicos y para eliminar normas del sistema jurídico (Raz, 1994). Así, la existencia y el contenido del derecho siempre están determinados por los hechos sociales relevantes; esta posición es conocida como la “tesis social fuerte” o “tesis de las fuentes”, que, para el positivista excluyente, es la única interpretación coherente del positivismo jurídico.

La propuesta del positivismo excluyente viene respaldada por diversos argumentos conceptuales sobre la naturaleza del derecho. El argumento más influyente en defensa de esta concepción es el argumento de la autoridad, la afirmación de que el positivismo incluyente es incompatible con la capacidad del derecho de servir como una autoridad práctica. Las autoridades, en la concepción de Raz, están llamadas a prestar un “servicio” a sus súbditos: mediar entre ellos y las razones que les aplican. Ahora bien, normalmente solo existe razón para aceptar las directivas de una autoridad cuando es más probable que el súbdito alcance el balance correcto de razones al seguir las directivas de la autoridad que al seguir su propio discernimiento (Raz, 1985). Por ejemplo, normalmente hay una justificación para seguir las directivas de nuestros médicos sobre las medicinas que debemos tomar o de nuestros asesores financieros sobre dónde invertir nuestro dinero, pues es más probable que sus

directivas balanceen consideraciones correctas y mejores que las que nos aplicaríamos a nosotros mismos. Raz no solo afirma que la autoridad que pretende el derecho es legítima únicamente si puede cumplir esa función de reemplazar las razones, aunque es escéptico de que ello ocurra en muchos sistemas jurídicos contemporáneos, sino que también sostiene que es un requisito conceptual de la existencia del derecho mismo poder cumplir tal función.⁴

Esta concepción de la autoridad proporciona un argumento en contra del positivismo incluyente. Como es parte de la naturaleza misma de todas las autoridades procurar este balance de razones, una autoridad no puede simplemente decir “haga lo que mejor considere” sin incumplir su función como autoridad. Para Raz, la interpretación incluyente de las cláusulas constitucionales está haciendo precisamente eso, le está pidiendo al súbdito de la autoridad que balancee por sí mismo las razones que se le aplican (Raz, 1979, 1985).⁵ Mientras casi todos los positivistas aceptan la concepción de la autoridad de Raz e incluso intentan compatibilizarla con el positivismo incluyente (Coleman, 1996; 2001, cap. 7), Waluchow ha sido uno de los pocos positivistas incluyentes

⁴ Para una exposición más detallada del argumento de la autoridad de Raz, véase Vega Gómez (2014, caps. 5 y 6).

⁵ Además, véase Dare (1997). Un argumento muy similar al argumento de la autoridad es el llamado argumento de la “diferencia práctica”, que generó un debate importante en el positivismo. Según este argumento, es una función del derecho guiar la conducta, y las cláusulas incluyentes incumplen tal función. Véase Shapiro (1998), Waluchow (2000), Himma (2000) y Coleman (2001, cap. 7). Las respuestas incluyentes a este segundo argumento son parecidas a las que esbozo a continuación frente al argumento de la autoridad.

que abiertamente rechaza el modelo raziano. En su concepción, no hay nada en la noción de autoridad que excluya completamente la participación de los súbditos en el balance de razones (Waluchow, 1994, pp. 129-140; 2000, pp. 49-50). Pero no todas las defensas de Waluchow se basan en rechazar el modelo de autoridad de Raz, pues también ha sostenido que las razones morales subyacentes que la autoridad debe reemplazar no son idénticas a las razones invocadas como criterios de validez. Un ejemplo que Waluchow utiliza para demostrar esta distinción es el caso canadiense *R. vs. Morgentaler* (1988, 1 S. C. R. 30), en el que la constitucionalidad de las normas despenaliza el aborto. Para Waluchow, el juez puede declarar la invalidez de la norma fundándose en los test morales de validez que existen en la regla de reconocimiento (en el caso canadiense, la garantía del debido proceso substantivo). Sin embargo, estos criterios pueden no ser iguales a las razones morales subyacentes que la autoridad se supone debe balancear en la concepción raziana (por ejemplo, el derecho a la vida contra la autonomía de la mujer) (Waluchow, 1994, p. 139; 2000, pp. 65-66). De este modo, el positivismo incluyente no impone requisitos o funciones conceptuales al derecho ni proporciona explicaciones distorsionadas de la práctica jurídica.

