



Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho

ISSN: 1405-0218

editorial.isonomia@gmail.com

Instituto Tecnológico Autónomo de México

México

Gallego Saade, Javier

La teoría “dworkiniana” del razonamiento jurídico de Jeremy Waldron: el eslabón ignorado

Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 50, 2019, -Junio

Instituto Tecnológico Autónomo de México

México

DOI: <https://doi.org/10.5347/isonomía.50.2019.160>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=363660496002>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UAEH
redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

La teoría “dworkiniana” del razonamiento jurídico de Jeremy Waldron: el eslabón ignorado

Jeremy Waldron’s “Dworkinian” Theory of Legal Reasoning: the Neglected Link

Javier Gallego Saade

*Universidad Adolfo Ibáñez, Chile
javier.gallego@uai.cl*

Resumen: En este trabajo se sostiene que la teoría del derecho iberoamericana ha malinterpretado la teoría del razonamiento jurídico de Jeremy Waldron, presentándola como una teoría formalista de la adjudicación, y a Waldron como un positivista excluyente. Esto se debe a una lectura sesgada de su teoría del derecho, que se explica, a su vez, por la imagen que el constitucionalismo ha construido en torno a Waldron, como un opositor de Dworkin. Este trabajo muestra que Waldron suscribe a una teoría “dworkiniana” del razonamiento jurídico, la que opera como eslabón entre su teoría de la democracia y su teoría más reciente de la dignidad humana. Ambas cuestiones han sido virtualmente ignoradas por el medio académico hispanoparlante.

Palabras clave: Jeremy Waldron, Ronald Dworkin, razonamiento jurídico, integridad, dignidad humana.

Abstract: This article argues that Ibero-American legal theory has misunderstood Jeremy Waldron’s theory of legal reasoning, displaying it as a formalist theory of adjudication, and Waldron’s view as exclusive positivism. This originates in a distorted reading of his theory of law, which is explained, in turn, by the image of Waldron as Dworkin’s opponent, constructed by constitutional scholars. This article shows that Waldron holds a “dworkinian” theory of legal reasoning, which works as a link between his theory of democracy and his more recent theory of human dignity. Both features have been virtually ignored in Spanish-speaking academic circles.

Keywords: Jeremy Waldron, Ronald Dworkin, legal reasoning, integrity, human dignity.

This is not just a tribute; it is a love letter, to a man who 35 years ago at Oxford helped me find my feet, who over the years set

forth for me the virtue of argument through his
own good-humored example, who showed me—showed
us all— how much more you can
achieve by taking seriously the nobility of
law’s empire than by any corrosive or skeptical detachment from its aspirations.

Jeremy Waldron

(de su discurso en el servicio conmemorativo
de Ronald Dworkin, celebrado el 5 de junio de
2013 en St. John’s, Smith Square, Londres)

I. La recepción de Waldron en Iberoamérica

La teoría del derecho de Jeremy Waldron ha sido recibida y divulgada en Iberoamérica básicamente como una teoría de la legislación democrática, con dos corolarios importantes: una crítica a la revisión fuerte de constitucionalidad de legislación por jueces, y una adhesión al positivismo jurídico excluyente (que excluye postulados de moral ordinaria del espectro de derecho válido y aplicable por jueces).

Esta interpretación de la obra de Waldron, ampliamente difundida en el medio académico hispanoparlante, ignora su genuina contribución a la teoría del razonamiento judicial (razonamiento jurídico articulado por jueces en la aplicación del derecho). Para la filosofía del derecho hispanoparlante, la obra de Waldron no ocupa un lugar prominente en el espectro de referencia de la teoría del razonamiento judicial, como sí lo ocupan, por ejemplo, los escritos del intercambio entre H.L.A. Hart y Ronald Dworkin, y la literatura posterior basada en ese desacuerdo.

Este desinterés por la contribución de Waldron a la teoría del razonamiento judicial tiene explicaciones de orden teórico, pero también cultural. Resumidamente, la explicación principal se encuentra en la manera en que se ha recibido y comprendido la teoría del derecho de Dworkin. Como se sabe, la crítica de Dworkin a Hart fracturó el positivismo jurídico, haciendo de la pregunta por la incorporación de principios morales al derecho –defendida por positivistas inclusivos y resistida por positivistas excluyentes– una cuestión central de la teoría del derecho. En esto el medio académico hispanoparlante ha seguido la pauta de la discusión angloparlante. Pero lo que fue recibido con especial interés en Iberoamérica fue la defensa a una forma de argumentación jurídica propiamente constitucional; es decir, diseñada para jueces que interpretan y aplican la constitución. Dworkin contribuyó a articular esa forma especial de razonamiento al proponer una “lectura moral” de la constitución como criterio en la introducción de *Freedom’s Law* (Dworkin, 1996) (en lo que sigue “FL”), una colección de artículos publicada en 1996. Waldron, por su parte, criticó la potestad de aquellos jueces que, interpretando la constitución, derogan legislación contraria a aquella. Este programa se articula en dos colecciones de artículos, ambas publicadas en 1999: *Law and Disagreement* (Waldron, 1999a) (en lo que sigue “LaD”) y *The Dignity*

of *Legislation* (Waldron, 1999b) (en lo que sigue “DoL”), que recopilan contribuciones producidas durante la década de 1990. A partir de estas contribuciones (y en particular desde la traducción al castellano de LaD en 2005) el medio académico hispanoparlante (en especial el constitucionalismo) ha alzado a Waldron simbólicamente como el “anti-Dworkin”: mientras Dworkin defiende la potestad de revisión judicial, Waldron la critica. Ahora bien, dado que esa crítica se sustenta en una tesis fuerte sobre la autoridad de la legislación democrática –y en una afirmación del carácter inescapable del desacuerdo moral– parece natural sostener que su corolario en la pregunta de la teoría del derecho sea una defensa al positivismo excluyente –a nivel de teoría del sistema jurídico– y al formalismo –a nivel de teoría del razonamiento jurídico–. Esta sería además una buena forma de graficar la distancia teórica entre Waldron y Dworkin.

Esa derivación es errada. Lo cierto es que la teoría del razonamiento judicial de Waldron, lejos de presentarse como antagónica del programa de Dworkin, es esencialmente “dworkiniana”; esto es, se construye sobre las bases de la teoría del razonamiento jurídico que Dworkin presentara por primera vez de forma sofisticada en *Taking Rights Seriously* (Dworkin, 1977) y en *Law’s Empire* (Dworkin, 1986) (en lo que sigue “LE”), y modificara en contribuciones posteriores, incluyendo su última monografía sobre la moral y el derecho: *Justice for Hedgehogs* (Dworkin, 2011).

Este trabajo considera un cuerpo de publicaciones que el medio académico hispanoparlante, en general, ignora. El objetivo no es únicamente reivindicar, exhibiendo esa literatura, la teoría del razonamiento jurídico de Waldron. El esfuerzo tiene dos objetivos ulteriores. El primero es historiográfico: presentar a Waldron en la historia de la teoría del derecho como el sucesor de Dworkin, al mismo tiempo situándolo fuera del desacuerdo entre positivistas inclusivos y excluyentes. Este movimiento se justifica porque Waldron siempre entendió que el desacuerdo al interior del positivismo era un desacuerdo estéril, y en esa línea reivindicó una aproximación interpretativa a la ley por los jueces, de un modo que no necesita negar ni afirmar el rol de la moral ordinaria en el derecho. Esta reformulación de la idea dworkiniana de “integridad” se encuentra apenas insinuada en el ensayo “Positivismo Normativo (o Ético)” de 2001 (Waldron, 2001a), pero no alcanza a ser explicitada allí. Es desarrollada satisfactoriamente en el cuerpo bibliográfico posterior a esa contribución. Pero ocurre que la comprensión del medio hispanoparlante alcanza, por lo general, hasta el ensayo de 2001, e ignora o minimiza todo lo demás.

El segundo objetivo de este artículo es reconstruir la obra de Waldron, resaltando la conexión entre el programa de LaD y DoL, de fines de los ’90, y su contribución más reciente sobre la dignidad humana como principio del derecho. Frente a una próxima mayor divulgación de su teoría de la dignidad humana en el medio hispanoparlante, este trabajo anticipa una recepción más bien escéptica de ese aparato conceptual en

la región. Este escepticismo podría fundarse en una supuesta incoherencia entre el rechazo de Waldron al realismo moral en su teoría temprana, y un compromiso con un “principio moral” de respeto a la dignidad humana en su obra posterior.

Este trabajo reacciona ante ese escepticismo, mostrando que no hay incoherencia alguna entre el programa de LaD y DoL y la teoría de la dignidad humana, en tanto la conexión entre ambos está mediada por una (reconstrucción de la) teoría dworkiniana del razonamiento jurídico. En estos términos, la reconstrucción dworkiniana del derecho que ofrece Waldron hace de eslabón (enlace o conexión) entre su teoría de la legislación democrática y su teoría de la dignidad humana.

II. Ejemplos de la recepción difundida

En lo que sigue dispongo como ejemplo conspicuo de la recepción difundida de la obra de Waldron en Iberoamérica del estudio preliminar con el que Roberto Gargarella y José Luis Martí acompañan la edición en castellano de LaD (Gargarella y Martí, 2005). El estudio cumple la función de introducir al lector al argumento de LaD, pero excede ese marco; pretende ser un estudio acabado de la filosofía política y jurídica de Waldron, abarcando todo el período desde las contribuciones que se recopilan en LaD hasta la fecha de publicación del estudio.

Con esa pretensión, Gargarella y Martí comienzan marcando una división entre los dos períodos iniciales de producción del autor celebrado: el período que abarca las contribuciones de la década de 1980 sobre liberalismo y derechos fundamentales, recopiladas en *Liberal Rights* (Waldron, 1993a), y el período de contribuciones sobre la legislación y el derecho democrático, que concluye en 1999 con LaD y DoL (Gargarella y Martí, 2005, pp. 13-14). A continuación, afirman respecto de LaD, en contraste con DoL, que:

[es] el trabajo más completo y el que más impacto y admiración ha causado en los círculos académicos de filosofía política y jurídica [...] [Los artículos que componen LaD] han influido profundamente en los teóricos del derecho y en los constitucionalistas. [...] [N]o es exagerado afirmar que estos trabajos han convertido a Waldron en el defensor principal de una de las posiciones más importantes del debate sobre el control judicial de constitucionalidad y, más ampliamente, sobre el papel del constitucionalismo en nuestras sociedades democráticas, una posición que se identifica primordialmente con la defensa de los valores democráticos y procedimentales como mejor respuesta ante el hecho de los desacuerdos y el pluralismo sociales, y se sitúa en contra de cualquier tipo de dogmatismo constitucional (Gargarella y Martí, 2005, p. 15).

En general, el comentario a LaD de Gargarella y Martí –dividido en secciones sobre: el desacuerdo político, la crítica al control judicial de constitucionalidad y la defensa a un modelo de democracia deliberativa– es exhaustivo y consistente. La última sección del estudio comenta la ‘teoría del derecho’ a la que suscribe Waldron: el “positivismo

normativo”. Esta teoría del derecho, que para los autores “encaja armónicamente” con los compromisos normativos que la teoría de la democracia de Waldron asume (Gargarella y Martí, 2005, p. 15), se encuentra sin embargo “pobremente explicada” en LaD (Gargarella y Martí, 2005, p. 41). Para comentarla deben salirse del marco de LaD, y buscar en el célebre ensayo de 2001 que lleva como título el nombre de la teoría. Para Gargarella y Martí, la posición de Waldron, en virtud de la cual “el derecho moderno, primordialmente escrito y legislado institucionalmente, tiene valor (dignidad)”, representa una posición minoritaria en la tradición positivista (Gargarella y Martí, 2005, p. 42). Pero más importante es su afirmación de que esta posición implica lógicamente una comprensión de la adjudicación esencialmente textualista:

Según Waldron, la única forma de mantenerse fieles al valor de la autoridad del legislador democrático (el Parlamento) y de preservar la dignidad de la legislación consiste en no sobrepasar los límites de las correctas funciones de los aplicadores del derecho, es decir, en no introducir nunca consideraciones morales o de otro tipo en la determinación del derecho, y ser fieles a lo único que el legislador ha producido, el texto de la ley (Gargarella y Martí, 2005, p. 42).