Creo que estos argumentos defienden con cierto éxito al positivismo incluyente del desafío excluyente. Sin embargo, este recorrido nos ha llevado a un lugar complicado. El positivismo de Waluchow ahora no solo está en debate con Dworkin y los no positivistas, sino que se encuentra en un debate intenso con positivistas excluyentes y con los demás positivistas incluyentes sobre la interpretación

de las cláusulas morales con criterios de validez.⁶ En concepto de varios observadores, el debate del positivismo se ha convertido en un debate árido y escolástico que está lejos de proporcionar consecuencias prácticas o relevantes. No obstante, sin llegar al escepticismo radical de algunos críticos, Waluchow parece compartir algo de este sentimiento de frustración. En su contribución más reciente en teoría jurídica, Waluchow (2009) sostiene que parte del desacuerdo entre los positivistas se genera porque no comparten los mismos conceptos de validez jurídica. Aquí se discute un caso difícil de explicar para los positivistas, en el que los funcionarios de un sistema jurídico reconocen y aplican como jurídicas determinadas normas, pero esas normas reconocidas y aplicadas no están acordes a los criterios de validez establecidos por la regla de reconocimiento que ellos mismos aceptan. Un ejemplo de esta situación es el siguiente: en Canadá, durante más de cien años, las normas de la provincia de Manitoba eran aceptadas y practicadas como el derecho válido a pesar de no haber sido proferidas en inglés y francés, que es uno de los criterios de validez establecidos por la regla de reconocimiento canadiense (*Re Manitoba Language Rights*, 1985, 1 S. C. R. 721). Para entender este caso, Waluchow manifiesta que hay dos conceptos diferentes de validez que operan en el positivismo: por un lado, el concepto de validez que considera que una norma existe cuando ella es aceptada y reconocida como derecho por los funcionarios

⁶ Para presentaciones de este debate, véase Molina-Ochoa (2009, pp. 236-242) y Moreso (2015). Para una discusión más exhaustiva de las diferentes posiciones de este debate, véase Etcheverry (2006) y Himma (2010).

(“validez como aceptación”); y por otro, existe el concepto de validez como pertenencia al sistema jurídico, como cuando una norma cumple los criterios que establece la regla de reconocimiento (“validez sistemática”). En el caso de Manitoba, las normas “existen” como hechos sociales, pero las normas no “existen” en tanto no concuerdan con los criterios consagrados en la regla social de reconocimiento (Waluchow, 2009, p. 140; Grellette, 2010).

Para Waluchow, ambos lados del debate tienen recursos para explicar partes diferentes de la declaratoria de invalidez. Los positivistas excluyentes pueden explicar la primera parte de la idea de validez como aceptación, mas no pueden explicar exactamente por qué algunas cortes consideran criterios morales de invalidez en algunos sistemas jurídicos. Por ejemplo, en el caso canadiense sobre la declaración de la inconstitucionalidad de una ley sobre el aborto, los jueces no están diciendo que el aborto sea legal hasta el momento de la declaración de inconstitucionalidad, sino que el aborto nunca fue legal en primer lugar. Por otro lado, aunque Waluchow puede dar explicación a la segunda parte de la intuición, su explicación parece contradecir el hecho claro que operó y funcionó como derecho. Además, no es válido para el positivismo incluyente decir que la norma fue derecho en tanto fue practicada, pero fue posteriormente invalidada, pues esto rechaza la afirmación de que la moral es un criterio de validez, al menos en el momento entre la promulgación de la norma y su declaración de inconstitucionalidad, lo que sería un rechazo de la afirmación incluyente. En términos generales, este último desarrollo de Waluchow implica un rechazo parcial a algunas tesis del positivismo incluyente, pero no en términos de

una rendición ante el positivismo excluyente por proporcionar una mejor explicación, sino que busca una modificación más general. Lo que requiere el positivismo incluyente es una modificación del lenguaje y las categorías utilizadas para reconstruir estas disputas; el futuro del debate del positivismo jurídico depende de una modificación del enfoque y de las herramientas conceptuales, de un cambio de paradigma, si se quiere, para explicar estos y otros aspectos acuciantes de nuestras prácticas jurídicas.

La filosofía del derecho constitucional: el “árbol vivo”

En la defensa del positivismo incluyente, los derechos consagrados en las constituciones jugaron un papel fundamental. Este interés por desarrollar una explicación filosófica de estos derechos va a ser profundizado en una segunda etapa, en la que Waluchow se concentrará en la filosofía del derecho constitucional (Waluchow, 2007).⁷ En esta etapa, el filósofo desarrolla una concepción del constitucionalismo que denomina el “árbol vivo” y que utiliza no solo como defensa del constitucionalismo contra sus críticos, sino también como modelo particular de interpretación constitucional.

La noción de “árbol vivo” no es una creación de Waluchow, ya que la toma del modelo de interpretación constitucional dominante en la práctica constitucional canadiense. La primera referencia a esta noción surge a principios del siglo XX con la resolución del famoso caso Edwards (1930, A. C. 124), en el que se debatía si las mujeres contaban como

⁷ Véase, además, Waluchow (2015a).

“personas” para efectos de nombramientos políticos. Aunque la decisión que los escritores de la disposición constitucional asignaron era que solo los varones contaban como personas, el tribunal que decidió el caso se apartó de ese entendimiento y afirmó que la palabra “persona” también cubría a las mujeres, y de este modo las dotó de derechos políticos. Dejando de lado la obvia importancia del fallo en defensa de los derechos de las mujeres, es importante anotar que el tribunal del caso desarrolló una doctrina de la interpretación constitucional según la cual la Constitución de Canadá es un “árbol vivo” capaz de crecer y expandirse dentro de sus “límites naturales”. Así, la Constitución ha de ser desarrollada por “uso y convención”, por lo que los jueces no están limitados a la “interpretación estrecha y técnica” de los derechos, sino que deben darles a estos “una interpretación amplia y liberal” (1930, A. C. 124).

Mientras que en la práctica constitucional canadiense el constitucionalismo del “árbol vivo” no tiene rival, la situación es diferente en Estados Unidos, donde además del “constitucionalismo vivo”⁸ (el equivalente estadounidense del “árbol vivo”), una teoría sustancialmente opuesta, el originalismo, también goza de gran relevancia. Según esta, la única concepción legítima de la interpretación constitucional es aquella en la que el intérprete recupera el significado que le atribuyeron los escritores originales de la Constitución, quienes, a su vez, tenían la legitimidad democrática para establecer esa concepción. Hacer algo diferente, para el originalista, implica una creación ilegítima

de normas constitucionales por parte de los jueces, que no están llamados para ello (Scalia, 2015).⁹ A pesar de que el originalismo no carece de cierta legitimidad democrática, es rechazado por Waluchow y otros constitucionalistas del “árbol vivo”, pues ata las generaciones futuras a la “mano muerta del pasado”. El constitucionalista del “árbol vivo” encuentra ilegítimo, por ejemplo, que los habitantes de Estados Unidos del siglo XXI estén vinculados a entendimientos morales y políticos de los derechos constitucionales que fueron creados para circunstancias fácticas muy diferentes a las actuales. En contraposición, el modelo del “árbol vivo” no ata las nuevas generaciones a las visiones morales del pasado y puede adaptarse a los cambios que probablemente ocurren en estas.

Waluchow utiliza la concepción del “árbol vivo” para defender al constitucionalismo frente a numerosos críticos, en especial frente a aquellos que sostienen que las ideas mismas de la constitución y el control de la constitucionalidad representan ideales antidemocráticos. Debe notarse que, aunque las cartas de derechos que las constituciones contienen son consideradas por muchos como un avance significativo en la defensa de los derechos de las minorías y la imposición de límites a la actividad gubernamental, también tienen varios detractores que sostienen que tal arreglo institucional es moralmente indefendible.¹⁰ Jeremy Waldron, el más influyente de los críticos, ha sostenido que el entendimiento común de las constituciones

⁸ Para una presentación al respecto, véase Strauss (2010).

⁹ Para una discusión y bibliografía del originalismo, véase Waluchow (2015a, pp. 1906-1913).

¹⁰ Para una revisión del debate sobre la legitimidad del control de constitucionalidad, véase Fabra y García Jaramillo (2015, pp. 8-12).

desconoce el desacuerdo profundo y extenso que existe en las sociedades contemporáneas sobre los asuntos morales. La idea común entre los defensores del constitucionalismo es que las constituciones son precompromisos, restricciones que las comunidades políticas se imponen a sí mismas para no desatarse en momentos de crisis, por lo que son comparables con el precompromiso que hizo Ulises al atarse al mástil de su barco para no caer en la tentación de las sirenas. Waldron afirma que esta comparación es ingenua, pues, si bien Ulises sabía cómo evadir los peligros que afrontaba, nosotros no tenemos el mismo acceso epistémico a los términos del precompromiso, que en el caso de las constituciones es de naturaleza moral. En las sociedades pluralistas contemporáneas existe un desacuerdo radical sobre lo bueno y lo justo, por lo que existen profundos desacuerdos sobre cuáles deberían ser los límites morales para la actuación del poder público. De este modo, para Waldron no es posible precomprometernos moralmente de la forma que la analogía con Ulises requiere (Waldron, 1999).