Martí en una contribución posterior irá más lejos para mostrar que el positivismo normativo waldroniano es básicamente positivismo excluyente. La teoría del derecho de Waldron comparte algo con la teoría de Dworkin: su distancia respecto del positivismo puramente metodológico (que ofrece sólo un análisis *conceptual*); pero se diferencian en su toma de postura respecto del rol de la moral en el derecho: la teoría de Dworkin lo afirma y la de Waldron lo niega. Martí lo explica:

Lo cierto es que las dos teorías reconstruyen el concepto normativo del derecho de formas muy diversas. La diferencia más clara entre el positivismo normativo [de Waldron] y la teoría dworkiniana radica en la tesis normativa del primero. El positivismo normativo sostiene de algún modo la tesis de que debe mantenerse la separación entre el derecho y la moral. Sea porque cuando el derecho remite a la moral aumenta considerablemente la discrecionalidad de los jueces a la hora de aplicar el derecho y ello resulta pernicioso para el ideal de Estado de derecho y para el valor de la autonomía, o bien porque el derecho solo tiene sentido como una pauta legítima de comportamiento y coordinación en circunstancias de desacuerdo moral (Martí, 2008, pp. 445-446) (énfasis añadido).

Estos dos párrafos resumen los postulados básicos de lo que aquí se ha identificado como la recepción difundida de la teoría del derecho de Waldron. El primer párrafo establece una conexión entre la dignidad de la legislación y el deber de los aplicadores del derecho (los jueces) de ser fieles únicamente al “texto de la ley”. En su sentido obvio, el párrafo le imputa a Waldron adhesión al, así llamado, “textualismo”, como teoría del razonamiento judicial. En el segundo párrafo se ve a Martí reforzando la idea anterior, postulando una oposición frontal entre Waldron y Dworkin. A nivel de teoría del razonamiento jurídico, el segundo párrafo sostiene que el textualismo de Waldron se funda en su adhesión al positivismo excluyente, el que se basa a su vez en un desprecio

a la discreción judicial y a la incorporación de principios morales en la aplicación del derecho.

La imputación de textualismo no es, considerando la evidencia disponible, incorrecta. Waldron mismo se reconoce un textualista (Waldron, 2012b, p. 156). John F. Manning identifica a Waldron como el “principal filósofo textualista” (Manning, 2005, p. 433). Lo importante es clarificar lo que esto implica. Siguiendo a Andrei Marmor, es posible distinguir dos sentidos de textualismo: un sentido negativo y uno positivo. El textualismo “negativo”, según Marmor, “permite a los jueces interpretar la legislación de muchas maneras, en la medida en que su interpretación no pretenda buscar las intenciones o propósitos concretos de los legisladores” (Marmor, 2005, p. 2063). Por otro lado, el textualismo “positivo” contiene la idea anterior, pero agrega un constreñimiento adicional: la obligación de interpretar la ley “según el significado ordinario del lenguaje de la disposición relevante de la ley”. Para ello los jueces pueden disponer de cánones interpretativos, pero en lo esencial la expectativa es que “interpreten las leyes y las normas regulatorias del modo más literal posible” (Marmor, 2005, p. 2065).

¿Qué tipo de textualista es Waldron? Marmor, correctamente, lo presenta como un textualista en sentido negativo (Marmor, 2005, nota 1). De aquí proviene, por cierto, la conocida disputa que sostuvieron ambos en torno al rol de la intención del legislador en la labor interpretativa judicial: Waldron siempre lo criticó, y Marmor, un reconocido “intencionalista”, lo defendió.² Lo que aquí interesa, empero, es el otro aspecto característico del textualismo negativo, a saber, su apertura a “muchas maneras” de interpretación. W. Bradley Wendel entendió correctamente la conexión entre una defensa de la autoridad democrática del legislador y la importancia atribuida al texto de la ley:

[E]l argumento de la autoridad solo muestra que “el producto de la legislación” merece respeto, no que el producto de la legislación es simplemente un texto, cuya interpretación se limita al lenguaje literal de lo promulgado. *Incluso* Jeremy Waldron, quien presenta el argumento de la autoridad con mucha fuerza, concede que “las leyes necesitan interpretación [y] que las palabras del texto autoritativo (y su ‘significado ordinario’) son a menudo insuficientes para determinar la aplicación de la ley.” [La cita es a LaD, p.79] Para Waldron, lo importante es que el proceso interpretativo *comienza* determinando una propuesta única y definitiva bajo discusión, y que el significado de la propuesta se puede reconstruir partiendo del texto autoritativo (Wendel, 2005, p. 1192) (énfasis añadido).

El medio académico hispanoparlante, al revés, ha entendido que Waldron suscribe a un textualismo en sentido positivo, es decir, que constriñe a los jueces a una aplicación puramente literal de las normas jurídicas. El contraste frontal que Martí describe entre la teoría dworkiniana del derecho –que él denomina en su artículo “teoría interpretativista” (Martí, 2008, p. 429), que para nosotros es cercana a lo que en la

literatura angloamericana se conoce como *purposivism* (Marmor, 2014, pp. 113 y ss.)—³ y la teoría de Waldron no puede sino apuntar en esta dirección. Esta es una conclusión válida a partir de una lectura atenta de ciertos párrafos de LaD, pero descuida otros pasajes en los que Waldron apunta en la dirección contraria (considérese solo la referencia a LaD que hace Wendel en el párrafo recién transcrito). El problema con esta lectura sesgada (de LaD y de la literatura posterior) es que conduce naturalmente, como es esperable de una reconstrucción textualista y positivista-excluyente del derecho, al vicio que conocemos como “formalismo”.

Fernando Atria confirma lo anterior. Atria invoca la teoría del derecho de Waldron como punto de apoyo para la construcción de una teoría general del sistema jurídico, especialmente crítica del estado actual del desacuerdo interno del positivismo jurídico, y especialmente concentrada en los rasgos institucionalmente mediados de las funciones judicial y legislativa (y en menor medida de la función administrativa). En *La Forma del Derecho* (Atria, 2016) las contribuciones de Waldron aparecen de modo prominente en dos capítulos: uno de ellos trata sobre la “ley natural” (Atria, 2016, pp. 393-421), y el otro sobre “positivismo ético, teórico y metodológico” (Atria, 2016, pp. 77-94). El capítulo sobre los “positivismos”, situado en la primera parte, menciona el positivismo normativo (o ético) de Waldron (y de Tom Campbell) con el propósito de mostrar que, aunque se trata de un intento por superar el desacuerdo conceptual del positivismo jurídico de fines del siglo XX, es un intento en último término infructuoso. Atria presenta el positivismo normativo de Waldron como el antecedente de una comprensión esencialmente “formalista” del derecho y de la adjudicación. El formalismo que se le imputa aquí a Waldron se basa en el argumento, elaborado en el artículo de 2001 “Positivismo Normativo (o Ético)”, que rechaza la incorporación de postulados de moral ordinaria (“argumentos morales al *por menor*” en la terminología de ese ensayo) “al momento de identificar reglas particulares de derecho o de establecer el contenido preciso del deber jurídico del juez de decidir casos particulares de acuerdo a la ley” (Atria, 2016, p. 78). Curiosamente, en esta sección de la monografía esta conclusión solo sirve para situar el positivismo de Waldron en un extremo, frente al positivismo “analítico”, en el otro extremo (de manera similar a Martí, pero sin hacer ninguna mención a Dworkin). El punto es que el contraste entre esos dos extremos mostraría, según Atria, que la teoría del derecho todavía no ha dado ningún paso adelante, pues seguiría siendo incapaz de detectar el problema central que se esperaría que una teoría jurídica tematizara: la cuestión del “carácter indeterminado de las reglas jurídicas” (Atria, 2016, p. 79). De esto concluye Atria lo siguiente:

Pareciera que la defensa de una versión históricamente consciente de positivismo (es decir, una que entiende cuál es el sentido de la propia tradición) debe insistir en la separación entre derecho y moral al momento de la adjudicación; debe suscribir, dicho de otro modo, una comprensión

“formalista” de la aplicación de la ley. Waldron y su exclusión de los argumentos morales al por menor tiene precisamente esa finalidad (Atria, 2016, p. 78).

Atria interpreta la exclusión de argumentos morales “al por menor” derechamente como “formalismo”, ya no simplemente como textualismo (Gargarella y Martí) o como positivismo excluyente (Martí). Esta imputación implica que Waldron es un teórico del derecho que muestra indiferencia frente a la posibilidad de que una aplicación formal de la ley al caso –en razón de que el significado literal de su texto permite subsumir el caso específico al caso genérico– traicione el propósito de la ley, y en último término el propósito del derecho.⁴

Aquí se sostiene que esta interpretación de la teoría del derecho de Waldron adolece de un sesgo de confirmación. En el caso de la descripción que ofrece Martí, como ya se hizo ver, la imputación de textualismo-formalismo descansa en una medida considerable en un contraste con la teoría interpretativa de Dworkin. El positivismo normativo, en su comprensión, es excluyente *porque* no está abierto a hacer las concesiones que se siguen de adoptar una “postura interpretativa”: no está dispuesto a reconocer a los jueces la discrecionalidad que “la moral”, incorporada de alguna forma al derecho, les entrega. Como se verá en lo que sigue, esta interpretación yerra en los postulados que le adscribe a la teoría del razonamiento jurídico de Dworkin.

Como se ha anticipado, una explicación preliminar de lo anterior puede encontrarse en la influencia que ha ejercido en esta comprensión del derecho la doctrina constitucional hispanoparlante. En específico, me refiero a la manera en que la doctrina constitucional ha recibido la teoría del razonamiento judicial de Waldron, y la manera en que ha insistido y remarcado el desacuerdo que, en ese ámbito, han sostenido Waldron y Dworkin. En general, esta doctrina se ha preocupado de reconstruir reflexivamente la crítica de Waldron a la revisión judicial de constitucionalidad de legislación como una consecuencia de su defensa a principios democráticos. Para esos efectos, el canon bibliográfico lo componen, por lo general, LaD y el célebre artículo de 2006 “The Core of the Case against Judicial Review” (Waldron, 2006a) (en lo que sigue, “CCJR”). La conjunción de estas dos contribuciones es considerada, por la doctrina constitucional hispanoparlante, demostrativa del aparato crítico a la revisión judicial de Waldron, de modo que son usualmente invocadas en conjunto –como contribuciones que, para efectos de dejar establecido el argumento crítico, son ambas necesarias y suficientes–.