La cuestión del desacuerdo se conecta con otras preocupaciones más significativas sobre el carácter democrático del control de la constitucionalidad, la institución que les concede a los jueces el poder para defender los derechos consagrados en la constitución. El problema para Waldron no es solo que los jueces, en la mayor parte de los casos, carecen de legitimación democrática para resolver los conflictos morales sobre los cuales hay un desacuerdo profundo en la sociedad, sino que, en una democracia funcional, no hay argumentos para sostener que los jueces, comparativamente hablando, están en una

mejor posición para solucionar tales conflictos que una institución mayoritaria, como un parlamento. Por ejemplo, afirma Waldron, además de que los asuntos de derechos han estado protegidos de una forma razonablemente adecuada en muchos países sin control de constitucionalidad (el ejemplo de Waldron es la discusión del aborto en el Reino Unido), en muchos casos los jueces constitucionales han fracasado terriblemente en defenderlos (los ejemplos más comunes son los numerosos fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidos, como *Dred Scott vs. Sandford*, *Plessy vs. Ferguson* o, más recientemente, las decisiones sobre los prisioneros de Guantánamo, en las que los derechos de las minorías políticas son claramente vulnerados). Sin embargo, Waldron nota que este no es un debate sobre quién funciona mejor en la práctica, sino que se trata de una cuestión de legitimidad. Mientras los mecanismos mayoritarios, como el voto y los parlamentos, tienen legitimidad, pues dan valor a las visiones morales de todos los miembros de la sociedad sin privilegiar algunos miembros en particular, el control de constitucionalidad privilegia las visiones morales de un pequeño grupo de personas como los jueces constitucionales, quienes interpretan el significado de los asuntos morales que han sido consagrados en las cartas de derechos y dejados por fuera del debate político (Waldron, 2004). Es decir, bajo el control de constitucionalidad, los jueces constitucionales operan como “reyes platónicos” que dan significado a los derechos constitucionales decidiendo, por ejemplo, que el “derecho a la vida”, consagrado en la constitución, permite o elimina el aborto, la eutanasia o la pena de muerte, según su propia visión moral de lo que significan tales derechos, cuándo estos asuntos son en realidad temas

sobre los cuales la sociedad está profundamente dividida, por lo que deberían ser resueltos en un debate público en el que las visiones de todos sean tenidas en cuenta (Waldron, 1999, 2015).

Para Waluchow, bajo la idea común de la constitución como precompromiso análogo al mástil de Ulises, el argumento de Waldron contra el constitucionalismo es decisivo. Sin embargo, ello no implica que debamos renunciar a las ideas del constitucionalismo y del control de la constitucionalidad. El problema es que la imagen común de los derechos constitucionales se basa en un supuesto que Waldron estima irreal, como la idea de que es posible “fijarse” y precomprometerse a unos principios morales que limitan la actuación del Gobierno. De hecho, este supuesto parecería darle fuerza al originalismo, que sería la teoría de la interpretación que respetaría mejor los términos de ese precompromiso. Así, la propuesta del “árbol vivo” es una alternativa a la visión del constitucionalismo basado en precompromisos. Para Waluchow, los derechos consagrados en las constituciones no aspiran ni requieren fijar unos puntos de acuerdo ni se basan en un precompromiso moral. Por el contrario, las constituciones proporcionan un marco de regulación mucho más modesto que puede ser descrito inspirándose en el concepto hartiano de *textura abierta* (Hart, 1963, pp. 155-168).

Para Hart hay dos necesidades rivales al momento de regular el comportamiento social. Por un lado, existe una necesidad de estabilidad en la formulación de reglas que sean fácilmente identificables y aplicables. Pero, por otro lado, también es necesario cierto nivel de flexibilidad, para que esas reglas se adapten a situaciones que no pudieron ser contempladas al momento

de su creación. Un modo de alcanzar este equilibrio es a través de la creación de normas de “textura abierta”, normas que proporcionan cierta seguridad en los criterios que guían la conducta, pero que al mismo tiempo dejan un margen de acción para que los jueces puedan decidir en cada caso concreto. La textura abierta puede utilizarse, de antemano, como en la regulación de la responsabilidad civil, en la cual hay una imposibilidad de conocer *ex ante* todas las circunstancias en las que se aplica la norma, por lo que los legisladores crean textos abiertos, como “culpa”, “cuidado razonable” o “buen padre de familia”, que deben ser determinados por el juez en el caso concreto. En la comprensión del “árbol vivo”, las normas constitucionales son normas de textura abierta; es decir, la constitución no “fija” una determinada comprensión de los derechos contenidos en ella a perpetuidad, sino que estos derechos y su significado pueden desarrollarse y cambiar en diferentes contextos en la medida en que los diferentes casos sean debatidos y resueltos. De este modo, la metáfora del “árbol vivo” es apta para entender el papel de la constitución, pues es un documento que establece un marco de regulación, pero cuyo crecimiento es dejado a sus intérpretes (Waluchow, 2007, cap. 5).

El modelo del constitucionalismo del “árbol vivo” equilibra las demandas de estabilidad y flexibilidad al sugerir que las normas de textura abierta que contienen los derechos de una constitución deben ser interpretadas de forma similar a como la tradición jurídica del *common law* ha interpretado nociones civilísticas, como “conducta negligente” o “cuidado razonable”. La referencia a los precedentes garantiza estabilidad en tanto todos los ejercicios de interpretación constitucional

deben acomodarse a intentos previos de interpretar y aplicar las normas constitucionales, lo que les ofrece cierta guía a los jueces, a los ciudadanos y al Gobierno sobre cómo entender y aplicar los derechos de la constitución. Sin embargo, si bien el razonamiento del *common law* reconoce la autoridad de las decisiones pasadas, tiene mecanismos establecidos para modificar los precedentes en aras de responder a nuevas necesidades, a visiones cambiantes, a circunstancias imprevistas o a situaciones que generen resultados absurdos. Es decir, la interpretación constitucional bajo el modelo del *common law* proporciona cierto nivel de estabilidad gracias a la disciplina del derecho de precedentes, pero también es adaptable a nuevas circunstancias.

Ahora bien, para Waluchow, esta concepción constitucional del *common law* tiene numerosas ventajas. Las constituciones pueden expresar ciertos derechos que limitan la actuación del Gobierno y así proteger a las minorías, pero, como su interpretación es flexible y no se basa en un precompromiso, no estamos sujetos a la “mano muerta del pasado”. Si bien es cierto que los precedentes pueden construir tradiciones muy difíciles de modificar, Waluchow espera que los mismos mecanismos de cambio que existen en la doctrina sirvan de contrapeso al posible conservatismo. Además, no hay nada en el modelo del “árbol vivo” que nos ate las visiones de los redactores de la constitución, como sí ocurre en el originalismo. Por ejemplo, mientras el originalista estadounidense está atado a las visiones morales que los redactores de la Octava Enmienda tenían sobre los “castigos crueles e inhumanos” prohibidos, nociones claramente muy diferentes a las de los ciudadanos actuales de ese país, el consti-

tucionalista vivo puede adaptarse a nuevas y mejores compresiones morales. Un ejemplo claro de esto se observa en la evolución de la jurisprudencia sobre conductas indecentes y obscenas en Canadá a lo largo del siglo, en respuesta a la variación de los “estándares de tolerancia” de esa comunidad política. El ejemplo favorito de Waluchow es el caso Labaye (2005, 3 S. C. R. 728, 2005, S. C. C. 80), en el cual se afirma que las disposiciones penales sobre conducta indecente no aplican a un club de *swingers*, pues contradicen los derechos de autonomía personal y de libertad. La constitución, entendida desde el constitucionalismo del “árbol vivo”, puede, entonces, responder a los cambios en las visiones morales de la comunidad (Waluchow, 2007, caps. 5 y 6).

A pesar de sus ventajas y de dar respuestas significativas a varias objeciones de Waldron, Waluchow ha considerado que la respuesta del “árbol vivo” no es decisiva. Los críticos democráticos podrían manifestar que, en últimas, bajo tal concepción, los jueces están decidiendo los casos con base en *su* mejor entendimiento moral, lo cual, incluso si lo hacen de buena fe y con buenos resultados, es un poder ilegítimo que no deberían tener. De forma similar, los originalistas podrían decir que la teoría del “árbol vivo” no es una teoría de la “interpretación” del significado del texto constitucional, porque el intérprete podría asignarle el significado que quisiera y con ello se estaría socavando la misma idea de tener una constitución. Para dar respuesta a estas variaciones de la objeción democrática, Waluchow construye el concepto de *moralidad constitucional de la comunidad* (MCC), que son unos recursos con cierta legitimidad democrática que los jueces constitucionales utilizan

para resolver los casos y que, para seguir con la metáfora, sirven de nutrientes para que el “árbol vivo” pueda crecer (Waluchow, 2007, cap. 6, 2008, 2015b).

La MCC es

una clase de moralidad positiva basada en la comunidad que consiste en las normas morales fundamentales y convicciones que la comunidad tiene en sus diferentes prácticas sociales, a la cuales *se ha comprometido* y que ha, de una forma u otra, *adquirido algún tipo de reconocimiento constitucional*. (Waluchow, 2015b. Cursivas originales)

Por ejemplo, en la resolución de un caso de constitucionalidad sobre un asunto que genere un desacuerdo profundo en la sociedad (como los derechos de los homosexuales, el aborto o la eutanasia), el juez no debe basar su fallo en su moral personal, en la moral de una institución o religión, ni en su mejor interpretación de los principios morales, sino que debe recurrir a las normas morales que existen en la comunidad. Para Waluchow, el juez puede y debe apreciar que muchas sociedades contemporáneas están comprometidas con principios como la libertad, la igualdad y el pluralismo, que son claros en su historia constitucional, legislativa y jurisprudencial. Por ello, aunque un juez tenga una moral religiosa, él está en el deber de fallar con base en los recursos que la MCC proporciona. La idea es que la MCC sea una de las fuentes externas que puedan utilizar los jueces para resolver los casos sin comprometer su legitimidad democrática.