La influencia de esta bibliografía en la doctrina constitucional iberoamericana es demasiado extendida como para permitir en este espacio una taxonomía.⁵ Aquí interesa destacar tres cuestiones sobre esa influencia: la primera, que en el debate sobre la legitimidad de la revisión judicial, la contribución de Waldron opera como el arquetipo de la oposición democrática a la revisión judicial, y la posición de Dworkin como el arquetipo de su defensa. La segunda cuestión, relacionada, es que en la

medida en que el desacuerdo sobre la revisión judicial se apoya en concepciones idealizadas de la democracia y de la constitución, la discusión tiende progresivamente a la abstracción. En tercer lugar (y de nuevo como consecuencia de una confrontación entre estas formas ideales), la doctrina constitucional, al debatir sobre la legitimidad de la revisión judicial, tiende también a ignorar la caracterización de la función judicial como un aspecto relevante en esa discusión; esa cuestión se ve enteramente eclipsada por la confrontación de versiones ideales de ‘democracia’ y ‘constitución’.⁶

Un artículo de Sergio Verdugo, destinado a describir y responder la objeción democrática a la revisión judicial (Verdugo, 2013), ejemplifica los tres fenómenos mencionados. La contribución dispone del argumento de Waldron como modelo para una crítica a la revisión judicial, “ya que este [argumento]”, dice Verdugo, “es probablemente el más crítico de la justicia constitucional, profundo y sofisticado, y ha producido un alto impacto en la literatura actual.” (Verdugo, 2013, p. 189). El material bibliográfico que invoca Verdugo, como es usual en contribuciones sobre la crítica de Waldron a la revisión judicial, se reduce a LaD y a CCJR.⁷

Verdugo sostiene que hay al menos tres formas de responder el desafío de Waldron a la legitimidad de la revisión judicial. Él las llama la respuesta empírica, la contra respuesta democrática y la respuesta legalista. Esta última es la que nos interesa, porque es una muestra de que, para el medio académico hispanoparlante, una manera de responder la crítica de Waldron es oponiéndole construcciones alternativas de la función judicial, que él mismo en su teoría estaría supuestamente pasando por alto. Oponerle a Waldron un modelo alternativo de función judicial puede tener, cree Verdugo, el efecto de debilitar su crítica a la revisión judicial. El modelo debe ser *alternativo* al que es supuestamente objeto de ataque en las contribuciones de Waldron: el modelo de Dworkin. Dice Verdugo al introducir el apartado sobre la respuesta legalista:

Ya adelanté que el modelo de control constitucional que Waldron critica es el de Dworkin, específicamente aquel por el cual la constitución debe ser interpretada (o “leída” en sus palabras) de acuerdo a “principios morales sobre decencia política y justicia” [la referencia es a FL]. En este apartado demostraré que el argumento de Waldron pierde cabida debido a las limitaciones que ofrece la teoría de Dworkin, la que encuentra debilidades que aconsejan explorar la validez de aceptar teorías alternativas (Verdugo, 2013, p. 196).

A este párrafo se le puede dirigir una objeción inmediata, que apunta al objeto de ataque de la crítica de Waldron: es simplemente falso que su crítica a la revisión judicial esté específicamente dirigida al argumento elaborado por Dworkin en FL. Solo considérese que el marco bibliográfico que el artículo de Verdugo contempla se compone de LaD y CCJR. Pues bien, el progreso de LaD hacia CCJR muestra la tendencia de Waldron hacia la abstracción del argumento; es decir, hacia la elaboración de una crítica dirigida contra cualquier tipo de justificación a la revisión judicial, en

sistemas democráticos razonables, con jueces razonables, y un desacuerdo persistente entre miembros de una comunidad en torno al contenido de aquellos derechos fundamentales con cuya defensa están comprometidos (estos son, como todo lector de CCJR lo sabe, los cuatro supuestos del argumento “definitivo” contra la revisión judicial). Mirado en toda su extensión, el argumento de Waldron contra la revisión judicial no se dirige especialmente a FL. De hecho, solo considerando LaD, no puede decirse que FL tenga demasiado protagonismo: solo uno de los trece ensayos que componen el volumen (el último: “La concepción constitucional de la democracia”) se dedica especialmente a esa obra de Dworkin. El otro célebre ensayo contra la revisión judicial –originalmente titulado “A Right-Based Critique of Constitutional Rights” (Waldron, 1993b) y reeditado como el capítulo diez de LaD–, publicado originalmente en 1993, es en rigor una respuesta al argumento a favor de una carta de derechos para el Reino Unido, elaborado por Dworkin en *A Bill of Rights for Britain* de 1990 (Dworkin, 1990), es decir, previo a FL.

Notar esto importa en el presente trabajo porque, al postular que la crítica de Waldron se dirige fundamentalmente a FL,⁸ lo que Verdugo hace es reforzar la idea de que la crítica apunta a una cierta teoría de “interpretación constitucional”. Este no es el caso; la crítica de Waldron no se dirige a la “lectura moral” de la constitución, sino simplemente a la potestad de derogación de legislación por jueces no elegidos democráticamente. Al presentar el argumento de esta manera, Verdugo despeja el terreno para una serie de recomendaciones orientadas a corregir ese diseño de interpretación constitucional, de modo de debilitar la crítica de Waldron. Así es como, en primer lugar, introduce el precedente vinculante como un posible candidato para constreñir la excesiva discreción que la lectura moral permite, el cual sin embargo fracasa como solución (Verdugo, 2013, pp. 199-200). Luego propone dos teorías de interpretación constitucional distintas de la lectura moral: la teoría de la “constitución viviente” y el “originalismo/textualismo”.

Verdugo piensa que lo que molesta a Waldron es la excesiva discrecionalidad judicial. Por esa razón muestra poco entusiasmo por la “constitución viviente” como solución, que es básicamente una teoría funcionalista o consecuencialista de la interpretación constitucional (que se preocupa de los resultados).

El originalismo/textualismo, como estrategia de interpretación constitucional, también tiene sus riesgos, pero contribuye, dice Verdugo, a reducir la excesiva discrecionalidad de los jueces (a cambio, claro está, de excesivo formalismo) (Verdugo, 2013, pp. 199-200). Por último, salirse derechamente del modelo anglosajón, y emular el modo de operar de los jueces de la tradición europeo-continental, ofrece otra alternativa para debilitar la crítica de Waldron. Esto porque los jueces de la tradición europea, en palabras de Verdugo, “son exclusivamente responsables por la aplicación (mas no por la creación) del Derecho.” (Verdugo, 2013, p. 207). El problema es, de

nuevo, la excesiva discrecionalidad de los jueces, y su poder de creación de derecho. Si ese poder puede ser morigerado, cree Verdugo, Waldron debiera estar más abierto a considerar la revisión judicial.

En la imagen que nos ofrece Verdugo, Waldron es crítico de la revisión judicial porque está convencido de que los jueces interpretan la constitución solo limitados por la lectura moral, pero no limitados ni por el texto de la constitución ni por el precedente. Esto es un error, y basta mirar uno de los párrafos introductorios de CCJR para comprender el objetivo de su argumento definitivo (abstracto) contra la revisión judicial:

Voy a sostener que la revisión judicial es vulnerable a un ataque en dos frentes. No provee, como se sostiene usualmente, una vía para que la sociedad se concentre de modo claro en las cuestiones que están genuinamente en juego cuando hay desacuerdo entre los ciudadanos respecto de los derechos; al contrario, desvía la atención hacia cuestiones laterales sobre *precedente*, *textos*, e *interpretación*. Y además es políticamente ilegítima, en términos de valores democráticos: al privilegiar una mayoría de votos entre un número reducido de jueces no elegidos y no responsables, priva a los ciudadanos ordinarios de sus derechos políticos y deja de lado valiosos principios de representación e igualdad política en la resolución final de cuestiones sobre derechos (Waldron, 2016, p.199).⁹

Al revés de lo que piensa Verdugo, Waldron tiene perfectamente claro que los jueces aplican el derecho constreñidos por el precedente, el texto de la constitución y los cánones de interpretación. Pero ese es *precisamente* el problema. La crítica de Waldron a la revisión judicial, en todas sus versiones, siempre tiene como base el desacuerdo en torno a los derechos: este es el punto de partida y el objetivo final. Si suponemos que los miembros de una comunidad política –en la que los poderes legislativo y judicial funcionan razonablemente bien– tienen desacuerdos en torno al contenido de sus derechos, entonces entregar la resolución de esos desacuerdos a jueces –constreñidos por el precedente, el texto y los cánones de interpretación– no es razonable.

En parte, el error de Verdugo consiste en una apreciación limitada del argumento elaborado en CCJR. Sin perjuicio de que forma parte del marco de análisis de su contribución, Verdugo se limita a destacar que este artículo reduce el ámbito de aplicación del argumento de Waldron (Verdugo, 2013, p. 192). Esto porque el argumento ahora solo se aplica a países en que se puedan verificar los cuatro supuestos: compromiso de los habitantes con los derechos; desacuerdo en torno a esos derechos; un sistema legislativo que funcione razonablemente bien; y un sistema judicial que funcione razonablemente bien (Waldron, 2016, p. 203). El punto es que estos cuatro supuestos son solo el marco de análisis, no el centro del argumento. El “argumento definitivo” (mi traducción libre para *core of the case*) contra la revisión judicial se basa en la distinción de dos tipos de razones para justificar un determinado diseño institucional cuyo objeto sea la decisión de cuestiones sobre derechos: las ‘razones

basadas en el resultado’ (*outcome-related reasons*), que favorecen uno u otro diseño (básicamente: jueces o legisladores) en razón de la mayor probabilidad de resolver correctamente la cuestión sobre los derechos; y, por otro lado, las ‘razones basadas en el proceso’ (*process-related reasons*), que favorecen el diseño que otorgue espacios de participación a ciertos individuos en el proceso (de manera independiente al resultado obtenido) (Waldron, 2016, pp. 214-215). Quienes suscriben a la tradicional crítica democrática a la revisión judicial apelan usualmente a ‘razones basadas en el proceso’ porque entienden que los intereses de todos los ciudadanos están debidamente representados en el parlamento, y que el proceso democrático es el más apropiado para plantear desacuerdos sobre derechos, independientemente del resultado. En CCJR, Waldron también sostiene que las ‘razones basadas en el resultado’ que tradicionalmente se han ofrecido para entregarle la resolución de las cuestiones sobre derechos a los jueces, fracasan en su objetivo. Los defensores de la revisión judicial generalmente invocan como razones: (a) que el contexto de decisión judicial es propicio para orientar el desacuerdo a un caso particular; (b) que ese contexto permite formular una solución a partir del texto constitucional; y (c) que los jueces se ven constreñidos a respaldar sus decisiones con razones. Waldron tiene respuestas para cada una: (a’) no es cierto que los jueces que ejercen revisión judicial estén atentos a casos particulares; sus decisiones se orientan más bien a colisiones abstractas entre la constitución y otra norma (Waldron, 2016, pp. 220-221); (b’) que la resolución de la cuestión gire en torno al texto constitucional (a la carta de derechos para ser preciso) derrota el propósito buscado, ya sea porque inclina a los jueces a interpretar de modo textualista o formalista las palabras de la constitución, o bien porque el texto distorsiona la discusión, resaltando ciertos derechos y oscureciendo otros (Waldron, 2016, p. 222); (c’) finalmente, dada la presión institucional que tienen los jueces para proveer una justificación externa a sus decisiones, el espectro de razones que pueden ofrecer será contingente o relativo al texto constitucional, y estará además cargado de formas argumentativas propiamente jurídicas (Waldron, 2016, p. 224).

Como se aprecia, estas críticas a la revisión judicial no toman como hipótesis a un juez que implementa la “lectura moral” para resolver. De hecho, aquí se consideran varias de las soluciones que Verdugo le propone a Waldron como *alternativas* a la “lectura moral”. Esas posibilidades ya estaban consideradas en CCJR. Y esto muestra que el problema de la revisión judicial no se centra en la interpretación judicial, en cualquier caracterización que se ofrezca de ella. El problema es institucional: la pretensión de resolver desacuerdos sobre derechos en contextos judiciales.¹⁰

Ahora bien, el artículo de Verdugo no nos dice qué comprensión tiene Waldron de la función judicial fuera del ámbito de la revisión judicial. Esto es, no nos dice qué modelo de función judicial defendería Waldron para jueces que aplican la ley. Pero la teoría del derecho hispanoparlante tiene esa respuesta. Gargarella, Martí y Atria

coinciden en que, para Waldron, los jueces que aplican la ley deben ser formalistas, porque Waldron es un positivista excluyente. Verdugo debiera estar de acuerdo. Después de todo, su crítica se basa en la idea de que Waldron desprecia, antes que todo, la “lectura moral” que propone Dworkin, y las opciones que debilitan su crítica (o sea, que podrían convencer a Waldron de aceptar la revisión judicial) son todas soluciones orientadas a “limitar” esa “excesiva discreción” que tanto detesta Waldron, y que tiene su origen en la lectura moral. Esto muestra que, partiendo de la misma premisa –la defensa de una teoría de la democracia–, tanto constitucionalistas como teóricos del derecho llegan a la misma conclusión.¹¹

III. Waldron como discípulo de Dworkin

Que la teoría del derecho hispanoparlante ignore la teoría del razonamiento judicial de Waldron, o la interprete como nada más que formalismo, se explica en parte por las pretensiones revisionistas que inspiran el programa de LaD y DoL, que muestran inicialmente hostilidad hacia la función judicial. Con esto no solo quiero decir que, dado que la preocupación central de LaD es mostrar la importancia del desacuerdo moral y defender la legislación democrática como su mejor modo de expresión, entonces la respuesta a la pregunta “¿qué elementos componen el derecho?” (solo reglas, o reglas y principios) pasa a un plano secundario (es “pobremente explicada” en LaD, como señalan Gargarella y Martí). Quiero decir también que, en parte, el objetivo de estas compilaciones de fines de los años noventa es *precisamente* criticar el estado de la teoría del derecho por su obsesiva fijación con la función judicial y el razonamiento de los jueces. Al igual que Edward Rubin, quien ya en 1989 reclamaba que la reflexión académica sobre el derecho carecía de una teoría moderna de la legislación, en gran parte porque los juristas estaban dedicados a “analizar el trabajo de los jueces, dirigirse a los jueces, usar las mismas terminologías que los jueces, y con frecuencia incluso a pensar como jueces” (Rubin, 1989, p. 369), Waldron dirá en DoL de los positivistas modernos, que:

están mucho menos interesados en [la legislación como la fuente del derecho] que lo que están de los procesos por medio de los cuales el derecho se desarrolla en los tribunales [...] [Los positivistas] retienen la idea hartiana de una regla de reconocimiento, pero la orientan al reconocimiento, por un juez, de la validez del producto de otro juez, en vez de orientarla al reconocimiento por parte del juez de la promulgación de una norma por el legislador (Waldron, 1999b, p. 15).

Esto es lo que era necesario reprocharle al positivismo jurídico para rearticularlo desde adentro. Para dar cuenta de esa rearticulación, sin embargo, no debemos acudir al ensayo “Positivismo Normativo (o Ético)” de 2001, sino a otra contribución del mismo año: “Does Law Promise Justice?” (Waldron, 2001b). El título marca la pregunta que la contribución pretende responder: ¿supone el derecho una promesa de

justicia? La respuesta es negativa, pues para Waldron ‘la justicia’ es aquello respecto de lo cual hay desacuerdo entre los miembros de una comunidad. El derecho, entonces, no promete justicia directamente, al menos en sentido sustantivo, sino que promete ‘consistencia’ en la resolución de problemas de coordinación, a través de justicia ‘formal’. Esta consistencia honra la pretensión de justicia ‘sustantiva’ en el largo plazo (Waldron, 2001b, p. 787).

Para fundamentar esta concepción del derecho, Waldron invoca el principio de ‘integridad’ de Dworkin, que cumple la misma función: establecer una demanda de consistencia que pesa sobre funcionarios públicos que producen o aplican derecho (Waldron, 2001b, p. 788). Esta referencia a la integridad en todo caso no es nueva; es el tema del capítulo nueve de LaD (“Las circunstancias de la integridad”) (Waldron, 1999a, pp. 188-208), publicado originalmente en 1997 (Waldron, 1997). Este capítulo, sin embargo, tiene como objeto mostrar que, si bien Dworkin identificó correctamente el ideal de integridad como un criterio evaluativo de la agencia de funcionarios del Estado, no alcanzó a ver que su desempeño se aprecia de mejor forma en un contexto de desacuerdo sobre la justicia y no –como Dworkin parece creer– motivado *por* un compromiso común con la justicia.¹²

En “Does Law Promise Justice?”, Waldron nuevamente invoca la integridad dworkiniana, pero esta vez no tiene ninguna crítica que hacer a su espectro de aplicación. Al contrario, esta vez reconoce que un compromiso común por la justicia, por parte de los destinatarios del derecho, puede fundar o motivar el ideal de consistencia o integridad. En la cita a LE que sirve de apoyo a esta afirmación, se ve a Dworkin sosteniendo que la “[i]ntegridad es distinta de la justicia o la equidad, pero está conectada a ellas [...]: la integridad no tiene sentido sino entre personas que buscan justicia y equidad también” (Dworkin, 1986, p. 263).¹³ Es importante recordar que LE contiene dos capítulos enteramente dedicados al ideal de integridad: uno de ellos (Dworkin, 1986, pp. 176-224) lo presenta como un ideal de toda comunidad política, que debiera reflejarse en el proceso institucional de producción de reglas comunes: la legislación. El otro capítulo (Dworkin, 1986, pp. 225-275) se refiere al ideal de integridad en la adjudicación, que constituye la “principal preocupación” de LE (Dworkin, 1986, p. 176). Pues bien, la frase citada por Waldron proviene de este segundo capítulo, sobre la integridad en la adjudicación, y se enmarca en una sección destinada a despejar la objeción de que Hércules (el juez que falla siguiendo el ideal de integridad) es “un fraude” porque, si es el caso que falla siguiendo un ideal moral o político, entonces falla motivado por consideraciones puramente subjetivas. Waldron cita la frase para mostrar su adhesión al ideal de un compromiso global de todos los miembros de la comunidad política con los principios de justicia y equidad, y con la integridad como el medio para alcanzar ese fin. Es decir, en esta contribución ya hay señales de que Waldron considera que la teoría del razonamiento jurídico de Dworkin

es una teoría a la que vale la pena suscribir; lo que contrasta con la presentación que hizo de ella en el capítulo nueve de LaD, donde lo principal era su frustración con la colisión entre integridad y justicia.

Si esta contribución de 2001 muestra un primer atisbo de la adhesión de Waldron al ideal de integridad dworkiniano, la contribución posterior en esta línea –“Legislating with Integrity” (Waldron, 2003)– da cuenta de modo definitivo del compromiso de Waldron con el ideal. En ella, Waldron pretende complementar el programa de LaD y DoL con el ideal de integridad, bajo la suposición de que una correcta teoría de la legislación democrática necesita una concepción de los principios que subyacen a la práctica en cuestión, y una elaboración del modo en que esos principios dan pie a un criterio de corrección de la práctica. En esa línea, Waldron le reconoce a Dworkin haber postulado un mandato de integridad dirigido a los legisladores, pero le reprocha una falta de dinamismo: el mandato se satisface si las leyes –el producto– muestran coherencia entre sí; pero no funda prescripciones para la actividad legislativa en sí misma (Waldron, 2003, p. 373).

Para Waldron, la actividad legislativa está gobernada por principios, en el sentido estrictamente dworkiniano del término. Estos principios no solo complementan las reglas explícitas (del proceso legislativo), sino que, “[s]u rol es también explicar por qué tenemos las reglas del proceso legislativo que tenemos, y proveer una base para determinar la manera apropiada de cumplir con esas reglas, y así poder reconocer cuándo hay integridad y cuándo hay falta de integridad a este respecto” (Waldron, 2003, p. 376).

Aquí no interesa el contenido de estos “principios de la legislación”,¹⁴ sino el impacto que esta recepción del postulado dworkiniano tiene en la caracterización de la adjudicación, pues, para Waldron no solo la actividad legislativa está gobernada por principios, sino también la actividad judicial. En un primer nivel, la actividad judicial está mediada por reglas procedimentales, a las cuales subyacen valores morales o principios (Waldron, 2003, p. 376).¹⁵ En un segundo nivel, la función de aplicar la ley al caso particular exige mostrar “fidelidad con la integridad del proceso legislativo”. Este mandato de fidelidad tiene el siguiente corolario: impone un deber de interpretar las disposiciones normativas evitando conclusiones arbitrarias. Para ello el juez puede-debe disponer del sentido político que subyace a la disposición legislativa concreta. Esto en parte implica corregir déficits de coherencia del proceso legislativo mismo, pero no implica necesariamente acudir a los registros de las discusiones legislativas buscando una intención que pueda atribuirse al cuerpo legislativo (Waldron, 2003, pp. 385-388). Lo crucial es que Waldron no reconoce ningún impedimento en tratar los principios –que subyacen tanto a las reglas que configuran el proceso judicial como a la función misma de adjudicar– como razones morales:

Por supuesto, los principios dworkinianos no son [autoritativos]. No tienen formulaciones canónicas y no pueden ser identificados usando criterios basados en fuentes, de la forma en que las reglas y los precedentes son identificados. Operan más bien como razones morales o como residuos de razonamiento moral incrustados en el derecho (Waldron, 2003, p. 384).

En mi opinión, esta adhesión a la construcción dworkiniana de los principios desautoriza la reconstrucción que Martí ofrece de una oposición radical entre el positivismo de Waldron y el anti-positivismo de Dworkin. Martí estaba en lo correcto al sostener que Waldron y Dworkin compartían un repudio a la reconstrucción analítica o puramente conceptual del sistema jurídico, pero se equivocó al pensar que la alternativa de Waldron sería una teoría formalista de la adjudicación.

En “The Concept and the Rule of Law” (Waldron, 2008a), Waldron comienza a tratar el “Estado de Derecho” como una concepción del sistema jurídico; una mucho más sofisticada que aquella que es heredera de *The Concept of Law* de Hart. Contra Raz –para Waldron, uno de los más importantes herederos de esa concepción– el derecho es presentado en esta contribución como un sistema institucionalizado, con un añadido: como un sistema “en algún sentido relacionado con la lógica, la coherencia y quizás incluso con aquello que Ronald Dworkin llamó ‘integridad’” (Waldron, 2008a, p. 33). Lejos de asociarse con un positivismo excluyente, Waldron se muestra cercano a una comprensión “argumentativa” del derecho –donde ve a Neil MacCormick como representante–; una comprensión que presta atención a la cultura argumentativa que sirve de matriz a las instituciones jurídicas (Waldron, 2008a, pp. 56-57).¹⁶

La oposición imaginaria entre las teorías del derecho de Waldron y Dworkin también produce el efecto de minimizar el rol del precedente judicial en la comprensión del derecho de Waldron. Esto es, bajo una interpretación superficial del positivismo democráticamente validado de Waldron, el precedente no juega ningún rol. Esto es un error. Motivado por esta búsqueda de una concepción argumentativa del derecho, Waldron defiende la vinculación del juez al precedente establecido en decisiones anteriores como consecuencia de la fidelidad al Estado de Derecho, además de postular la responsabilidad del juez que aplica el derecho en el presente para con el juez del futuro que quedará vinculado a la *ratio* de su decisión. Pero esta conexión entre Estado de Derecho y precedente vinculante solo es posible en la medida que los jueces muestren compromiso con el ideal de integridad al interpretar el derecho (Waldron, 2012c, pp. 16-17).

Un último ejemplo: el rol del derecho comparado como premisa normativa de decisiones judiciales. De nuevo, si Waldron quisiera que los jueces, para “preservar la dignidad de la legislación”, fueran “fieles a lo único que el legislador ha producido, el texto de la ley”, debiera repudiar, o al menos mostrarse particularmente escéptico al uso de derecho comparado en decisiones judiciales, porque esas normas están claramente fuera del “texto de la ley”, pues no forman parte de las disposiciones autoritativas que

se contienen en las leyes promulgadas por el legislador doméstico. De nuevo, esta conclusión es apresurada. Waldron no desprecia el uso de derecho comparado. De hecho, muestra simpatía por la idea de un derecho internacional como *ius gentium*, compuesto por un cuerpo de normas, disposiciones constitucionales y precedentes judiciales, provenientes de sistemas jurídicos de distintas naciones. Para Waldron, este *ius gentium* cuenta como derecho, no solo como derecho ‘comparado’ (Waldron, 2012b, p. 3). En *Partly Laws Common to All Mankind*, de 2012 (un libro que está dedicado a Ronald Dworkin), Waldron reconoce que esta adhesión al derecho internacional y comparado puede parecerle extraña a sus lectores, acostumbrados a asociarlo con una defensa fuerte a la autoridad democrática del legislador doméstico. Los textualistas (con los cuales Waldron se siente identificado) también tienen razones para objetar este movimiento. Waldron tiene respuestas para ambas objeciones, y en algunos casos los lectores pueden pensar que estas dejan en evidencia que Waldron ha abandonado la concepción fuerte de la autoridad democrática que defendía a fines de los noventa. Este es el caso, por ejemplo, de su respuesta a la objeción textualista: si el texto es el mismo (en dos leyes o dos constituciones de sistemas jurídicos distintos) ¿por qué no habría un textualista de apelar a las normas de un ordenamiento distinto? Mientras el textualismo no devenga en originalismo o intencionalismo (Waldron, 2012b, p. 167), Waldron no ve ningún problema (y ciertamente ninguna objeción posible desde el principio democrático o de soberanía) en apelar al derecho comparado en contextos de razonamiento judicial.