Es importante señalar que la MCC no es igual al simple consenso sobre visiones morales que Hart llamó “moralidad social”, sino que

también incluye elementos de la llamada “moralidad crítica”. Por ejemplo, es posible que una sociedad en determinado momento de miedo o xenofobia promueva leyes racistas o discriminatorias, pero estas leyes no están amparadas por la MCC. Para Waluchow, tales leyes discriminatorias son manifestaciones de las “opiniones morales” de la sociedad en cierto momento. La MCC, sin embargo, no está conformada por “opiniones”, sino por “compromisos morales profundos y razonados” que pueden no concordar con las opiniones temporales. En un ejemplo prosaico, señalado por O’Brien (2015), imaginemos que un activista contra la conducción bajo los efectos del alcohol está borracho y que por eso quiere conducir, y un amigo debe decidir si entregarle las llaves o no. En este caso, lo que respeta la autonomía del activista es que su amigo no le entregue las llaves del auto. Su amigo debe descartar la opinión temporal y hacer efectivos los compromisos más profundos y reflexivos de la moralidad del activista embriagado. La idea de Waluchow es que la MCC opera de una forma similar. Es parte de la función de los jueces constitucionales hacer efectivos los compromisos morales frente a las opiniones temporales de una comunidad, que pueden estar viciadas de miedo o prejuicio.¹¹ Una sociedad puede proferir leyes discriminatorias, pero si esa sociedad está comprometida con una tradición de igualdad y pluralismo, entonces es deber del juez declarar la inconstitucionalidad de aquellas.

Sin embargo, Waluchow reconoce que es posible que no haya recursos en la MCC para

¹¹ Para una discusión de la MCC, véase Stoljar (2009) y O’Brien (2015).

solucionar los casos. Por ejemplo, es posible que la historia institucional del país no tenga una opinión consolidada sobre el aborto o la eutanasia o que los recursos sean tan contradictorios que no les proporcionen una guía definitiva a los jueces. Entonces, ¿qué hacer en tales casos límite? Para Waluchow, en esta situación, los jueces están llamados a crear las normas de la MCC a través de sus mejores juicios sobre las preguntas morales relevantes. Ahora bien, para evitar caer de nuevo en el problema democrático, Waluchow introduce una limitación: los jueces deben tratar de proporcionar una justificación de sus decisiones en lo que John Rawls llamó “razones públicas”, razones que puedan ser aceptadas por los disidentes razonables de la comunidad política. Si la decisión es justificada en razones públicas, considera Waluchow, el disidente de una decisión judicial —al igual que el disidente de una decisión democrática mayoritaria— puede desear un sentido diferente de la decisión, pero debe reconocer su legitimidad a pesar del descontento. En otras palabras, en esta situación límite no parece haber otra alternativa que confiarle al juez constitucional la creación de las normas de la MCC con base en un conjunto aceptable de razones públicas que puedan ser consideradas como válidas incluso por los disidentes razonables (Waluchow, 2009, 2013).

En últimas, Waluchow está consciente de que en estos casos límite su teoría depende de la posibilidad de construir tales razones públicas y de que el desafío es integrarlas a una teoría de la interpretación constitucional. Además, está abierto a reconocer que el control de la constitucionalidad le concede un amplio nivel de discrecionalidad a los jueces, pero cree que, apelando a la MCC y, en su defecto, a la

construcción de sus normas en un balance de razones públicas, se garantiza la viabilidad del modelo. Si bien algunos miembros de la comunidad no estarán de acuerdo con las decisiones que los jueces profieran, Waluchow espera que al menos las vean como un producto de las visiones morales de la comunidad con las que puedan comprometerse.¹²

Conclusiones

Los dos componentes de la concepción filosófica de Wil Waluchow tratan de desarrollar un *tertium genus*, una teoría que esté en “la mitad del camino” entre dos opuestos. El positivismo jurídico incluyente, en primer lugar, surge explícitamente como un esfuerzo por encontrar “una teoría jurídica viable” entre el positivismo excluyente de Raz y el no positivismo de Dworkin (Waluchow, 1994, cap. 1). Frente al desafío de Dworkin, Waluchow no se limita a notar la falta de claridad interpretativa con la que aquel lee a Hart, en la que se basan otras defensas del positivismo hartiano, sino que presenta los argumentos dworkinianos en su mejor luz, construyendo con ellos un verdadero desafío conceptual al corazón del positivismo jurídico. Que la formulación del debate y las etiquetas que creó aún se conserven es una muestra del reconocimiento que Waluchow dio a la fuerza argumentativa de las posiciones en pugna. Vale señalar, además, que el positivismo que Waluchow defiende no tiene ninguna relación con el formalismo o el amoralismo jurídicos con los que se relaciona esta etiqueta en Iberoamérica. Por el contrario, el positivismo incluyente es una de las teorías