Pero el verdadero trabajo en esa respuesta no lo está haciendo la consideración, casi trivial, de que la sinonimia de las normas habilita al juez doméstico para invocar derecho comparado. El trabajo lo está haciendo la concepción argumentativa del derecho, que cruza fronteras y desconoce las particularidades e idiosincrasias de cada sistema jurídico. Waldron afirma que su idea de *ius gentium* descansa en la conjugación de un derecho universal y la “lógica dworkiniana de principios”:

Mi objetivo es combinar estos dos aspectos, tomándome en serio la posibilidad de que los [...] principios jurídicos puedan deducirse no solo de un único cuerpo de derecho positivo, en el sentido explicado por Dworkin, sino también de múltiples sistemas jurídicos tomados en conjunto. En efecto, puede ser que la presencia de ciertos principios no sea tan evidente en un sistema, pero que aparezca claramente al mirar una variedad de sistemas jurídicos. Y si este es el caso, entonces su presencia en tanto principios jurídicos será una característica del derecho del mundo –del derecho común a toda la humanidad– más que solo un rasgo del sistema jurídico individual en que se los encuentra, uno por uno (Waldron, 2012b, p. 67).

Esta comprensión argumentativa del derecho (que incluye como corolario la autoridad del precedente judicial y del derecho comparado) persiste incluso hasta su revisión del último libro de Dworkin sobre el derecho y la moral: *Justice for Hedgehogs*. Contra las opiniones divididas de los comentaristas de esta obra,¹⁷ y como buen

discípulo de Dworkin, Waldron recibió favorablemente la tesis de que el derecho es una rama de la moral (Waldron, 2013, pp. 13-45). No tuvo problemas para secundar esta tesis, porque la entendía como una extensión natural de la propuesta de LE, de que la interpretación del derecho por los jueces es una actividad intrínsecamente moral. El punto es que esta tesis, en la comprensión de Waldron, nunca tuvo por pretensión tomar partido en la pregunta por la apertura o clausura del derecho a argumentos de moral ordinaria. El deber de integridad puede implicar invocar los principios que Dworkin presentó en (Dworkin, 1977) (los cuales en todo caso deben ser tratados como estándares normativos propiamente jurídicos), pero –y estas son palabras de Waldron– por lo general implica decidir un caso discerniendo la mejor base para adecuar el derecho al caso¹⁸ y reconstruyendo el derecho en su mejor versión posible (Waldron, 2013, p. 4).¹⁹ Como se adelantó –y de nuevo parafraseando a Waldron– el material respecto del cual se adopta el punto de vista de la integridad excede la legislación, e incluye el precedente de decisiones judiciales anteriores, que abultan la matriz cultural (o, como lo llama Waldron, el “yacimiento arqueológico”) en que el juez está inserto (Waldron, 2013, p. 25). Esto puede ser entendido como un argumento sobre “la moral”, si se entiende que lo único moral que tiene es que enfatiza la importancia “moral” de adoptar una postura interpretativa que todos podamos compartir (Waldron, 2013, p. 24).²⁰ Waldron ya lo había explicado en “Judges as Moral Reasoners”, de 2009:

Dworkin cree que el razonamiento moral está presente en todos los estadios del razonamiento jurídico. Algunos comentaristas han tratado de presentar su teoría de la interpretación como un razonamiento de dos etapas: cuando estamos decidiendo entre dos posibles interpretaciones de un texto o una doctrina, hacemos (a) juicios sobre adecuación [fit] (que son conocidos juicios de tipo jurídico-técnico), y (b) juicios sobre el carácter moral; y (según Dworkin, o al menos así lo sugieren sus comentaristas), realizamos juicios del segundo tipo solo para romper los vínculos que puedan existir con los del primer tipo. Dworkin puede haber incentivado esta mala lectura en la forma en que expuso su teoría en *Law's Empire*. Pero yo creo que él ha dejado claro que esta distinción entre tipos de juicio es puramente expositiva y no tiene por objeto dar cuenta de los estilos de razonamiento independientes en los que se involucran los jueces (Waldron, 2009a, p. 12).

La mayoría del medio hispanoparlante entiende la propuesta de LE a la manera de “los comentaristas” a los que hace referencia Waldron; es decir, entienden que Dworkin propone dos actividades distintas en el razonamiento judicial: la adecuación del caso a la norma, y la argumentación propiamente moral. Waldron quiere despejar esta interpretación incorrecta de la propuesta de LE.²¹ Su objetivo último, como ya se ha hecho notar, es complementar su propia teoría democrática de la legislación con una correcta comprensión del rol de los jueces como aplicadores de leyes.²² Esto es lo que Gargarella y Martí no logran conciliar. Para ellos, una teoría democrática de

la legislación necesariamente conduce a un positivismo excluyente (o a textualismo/formalismo), comprensión que le imputan a Waldron.²³ Ahora podemos notar que el origen de dicha interpretación, errada, se encuentra en su comprensión del proyecto de Dworkin en LE.²⁴

Ahora bien, la pregunta importante es por qué Waldron necesita complementar la integridad dworkiniana con una teoría democrática de la legislación. La respuesta es evidente: en la teoría madura del derecho de Dworkin la legislación no juega un rol relevante. Atria lo explica:

Para el derecho como integridad, el hecho de que un sistema jurídico suponga legislación es marginal. Es extraño que [para] la idea del derecho como integridad [...] la idea de legislación (es decir, la forma institucional de identificar la voluntad del pueblo) no ocupe un lugar central [...] Dworkin así, inesperadamente, concurre con los autores positivistas que ataca en entender que la legislación es teóricamente irrelevante: el hecho de que un sistema jurídico reconozca la legislación como un modo de creación del derecho puede, desde el punto de vista de la teoría del derecho, ser ignorado (Atria, 2016, p. 317).

Pero Waldron no fue ingenuo, en el sentido de que para él era evidente que esta omisión del rol de la legislación en LE era un déficit importante. Notablemente, encuentra el origen de este déficit en una suerte de desencanto de Dworkin con el positivismo, el cual sería inversamente proporcional a su entusiasmo por la democracia. En “Can There be a Democratic Jurisprudence?” (Waldron, 2009c), Waldron explica esta desconexión de Dworkin con el derecho democráticamente producido, y declara sentirse llamado a cerrar esa brecha:

Ronald Dworkin ha sostenido que el positivismo jurídico estuvo alguna vez asociado a valores democráticos [...]. Dworkin piensa que esa conexión se ha perdido – en parte porque él asocia la democracia con una teoría de los derechos aplicados por jueces (y los positivistas, en su visión, nunca han defendido fuertemente esta idea) y en parte porque él piensa que los filósofos analíticos del derecho le han dado la espalda a *cualquier* tipo de vínculo político en su posición de guardianes del último respiro del positivismo.

Yo tengo más fe en la teoría positivista del derecho que Dworkin, y en lo que sigue dispondré de este aparato teórico como punto de partida en mi exploración de los prospectos de una teoría del derecho democrático [*democratic jurisprudence*]. No estoy sugiriendo con esto que una teoría del derecho democrático solo puede adoptar la forma del positivismo. Ni tampoco que la democracia es el destino del positivismo. Lo más que sostendré es que la teoría del derecho democrático ofrece una interpretación interesante de algunos elementos del positivismo jurídico contemporáneo que parecen extraños si se los analiza por sí mismos (Waldron, 2009c, pp. 682-683) (énfasis en el original).²⁵

Estos párrafos deben ser leídos con detención, y en correlación con las otras contribuciones de Waldron sobre teoría del derecho. Mi impresión es que la referencia a Dworkin, al inicio del primer párrafo, no es casual. Muestra que Waldron entiende su proyecto como la reivindicación de una conexión que Dworkin afirmó alguna vez,

pero que se perdió. En otras palabras, Waldron entiende que su propio proyecto debe completar una tarea que Dworkin dejó pendiente.

Ahora bien, la responsabilidad de la desconexión –entre el positivismo y el fundamento político del derecho– es de ambos: de Dworkin y del positivismo analítico. Dworkin se alejó del proyecto porque comenzó a entender la democracia como el foro en el que se desarrollan colisiones de derechos fundamentales, en vez de entenderla como la forma institucional que hace posible la expresión de la voluntad del pueblo. Por su parte, los positivistas analíticos se desentendieron de los fundamentos políticos del derecho en su afán reduccionista. ¿Qué se debe hacer? Waldron afirma al inicio del segundo párrafo que él “tiene más fe” que Dworkin en el positivismo. Esta aclaración es crucial, pero debe ser leída a la luz del primer párrafo. Esto es, no debe pensarse simplemente que la tarea de Waldron es reemplazar la concepción de la democracia de Dworkin, y ofrecer una alternativa al positivismo que no sea solo analítica. La ‘concepción de la democracia’ no da cuenta exhaustivamente de la sensibilidad política que Dworkin espera del derecho. Por cierto, fue eso lo que terminó por distanciar a Dworkin del positivismo, pero el fundamento político del derecho para Dworkin se encuentra en la integración de valores políticos en el razonamiento propiamente jurídico; es decir: en la integridad. La conexión que Waldron debe recomponer, entonces, es entre una práctica de creación y aplicación de derecho políticamente sensible –es decir, sensible al ideal de integridad– y las formas democráticas de creación de derecho (la legislación).

La frase final del párrafo también es importante. Dice Waldron: “[1]o más que sostendré es que la teoría del derecho democrático ofrece una interpretación interesante de algunos elementos del positivismo jurídico contemporáneo que parecen extraños si se los analiza por sí mismos.” En una línea similar, esta frase no debe ser leída como un *disclaimer* de humildad; es decir, como un reconocimiento del limitado alcance de la teoría. El énfasis debe ponerse en los “elementos del positivismo jurídico contemporáneo”, que solo adquieren sentido una vez que son mirados en conjunto, y en conexión con los fundamentos democráticos del derecho (ya que “parecen extraños si se los analiza por sí mismos”). Estos elementos son cinco: (a) la preocupación por la determinación de las fuentes institucionales de las normas jurídicas; (b) el énfasis en los procedimientos reglados de reconocimiento (validación) de normas como normas jurídicas; (c) la separabilidad del derecho y la moral; (d) el carácter público del derecho; y (e) la “generalidad” del derecho (Waldron, 2009c, pp. 683-684). Por ahora solo nos interesa (c), pues es en torno a este elemento que el medio hispanoparlante construye la oposición imaginaria entre Waldron y Dworkin. Sobre este elemento, Waldron adelanta que poco tiene que decir en esta contribución, y que “será menos importante para el argumento general” (Waldron, 2009c, p.683). Esto se explica porque lo único que Waldron tiene que decir (en 2009)

sobre la separabilidad es que para la teoría del derecho democrático es valioso que los desacuerdos se canalicen en procesos democráticos, lo que implica rechazar criterios materiales para juzgar la justicia de las normas adoptadas democráticamente (Waldron, 2009c, p.698). Esto es para Waldron “algo así como una versión democrática de la tesis de la separabilidad” (Waldron, 2009c, p.700).

¿Es esto positivismo “excluyente”? Mi impresión es que no tenemos ni siquiera bases para afirmar que esto equivalga al otrora positivismo “normativo”.²⁶ Es claro que a fines de los 2000 Waldron ya había decidido tomar distancia de la tesis defendida en “Positivismo Normativo (o Ético)”, en parte probablemente porque no quería seguir siendo asociado al positivismo excluyente. De todas formas, la etiqueta “teoría del derecho democrático” es mucho más representativa del proyecto general de Waldron que la etiqueta “positivismo normativo”, y eso explica que en su teoría madura haya decidido reemplazar esta por aquella. Lo que claramente subyace a este cambio de etiquetas es un desencanto con el estado de la discusión al interior del positivismo jurídico.²⁷ Mi impresión es que en esta contribución Waldron abandona la etiqueta porque concluye que ya no hay ninguna manera de rescatar el sentido original del positivismo (de rescatarlo de “los positivistas”). Quizás una teoría del derecho sensible a las exigencias de un sistema democrático pueda iluminar o hacer sentido de los propósitos originales del positivismo jurídico (ese es el espíritu que anima esta contribución), pero es claro que “el positivismo jurídico”, como disciplina, ya es incapaz de hacerlo por sí mismo.

En conclusión, a pesar de sus diferencias, y la muestra que se ha ofrecido en esta sección debiera bastar para comprobarlo, Waldron conservó de Dworkin el “modelo” que él ofreció para reconstruir el derecho y la función judicial, y lo complementó con un fundamento político original.²⁸ Rescatar la mejor versión de una propuesta teórica y complementarla con una contribución propia es, después de todo, el mejor reconocimiento que un maestro intelectual puede esperar de su discípulo.

IV. La integridad waldroniana: el eslabón ignorado

A lo largo de sus contribuciones sobre teoría del derecho –cuyo objeto no fuera criticar la revisión judicial, o defender la democracia como el foro apropiado para expresar desacuerdos– Waldron suscribe a una comprensión dworkiniana del razonamiento judicial. Pero esta comprensión tiene dos sentidos: en uno de ellos, el razonamiento judicial implica la posibilidad de invocar principios jurídicos, además de reglas formalmente establecidas; en el otro, la práctica misma de interpretar el derecho supone satisfacer un mandato de coherencia e integridad. Waldron suscribe a ambos sentidos indistintamente; esto es, nunca afirma explícitamente que uno de ellos sea la superación del otro. Esto es relevante para lo que sigue.

En paralelo a sus contribuciones sobre teoría del derecho y razonamiento jurídico, Waldron estuvo dedicado a reconstruir los conceptos de ‘tortura’ y ‘terrorismo’: un problema apremiante para el medio académico estadounidense después de los atentados terroristas de 2001, pero especialmente urgente tras la divulgación de los, así llamados, ‘memorandos sobre tortura’. Con ese rótulo se hace referencia a varios documentos de asesoría jurídica, los primeros redactados en 2002 por el entonces Fiscal General Adjunto de Estados Unidos, y divulgados en 2004, y otros redactados en 2005 por la Oficina de Asesoría Legal del Departamento de Justicia de Estados Unidos, cuyo objeto era proveer directrices técnicas a funcionarios de inteligencia y de policía, para aplicar medidas de tormento y tortura a prisioneros sospechosos de participar de la planificación o ejecución de atentados terroristas. La cuidadosa articulación jurídica de argumentos sobre la admisibilidad de ciertas formas de tortura en ciertos contextos motivó una profunda discusión en el medio académico jurídico estadounidense. Esta discusión versaba, en general, sobre los límites éticos a la asesoría jurídica de abogados del gobierno, pero incluía también reflexiones más profundas sobre los límites del razonamiento jurídico mismo.²⁹ Waldron participó de esa discusión y recopiló sus contribuciones en el volumen *Torture, Terror and Trade-Offs. Philosophy for the White House*, publicado en 2010 (Waldron, 2010b). Sin duda, el artículo gravitante de esta recopilación es el que se pregunta por la manera en que el positivismo jurídico tematiza la prohibición de tortura. En esa contribución (publicada originalmente en 2005) (Waldron, 2005), Waldron hace eco de las críticas dirigidas al positivismo jurídico por su falta de visión sistemática del derecho, en particular en lo que respecta a los estándares normativos que no están explícitamente formulados en las reglas: los principios (Waldron, 2010b, p. 225). Mostrando una vez más su linaje dworkiniano, Waldron resalta la importancia de interpretar el derecho buscando los principios subyacentes, pero esta vez dice ir más lejos que Dworkin:

A veces tenemos que inferir el principio o política subyacente, por ejemplo, de la forma sugerida por Dworkin en su teoría de la interpretación [la cita es a LE: capítulos 2 y 7]. En otras ocasiones, sin embargo –y aquí es donde voy más lejos que Dworkin– existe una disposición en un conjunto [de normas], la cual, en virtud de su fuerza, claridad, e impronta, expresa el espíritu que anima toda esa área del derecho. Se convierte así en una suerte de emblema, símbolo o ícono del todo: en mis palabras, se convierte en un *arquetipo* del espíritu del área del derecho en cuestión (Waldron, 2010b, p. 227) (énfasis en el original).

Debemos reparar en el propósito último de esta expansión de la construcción dworkiniana: la idea de que la prohibición de tortura (en rigor, la prohibición de brutalidad) es un *arquetipo* del derecho estadounidense (Waldron, 2010b, pp. 235 y ss.), esto es, un símbolo que no necesita una formulación explícita para operar como premisa normativa. El sentido en el que este movimiento supone una expansión de la construcción dworkiniana es bastante obvio. Por un lado, en lo conceptual,

la terminología de Waldron excede el marco conceptual dworkiniano; el elemento subyacente a la regla es más que un principio: es un emblema, un símbolo, un ícono, un arquetipo. Por otro lado, Waldron no está simplemente ofreciendo un criterio de corrección moral del razonamiento judicial (como puede pensarse que es al menos uno de los objetivos centrales de la teoría de los principios de Dworkin), sino un criterio de corrección de la agencia de cualquier funcionario del Estado, incluyendo los abogados que prestan asesoría jurídica a agencias de inteligencia, incluyendo a las policías, a los soldados, y en último término a todos los ciudadanos. Waldron quiere evitar la conclusión de que la política anti-tortura es una directriz dirigida únicamente al Estado, bajo el entendido de que es el Estado (como entidad) el que puede adoptar, o no, políticas de tortura. Para Waldron, “el principio” de prohibición de tortura se encuentra incrustado en el “Estado de Derecho”, que opera como mediador entre el Estado (entidad) y los funcionarios públicos (Waldron, 2010b, pp. 250-251). El Estado implementa una política “a través del derecho” (a través de leyes, decretos, instrucciones, etc.) de modo que siempre es relevante preguntarse qué implica la sujeción de un funcionario, o de un ciudadano, al derecho. En la comprensión de Waldron, implica estar sujeto tanto a reglas como a “arquetipos”.

Sabemos que el positivismo jurídico, en su obsesión por reconstruir el razonamiento de jueces, ignoró no solo el rol del Estado-Administrador como productor y aplicador de derecho (corregido a partir de 1989 por Edward Rubin), y el rol del Estado-Legislator como creador de derecho constreñido por un mandato de integridad (corregido a partir de 1999 por Waldron), sino también ignoró otras cuestiones importantes: el rol de los abogados en la interpretación del derecho; el rol de funcionarios policiales como aplicadores de derecho; y el rol de ciudadanos como destinatarios del derecho. Waldron extiende la matriz dworkiniana del razonamiento judicial a estos contextos variados de aplicación de derecho, en parte para corregir esas deficiencias. El objetivo último, más allá de los márgenes de la prohibición de tortura, es la reconstrucción del sistema jurídico como un sistema formal de coordinación del comportamiento que proyecta una comprensión del individuo (de la especie humana), que en tanto destinatario de normas jurídicas merece ser tratado con un tipo especial de respeto. A falta de otro concepto más expresivo, en la contribución sobre tortura que se está comentando Waldron reformula el ‘principio’ dworkiniano y lo presenta como un ‘arquetipo’ (en este caso, como un arquetipo de no brutalidad): un símbolo que subyace a ciertas áreas del derecho y que le sirve de matriz.³⁰ Pero una vez que se disponga de un concepto que sea expresivo de la idea de respeto que aquí importa, la noción de ‘arquetipo’ ya no será necesaria. En otro párrafo relevante de esta contribución sobre tortura Waldron deja ver el concepto que servirá de reemplazo; la idea de “dignidad humana”:

La idea es que incluso cuando el derecho opera usando la fuerza, no debe establecerse esa conexión, que existió en otros tiempos o en otros lugares, entre el derecho y la brutalidad. [...] En cambio, habrá una persistente conexión entre el espíritu del derecho y el respeto a la dignidad humana – un respeto a la dignidad humana incluso *in extremis*, en situaciones en las que el derecho ejerce fuerza y los sujetos están en una posición de absoluta vulnerabilidad. Pienso que la prohibición de tortura opera como un arquetipo de esta política general (Waldron, 2010b, pp. 232-233).

Aquí la idea de dignidad humana es mencionada al pasar, pero en contribuciones posteriores ella reemplazará por completo a la noción de ‘arquetipo’. Con este movimiento, el argumento se volverá más general y más abstracto: el punto no será simplemente que el derecho debe evitar la tortura, sino que el derecho además debe reconocer, y permitir, el ejercicio de capacidades comunicativas y manifestaciones de autonomía de parte del ciudadano. Ahora bien, una vez postulada la dignidad humana como “principio” del derecho será necesario dotarla de contenido.

La teoría de la dignidad humana de Waldron consta de dos pasos: el primer paso reconstruye una versión secular del fundamento de la dignidad, sobre la base de una matriz constructivista. En esta comprensión, la dignidad es una atribución igualitaria de un rango social elevado a todos los miembros de la especie humana; donde por ‘rango social elevado’ se entiende la jerarquía o estatus que alguna vez gozaron los miembros de ciertos estamentos (la nobleza) en una sociedad de castas.³¹ De esta forma, Waldron apela a una construcción social (los estamentos de una sociedad de castas) para ilustrar la importancia de distribuir igualitariamente el estatus conferido a una posición social, y con eso descarga de presión metafísica a la atribución de valor intrínseco a la humanidad.³² Pero es el segundo paso el que aquí más importa, porque allí se apela a la manifestación institucional de la construcción social que se presenta en el primer paso: la posición de sujeto de derechos y de destinatario de normas jurídicas. Esta posición, en la comprensión de Waldron, fundamenta una demanda de reconocimiento de la ‘dignidad humana’ de los destinatarios del derecho, que se traduce en una serie de exigencias que se imponen al ejercicio institucional de coacción reforzada jurídicamente.

Esta secuencia de dos pasos es explícita en la obra de Waldron, y se remonta a la primera formulación acabada de la teoría, en las Conferencias Tanner de 2009: *Dignity, Rank and Rights* (Waldron, 2012d) (en lo que sigue “DRR”). DRR se divide en dos conferencias: la primera ofrece el fundamento sustantivo a la reconstrucción del concepto de dignidad, y la segunda da cuenta de manifestaciones de reconocimiento de esa dignidad en el derecho. La primera conferencia asume desde el inicio el desafío de emplazar la cuestión de la dignidad humana en el ámbito de la teoría del derecho, y no en el ámbito de la filosofía moral. Dando cuenta, una vez más, de su linaje dworkiniano, Waldron afirma que, incluso si la ‘dignidad’ fuera entendida como la base

de los derechos fundamentales, no habría necesidad de tratar el concepto como un concepto moral. Esto porque la dignidad, en tanto fundamento, puede estar operando como un “principio” (en el sentido) dworkiniano, y eso implica que se trata de una razón jurídica, no moral:

Incluso allí donde se presenta la dignidad como la base de todos los derechos fundamentales –como en el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que los derechos que enuncia “derivan de la dignidad inherente de la persona humana”–, no es necesario presentarla como un valor moral. Después de todo, no solo las reglas de la superficie de un sistema jurídico son reglas propiamente jurídicas (como si todos los elementos más profundos tuviesen que ser identificados como “morales”). Sigo en esto a Ronald Dworkin, y sostengo que las bases o fundamentos de un sistema jurídico son también elementos jurídicos, ya sea se trate de políticas o principios [la referencia es a *Taking Rights Seriously*]. El derecho crea, contiene, cubre y constituye ideas como estas, no las toma simplemente prestadas de la moral (Waldron, 2012d, p. 15).³³

Ahora bien, esta presentación es preliminar. Como se decía, la segunda conferencia se extiende en las formas concretas de protección jurídica de esa dignidad. Pero el punto de presentar la dignidad como un principio jurídico, y no como un valor moral, es mostrar que el mandato de respeto a la dignidad puede fundar, internamente, una exigencia de una configuración determinada del orden jurídico.