¹² Para una amplia discusión sobre el modelo constitucional de Waluchow, véase Burge-Hendrix (2009).

jurídicas más sensibles a las complejidades teóricas del derecho constitucional contemporáneo y es probable que proporcione una de las explicaciones más adecuadas sobre la existencia y validez del derecho en los sistemas jurídicos con constituciones fuertes y cargadas de derechos morales que abundan en muchos países latinoamericanos.

Un espíritu reconciliador similar se aprecia en su constitucionalismo del “árbol vivo”. La concepción de Waluchow no cae en la ingenuidad, como sí lo hacen otras defensas del constitucionalismo, de desestimar la objeción democrática con una esperanza demasiado optimista en el buen carácter moral de los jueces, ni ve su potencial ilegitimidad como un costo inevitable que debemos pagar para tener las virtudes del control de la constitucionalidad. Por el contrario, asume el desafío en su integridad como una amenaza que todo constitucionalista debe tomar en serio. Igualmente, aunque no comparte la teoría semántica y política que subyace al originalismo, Waluchow es receptivo a cómo esta teoría de la interpretación constitucional es una manifestación de la preocupación por la legitimidad democrática. Además, muestra la existencia de dos demandas en competencia de estabilidad y flexibilidad en el derecho constitucional y cómo puede darse solución a esta tensión a través de la promulgación de normas constitucionales de textura abierta, que han de ser desarrolladas a través de la concepción de precedentes del *common law* y de los contenidos de la MCC.

Esta capacidad de reconocer la fuerza argumentativa de la posición rival y de reconciliarla con la propia es un aspecto distintivo de la obra de Waluchow. Aquí, Waluchow es fiel a Hart,

su supervisor doctoral y principal inspiración académica,¹³ quien dedicó parte de su obra a reconciliar posiciones opuestas, como el positivismo jurídico con un “contenido mínimo del derecho natural”. Con su sofisticación y claridad argumentativa, Waluchow no solo ha mejorado nuestra comprensión sobre las tradiciones que defiende (el positivismo y el constitucionalismo) y las tesis que rechaza (el no positivismo, el positivismo excluyente, las críticas democráticas al constitucionalismo y el originalismo), sino que, además, ha profundizado nuestro entendimiento de la existencia, el contenido y la operación del derecho mismo, en especial el de los sistemas jurídicos constitucionalizados de las sociedades contemporáneas.

Referencias

- Burge-Hendrix, B. (2009). En torno al libro *A common law theory of judicial review* de Wil Waluchow. *Revista Problema*, 3, 3-168. DOI: 10.22201/ijj.24487937e.2009.3.8067
- Coleman, J. (1982). Negative and positive positivism. *Journal of Legal Studies*, 11(1), 139-164.
- Coleman, J. (1996). Authority and reason. En R. George (ed.), *The autonomy of law* (pp. 287-319). Oxford: Oxford University Press.
- Coleman, J. (2001). *The practice of principle: In defence of a pragmatist approach of legal theory*. Oxford: Oxford University Press.
- Dare, T. (1997). Wilfrid Waluchow and the argument from authority. *Oxford Journal of Legal Studies*, 17(2), 347-366.

¹³ Véase, sobre esta relación, Waluchow (2011) y Lacey (2004, p. 334).