Como es bien sabido, el sometimiento del derecho a una exigencia de configuración formal, como un postulado interno a la teoría del derecho, se debe (en la tradición anglosajona al menos) a Lon Fuller. Fuller postuló que las exigencias propias de un principio de legalidad eran en rigor requisitos de legitimidad, pero no solo de legitimidad formal (un sistema jurídico que dejaba de satisfacer los mandatos de la legalidad, decía Fuller, dejaba de ser un sistema jurídico). Fuller descompuso el contenido del principio de legalidad en ocho principios –(a) generalidad de las normas; (b) publicidad; (c) prospectividad; (d) claridad; (e) coherencia; (f) posibilidad de ser cumplidas por sus destinatarios; (g) estabilidad y (h) congruencia (Fuller, 1969, p. 214)– y los presentó como exigencias de la “moral interna” del derecho.³⁴

Sabemos que la teoría del derecho reaccionó de modo dubitativo al recibir la expresión “moral interna” del derecho, en especial dada su condición de criterio de legitimidad/validez del derecho. El positivismo jurídico, en particular, recibió con desconfianza la expresión. Esta controversia se dejó ver claramente en el célebre intercambio entre Hart y Fuller al respecto.³⁵ Como Waldron nota, el desacuerdo entre ambos se explica, principalmente, por la incapacidad de Hart de aprehender la idea de una exigencia “moral” dirigida a un sistema institucional como el derecho, que no tome la forma de un postulado de moral ordinaria (Waldron, 2008e).

Por otro lado, Fuller mismo ofrece, en apenas un pasaje de *The Morality of Law*, una indicación del origen de su preocupación por los postulados de la moral interna del derecho. Esta indicación debe ser tomada como una explicación del sentido en el que la moral interna es condición de legitimidad del derecho. Waldron cita el pasaje en la segunda conferencia de DRR:

Embarcarse en la empresa de someter la conducta humana a reglas supone [...] un compromiso con la idea de que el hombre es [...] un agente responsable, capaz de entender y seguir reglas [...] Cualquier desviación de los principios de la moral interna del derecho es una afrenta a la dignidad del hombre como agente responsable [...] (Fuller, 1969, p. 162).³⁶

La segunda conferencia de DRR se despliega, esencialmente, como una revisión de distintas manifestaciones de este postulado. La segunda conferencia identifica como formas de protección institucional de la dignidad humana las siguientes:³⁷ el debido proceso en su dimensión exclusivamente procesal, incluyendo el derecho fundamental del destinatario del proceso a ser oído por el tribunal; el derecho a la igualdad como no discriminación arbitraria; el derecho a representación legal; y el derecho a no ser sometido a tratos crueles y degradantes cuando se es objeto de coacción. Estas son, para Waldron, formas “menos obvias” en que el derecho puede vulnerar o reafirmar la dignidad de sus destinatarios. La comparación es con aquellas formas “obvias” en las que el derecho configura una prohibición explícita a la ‘degradación’ (afectación a la capacidad de auto-respeto). Esta forma (la que se desarrolla en la segunda conferencia de DRR) es “menos obvia” pero al mismo tiempo es “más profunda, más extendida y está más íntimamente ligada a la naturaleza misma del derecho” (Waldron, 2012d, p. 49).

Esto significa que el derecho satisface la exigencia de legalidad cuando permite al destinatario ejercer autónomamente sus derechos. Esta forma de mostrar respeto por su autonomía/dignidad está “más íntimamente ligada a la naturaleza misma del derecho” porque, bajo esta comprensión, las normas primarias del derecho tienen como principal ejecutor al destinatario. Crucial para la reconstrucción que Waldron ofrece de esta comprensión fullerriana del derecho es el supuesto de que el destinatario de las normas primarias, como miembro de la comunidad y hablante competente que es, puede razonablemente aprehender el sentido locucionario e ilocucionario de aquellas normas. Este supuesto altera levemente el peso específico del “principio de claridad”, que forma parte del tradicional listado de ocho principios de la moral interna del derecho de Fuller. En la comprensión de Waldron, las competencias lingüísticas del destinatario aseguran fidelidad al derecho incluso, y especialmente, allí donde las normas primarias no se formulan como reglas, sino como estándares cuya aplicación exige ponderación (Waldron, 2011).³⁸ Al hacer este movimiento, Waldron llega a conceder que ciertos estándares vagos (“predicados evaluativos”),

como ‘razonable’, ‘apropiado’, ‘agresivo’, o ‘cruel’ o ‘degradante’, deben interpretarse, por jueces y destinatarios, disponiendo del criterio que Dworkin llamó “lectura moral” (Waldron, 2011, p. 75),³⁹ pues esos conceptos abren un espacio para que hablantes competentes muestren que comparten una cultura común en torno a una práctica.⁴⁰

La confianza que muestra Waldron por la convergencia interpretativa de jueces y destinatarios en torno a conceptos vagos se explica por la convicción que adquiere, en sus escritos tardíos, de que el propósito de la “moral interna” del derecho es ofrecer espacios al destinatario para aplicar el derecho autónoma y responsablemente. Dice Waldron en la segunda conferencia de DRR:

La auto-aplicación es una propiedad importante de la manera en que operan los sistemas jurídicos. [...] Estos descansan en las capacidades de las personas de entendimiento práctico, auto-control, auto-supervisión y la modulación de su propio comportamiento sobre la base de normas que ellos pueden aprehender y comprender. Todo esto hace que el gobierno a través del derecho sea algo muy distinto de (digamos) el pastoreo de vacas con una picana de ganado o el dirigir un rebaño de ovejas con un perro. [...] Un énfasis generalizado en esta auto-aplicación es, en mi concepción, propio del derecho, y lo distingue marcadamente de sistemas de gobierno que operan primordialmente a través de la manipulación, el terror y el comportamiento galvanizado (Waldron, 2012d, p. 52).

Esta propiedad distintiva del derecho es identificada, en los escritos tardíos, con el reconocimiento y reforzamiento de la “dignidad humana”. Esto contrasta con la comprensión temprana que Waldron tenía del proyecto de Fuller. A principios de los años noventa, Waldron se preguntaba si el objetivo del derecho, en el proyecto de Fuller, era (i) coordinar de modo eficiente la acción, (ii) permitir el ejercicio de libertad, o (iii) asegurar fidelidad al derecho (Waldron, 1994b). En esta contribución temprana, Waldron reconstruye los principios de la moral interna del derecho de Fuller en su mejor versión, sosteniendo que el objetivo último de estos principios es asegurar, en un marco de reciprocidad entre gobernantes y gobernados, la fidelidad de los segundos al derecho. Lo notable es que aquí el párrafo sobre (el reconocimiento de) la dignidad humana (como fundamento de la moral interna) de *The Morality of Law* (el mismo que aparecerá luego citado en la segunda conferencia de DRR) es descartado de plano como una respuesta satisfactoria a la pregunta: “¿para qué tenemos un sistema jurídico?” Esto porque Waldron interpretó entonces el párrafo como haciendo referencia a la libertad negativa del destinatario del derecho. En esa línea, afirmó que lo que había en el párrafo era una hipérbole, pues era absurdo pensar que un alejamiento de las exigencias de la moral interna del derecho transformaba automáticamente a sus destinatarios en “algo menos que un agente libre” (Waldron, 1994b, p. 267). Al interpretar la idea de responsabilidad como libertad negativa, Waldron pasó por alto la importancia de la ‘dignidad’ en el párrafo.⁴¹

Ahora bien, que en DRR ese párrafo sobre la dignidad de *The Morality of Law* se haya vuelto central, cuando fue descartado a principios de los años noventa, se explica por la influencia decisiva de la concepción dworkiniana del derecho en el esfuerzo de Waldron por responder las preguntas definitivas de la teoría del derecho. Recuérdesse que en la primera conferencia de DRR la dignidad humana es presentada como un “principio” del derecho, en el sentido estrictamente dworkiniano del término. Como se dijo más arriba, Waldron nunca afirmó la primacía de una concepción dworkiniana por sobre otra: principios o integridad, ambos apuntan, en la comprensión de Waldron, a la misma idea; a un trasfondo cultural compartido entre aplicadores del derecho, sean jueces o destinatarios. La dignidad humana no es, entonces, un valor moral; es el fundamento del derecho. En estos términos, la teoría del derecho tardía de Waldron se muestra como la mejor versión de la idea de moral interna del derecho de Fuller, hecha posible por una reconstrucción, a su vez, de la mejor versión de la idea de integridad de Dworkin.

V. Conclusión

La conclusión del apartado anterior se sigue de una lectura atenta de las contribuciones de Waldron sobre teoría del derecho. Pero será probablemente una conclusión resistida por el medio académico hispanoparlante, porque el espectro de publicaciones aquí considerado es subestimado por este medio, por no ajustarse al canon de material doctrinario que el medio considera propiamente waldroniano. Concluyo con una última referencia a uno de los más importantes representantes de ese medio.

Roberto Gargarella introduce su reseña a *Political Political Theory* celebrando y destacando la publicación del volumen, con el objetivo explícito de “contrastar este libro con otros aparecidos en los últimos años, también del mismo autor que, sin carecer de valor, mostraban un nivel de interés o profundidad teórica menores” (Gargarella, 2016, p. 115). Gargarella se refiere, con “otros libros”, a obras como DRR y la colección *Torture, Terror and Trade-Offs* (Gargarella, 2016, nota 1). La razón por la que estas obras presentan, en opinión de Gargarella, un “nivel de profundidad teórica menor” –en comparación con LaD, DoL y los ensayos que componen *Political Political Theory*–, no se explica, en realidad, por la genuina profundidad teórica, mayor o menor, de las obras en cuestión. No hay nada más o menos profundo en LaD, por ejemplo, si se lo compara con la colección sobre tortura y terrorismo. La razón por la que Gargarella ve menos profundidad en estas otras obras, y en definitiva “menos interés”, es porque no se ajustan al canon filosófico que el medio hispanoparlante tradicionalmente asocia con Waldron: críticas a la revisión judicial y defensas a cierta concepción de la democracia.⁴² *Political Political Theory* contiene algunos ensayos de escasa profundidad (en particular los

dos últimos), y no contiene ningún ensayo sustantivo sobre razonamiento jurídico, pero trae de vuelta las discusiones sobre revisión judicial y democracia, que el medio hispanoparlante considera en general “profundas” e “interesantes”. Gargarella y el medio probablemente ven en obras como DRR una laguna teórica; un excursus sobre filosofía moral que aleja al autor de las cuestiones en cuya discusión se muestra más coherente. En otras palabras, lo que el medio hispanoparlante no logra ver, en esas contribuciones, es el hilo conductor del proyecto general de Waldron. La tesis de este artículo es que esa miopía se debe a la nula atención que ha recibido el rol de la teoría dworkiniana del razonamiento jurídico en la obra de Waldron.