- Dickson, J. (2006). *Evaluación en teoría del derecho*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1979>
- Dworkin, R. (1978). *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1986). *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press.
- Etcheverry, J. B. (2006). *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente: un estado de la cuestión*. México: UNAM.
- Fabra, J. & García Jaramillo, L. (eds.). (2015). *Filosofía del derecho constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- Grellette, M. (2010). Legal positivism and the separation of existence and validity. *Ratio Juris*, 23, 22-40. DOI: 10.1111/j.1467-9337.2009.00442.x
- Hart, H. L. A. (1963). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Hart, H. L. A. (2000). *Post scriptum del concepto de derecho*. México: UNAM. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=38>
- Himma, K. (2000). H. L. A. Hart and the practical difference thesis. *Legal Theory*, 6(1), 1-43.
- Himma, K. (2010). *Derecho y moral: el debate entre el positivismo incluyente y el excluyente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Kramer, M. (2004). *Where law and morality meet*. Oxford: Oxford University Press.
- Lacey, N. (2004). *A life of H. L. A. Hart: The nightmare and the noble dream*. Oxford: Oxford University Press.
- Lyons, D. (1977). Principles, positivism and legal theory. *Yale Law Journal*, 87, 415-35.
- Mackie, J. (1977). The third theory of law. *Philosophy and Public Affairs*, 7, 3-16.
- Molina-Ochoa, A. (2009). La intrascendencia del debate positivismo-iusnaturalismo: las normas de *ius cogens*. *Estudios Socio-Jurídicos*, 11(2), 229-255. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/esju/v11n2/v11n2a9.pdf>
- Moreso, J. J. (2014). Positivismo jurídico contemporáneo. En J. Fabra y Á. Núñez Vaquero (eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* (pp. 171-205). México: UNAM. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3875/7.pdf>
- O'Brien, M. (2015). Charter interpretation, judicial review and community's constitutional morality: Responding to Natalie Stoljar on Wil Waluchow. *Problema*, 9, 255-278. DOI: 10.22201/ij.24487937e.2015.9.8183
- Raz, J. (1979). *The authority of law*. Oxford: Oxford University Press.
- Raz, J. (1985). Authority, law and morality. *The Monist*, 68(3), 295-324. DOI: 10.5840/monist198568335
- Raz, J. (1994). *Ethics in the public domain*. Oxford: Oxford University Press.
- Shapiro, S. (1998). On hart's way out. *Legal Theory*, 4(4), 469-507. DOI: 10.1017/S1352325200001117
- Soper, E. P. (1977). Legal theory and the obligation of a judge: The hart/dworkin dispute. *Michigan Law Review*, 75, 473-519.
- Stoljar, N. (2009). Waluchow on moral opinions and moral commitments. *Problema*, 3, 102-132. DOI: 10.22201/ij.24487937e.2009.3.8073

- Strauss, D. A. (2010). *The living constitution*. Nueva York: Oxford University Press.
- Vega Gómez, J. (2014). *Ensayos de filosofía jurídica analítica*. Madrid: Dykinson-SL; UNAM.
- Waldron, J. (1999). *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press.
- Waldron, J. (2004). Deliberación, desacuerdo y votación. En H. Koh y R. Slye (eds.), *La democracia deliberativa y derechos humanos* (pp. 249-268). Barcelona: Gedisa.
- Waldron, J. (2015). *El centro de la argumentación contra el control judicial de la legislación*. En: J. Fabra y L. García Jaramillo (eds.), *Filosofía del derecho constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- Waluchow, W. J. (1989). The weak social thesis. *Oxford Journal of Legal Studies*, 9(1), 23-55. DOI: 10.1093/ojls/9.1.23
- Waluchow, W. J. (1990). Charter challenges: A test case for theories of law. *Osgoode Hall Law Journal*, 29(1), 183-214. Recuperado de <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1756&context=ohlj>
- Waluchow, W. J. (1994). *Inclusive legal positivism*. Oxford: Clarendon Press.
- Waluchow, W. J. (2000). Authority and the practical difference thesis: A defense of inclusive legal positivism. *Legal Theory*, 6(1), 45-81.
- Waluchow, W. J. (2007). *A common law theory of judicial review: The living tree*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Waluchow, W. J. (2008). Constitutional morality and bills of rights. En G. Huscroft (ed.), *Expounding the constitution: Essays in constitutional theory* (pp. 65-92). Cambridge: Cambridge University Press.
- Waluchow, W. J. (2009). Four concepts of validity: Reflections on inclusive and exclusive positivism. En K. Himma y M. Adler (eds.), *The rule of recognition and the United States constitution* (pp. 123-142). Oxford: Oxford University Press.
- Waluchow, W. J. (2011). H. L. A. Hart: Supervisor, mentor, friend, inspiration. *Problema*, 5, 3-10. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/FilosofiaDerecho/5/dis/dis5.pdf>
- Waluchow, W. J. (2013). Sobre la neutralidad del razonamiento conforme a una carta de derechos. En J. Ferrer Beltrán, J. J. Moreso y D. Papayannis (eds.), *Neutralidad y teoría del derecho* (pp. 313-342). Madrid: Marcial Pons.
- Waluchow, W. J. (2015a). Filosofía del derecho constitucional: versión anglosajona. En J. Fabra y E. Spector (eds.), *Enciclopedia de filosofía del derecho*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3876/8.pdf>
- Waluchow, W. J. (2015b). Strauss, la democracia y el constitucionalismo del árbol vivo. En J. Fabra y L. García Jaramillo (eds.), *Filosofía del derecho constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.