Una teoría del derecho “profunda” no puede sino tematizar, como lo hace DRR, la importancia del respeto al destinatario como principio del sistema jurídico. En esto Waldron anticipó y vislumbró el camino que la teoría del derecho debía recorrer después de articular coherentemente una comprensión no formalista de la función judicial. En los años noventa, Waldron le reprochó al positivismo ignorar la legislación como modo democrático de producción del derecho, y se preocupó de articular una concepción de la legislación como una actividad orientada por un mandato de integridad. Ese trabajo dejaba el camino despejado para volver a la función judicial, pero ahora reformulada como una función comprometida con un ideal de lealtad para con esa legislación democráticamente producida. Esa fidelidad a la legislación el juez la expresa persiguiendo en el ejercicio de su función la misma integridad que constriñe a los legisladores. Finalmente, en ese proceso de expansión la integridad debe alcanzar también a otros funcionarios del Estado encargados de aplicar el derecho, y en último término debe alcanzar a los propios destinatarios del derecho, pues ellos son los primeros aplicadores de las normas jurídicas. El derecho puede esperar de ellos, también, fidelidad. Esa expectativa de fidelidad que el derecho espera del ciudadano se funda en la dignidad humana, la cual debe serle reconocida y asegurada por el derecho mismo, por medio de la habilitación de espacios que le permitan al ciudadano el ejercicio autónomo de sus capacidades comunicativas, especialmente en aquellos contextos en los que el derecho autoriza el uso de alguna forma de coacción. En estos términos, la integridad dworkiniana, como vehículo del ideal de fidelidad al derecho, hace de eslabón entre una teoría de la legislación democrática y una teoría de la dignidad humana como principio del derecho.

Agradecimientos

Agradezco a Jaime de Rosas, Felipe Jiménez, Marcela Prieto y Francisco Saffie, por comentarios a un primer borrador. También a Vicente Benítez y Sergio Verdugo, por recomendaciones bibliográficas. Este trabajo fue presentado en el “Workshop sobre Jeremy Waldron”, realizado en el contexto de las XXXII Jornadas de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, el 23 de agosto de 2018, en la Universidad de Buenos Aires. Agradezco a Juan Pablo Alonso y Claudina Orunesu por la invitación, y a

Juan Iosa y Paula Gaido por comentarios. Las reflexiones de Jeremy Waldron ofrecidas como respuesta a las presentaciones del taller también sirvieron de insumo para la versión final.

Referencias bibliográficas

- Asgeirsson, Hrafn, 2015: “On the Instrumental Value of Vagueness in the Law”. *Ethics*, vol. 125, núm. 2, pp. 425-448.
- Atria, Fernando, 2000: “Verdad, Política, Derecho”. *Ius et Praxis*, vol. 6, núm. 1, pp. 561-571.
- _____, 2011: “Lo que Importa sobre los Principios” en Carbonell, Flavia, Rodrigo Coloma y Raúl Letelier (eds.), *Principios Jurídicos. Análisis y Crítica*. Santiago, Legal Publishing.
- _____, 2016: *La Forma del Derecho*. Madrid, Marcial Pons.
- Bayón, Juan Carlos, 2003: “Derechos, democracia y constitución”, en Francisco Laporta (ed.), *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- _____, 2004: “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo” en Jerónimo Betegón et al. (eds.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Cane, Peter (ed.), 2010: *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*, Oxford, Hart Publishing.
- de Lora, Pablo, 1996: “Sobre la justicia constitucional. Reflexiones a partir del libro de Roberto Gargarella (La justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial)”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XIII, pp. 371-380.
- Dworkin, Ronald, 1977: *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Harvard University Press.
- _____, 1985: *A Matter of Principle*. Cambridge, Harvard University Press.
- _____, 1986: *Law’s Empire*. Cambridge, Harvard University Press.
- _____, 1990: *A Bill of Rights for Britain*. London, Chatto and Windus.
- _____, 1996: *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, Harvard University Press.
- _____, 2006: *Is Democracy Possible Here?* Princeton, Princeton University Press.
- _____, 2011: *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, Harvard University Press.
- Fallon, Richard, 2008: “The Core of an Uneasy Case for Judicial Review”. *Harvard Law Review*, vol. 121, núm. 7, pp. 1693-1736.
- Ferreres, Victor, 1997: *Justicia constitucional y democracia*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- _____, 2001: “Una defensa a la rigidez constitucional”. *Doxa*, núm. 23, pp. 29-47.
- Fuller, Lon, 1969: *The Morality of Law*. New Haven, Yale University Press.
- Gargarella, Roberto, 1996: *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona, Ariel.

- Gargarella, Roberto y José L. Martí, 2005: “Estudio Preliminar: La Filosofía del Derecho de Jeremy Waldron: Convivir entre Desacuerdos”, en Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*. Madrid, Marcial Pons.
- _____, 2016: “Reseña a *Political Political Theory*”. *Derecho y Crítica Social*, vol. 2, núm. 1, pp. 115-124.
- González Bertomeu, Juan (ed.), 2018: *Jeremy Waldron: Contra el Gobierno de los Jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*. Buenos Aires, Siglo XXI Editores.
- Greenberg, Karen (ed.), 2008: *The Torture Debate in America*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Hare, Ivan y James Weinstein (eds.), 2009: *Extreme Speech and Democracy*. Oxford, Oxford University Press.
- Loughlin, Martin, 2017: *Political Jurisprudence*. Oxford, Oxford University Press.
- MacCormick, Neil, 2005: *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*. Oxford, Oxford University Press [en castellano: *Retórica y Estado de Derecho. Una teoría del razonamiento jurídico*, Lima, Palestra Editores, 2016].
- MacKinnon, Catharine, 1993: “Pornography, Civil Rights and Speech”. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 28.
- Manning, John F., 2003: “The Absurdity Doctrine”. *Harvard Law Review*, vol. 116, pp. 2387-2486.
- _____, 2005: “Textualism and Legislative Intent”. *Virginia Law Review*, vol. 91, pp. 419-450.
- _____, 2006: “What Divides Textualist from Purposivists?”. *Columbia Law Review*, vol. 106, pp. 70-111.
- Marmor, Andrei, 1992: *Interpretation and Legal Theory*. Oxford, Clarendon Press.
- _____(ed.), 1995: *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy*. Oxford, Oxford University Press.
- _____, 2005: “The Immorality of Textualism”. *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 38, pp. 2063-2079.
- _____, 2011: *Positive Law and Objective Values*. Oxford, Clarendon Press.
- _____, 2014: *The Language of Law*. Oxford, Oxford University Press.
- Martí, José L., 2008: “Sobre la Normatividad de la Filosofía del Derecho”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XXV, pp. 427-454.
- Plaxton, Michael, 2011: “Reflections on Waldron’s Archetypes”. *Law and Philosophy*, vol. 30, núm. 1, pp. 77-103.
- Quist, Kees y Wouter Veraart, 2009: “‘The Soviet Union did not have a legal system’: An interview with Jeremy Waldron on the methodology debate, historic injustice and the citation of foreign law”. *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie*, vol. 38, pp. 37-49.

- Reeves, Anthony, 2016: "Reasons of Law: Dworkin on the Legal Decision". *Jurisprudence*, vol. 7, núm. 2, pp. 210-230.
- Rubin, Edward, 1989: "Law and Legislation in the Administrative State". *Columbia Law Review*, vol. 89, núm. 3, pp. 369-426.
- _____, Feeley, Malcolm, 1996: "Creating Legal Doctrine". *Southern California Law Review*, vol. 69, pp. 1989-2037
- Siegel, Jonathan, 2009: "The Inexorable Radicalization of Textualism". *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 158, pp. 117-178.
- Stacey, Richard, 2010: "Democratic Jurisprudence and Judicial Review: Waldron's Contribution to Political Positivism". *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 30, núm. 4, pp. 749-773.
- Sunstein, Cass y Adrian Vermeule, 2003: "Interpretation and Institutions". *Michigan Law Review*, vol. 101, pp. 885-951.
- Verdugo, Sergio, 2013: "La Discusión Democrática sobre la Revisión Judicial de las Leyes de Diseño Institucional y Modelos Constitucionales". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, núm. 1, pp. 181-223.
- Waldron, Jeremy, 1993a: *Liberal Rights. Collected papers 1981-1991*. Cambridge, Cambridge University Press.
- _____, 1993b: "A Right-Based Critique of Constitutional Rights". *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, núm. 1, pp. 18-51.
- _____, 1994a: "Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues". *California Law Review*, vol. 82, núm. 3, pp. 509-540.
- _____, 1994b: "Why Law - Efficacy, Freedom, or Fidelity?". *Law and Philosophy*, vol. 13, núm. 3, pp. 259-284.
- _____, 1997: "The Circumstances of Integrity". *Legal Theory*, vol. 3, núm. 1, pp. 1-22.
- _____, 1999a: *Law and Disagreement*. Oxford, Oxford University Press [en castellano: *Derecho y desacuerdos*. Madrid, Marcial Pons, 2005].
- _____, 1999b: *The Dignity of Legislation*. Cambridge, Cambridge University Press.
- _____, 1999c: "All We Like Sheep". *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 12, núm. 1, pp. 169-188.
- _____, 2001a: "Normative (or Ethical) Positivism", en Coleman, Jules (ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*. Oxford, Oxford University Press [en castellano: "Positivismo Normativo (o Ético)" en M.E. Orellana Benado (ed.), *Causas Perdidas*. Santiago, Catalonia, 2011].
- _____, 2001b: "Does Law Promise Justice?". *Georgia State University Law Review*, vol. 17, núm. 3, pp. 759-788.

- _____, 2003: "Legislating with Integrity". *Fordham Law Review*, vol. 72, núm. 2, pp. 373-394.
- _____, 2004a: "The Rule of Law as a Theater of Debate", en Justine Burley (ed.), *Dworkin and His Critics*. New Jersey, Blackwell Publishing.
- _____, 2004b: "Some Models of Dialogue Between Judges and Legislators", en Grant Huscroft, Ian Brodie (eds.), *Constitutionalism in the Charter Era*. Markham, LexisNexis.
- _____, 2005: "Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House". *Columbia Law Review*, vol. 105, núm. 6. Pp. 1681-1750.
- _____, 2006a: "The Core of the Case against Judicial Review". *Yale Law Journal*, vol. 115, núm. 6, pp. 1346-1406. [en castellano: "El centro de la argumentación contra el control judicial de la legislación", en Jorge Fabra, Leonardo García (eds.), *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales*, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2015; Juan González Bertomeu (ed.): *Jeremy Waldron: Contra el Gobierno de los Jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*. Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2018].
- _____, 2006b: "Principles of Legislation", en Richard Bauman, Tsvi Kahana (eds.), *The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State*. Cambridge, Cambridge University Press.
- _____, 2007a: "Public Reason and "Justification" in the Courtroom". *Journal of Law, Philosophy and Culture*, vol 1, núm. 1, pp. 107-134.
- _____, 2007b: "Dignity and Rank: In memory of Gregory Vlastos (1907-1991)". *European Journal of Sociology*, vol. 48, núm. 2, pp. 201-237.
- _____, 2007c: "Legislation and the Rule of Law". *Legisprudence*, vol. 91, núm. 1, pp. 91-123.
- _____, 2008a: "The Concept and the Rule of Law". *Georgia Law Review*, vol. 43, núm 1, pp. 1-61.
- _____, 2008b: "Did Dworkin Ever Answer the Critics?", en Scott Hershovitz (ed.), *Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin*. Oxford, Oxford University Press.
- _____, 2008c: "Postscript: Originalism and Judicial Authority". *British Journal of American Legal Studies Studies*, vol. 6, núm. 1, pp. 137-143.
- _____, 2008d: "Lucky in Your Judge", *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 9, núm. 1, pp. 185-216.
- _____, 2008e: "Positivism and Legality: Hart's Equivocal Response to Fuller". *New York University Law Review*, vol. 83, pp. 1-29.
- _____, 2009a: "Judges as Moral Reasoners". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, núm. 1, pp. 2-24.

- _____, 2009b: "Refining the question about judges' moral capacity", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, núm. 1, pp. 69-82.
- _____, 2009c: "Can There Be a Democratic Jurisprudence?". *Emory Law Journal*, vol. 58, núm. 3 [en castellano: "¿Puede haber una Teoría del Derecho Democrática?", en Francisco Mora (ed.), *Democracia. Ensayos de filosofía política y jurídica*. México, Fontamara, 2015].
- _____, 2010a: "The Rule of Law and the Importance of Procedure". *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, Paper 234.
- _____, 2010b: *Torture Terror and Trade-Offs*. Oxford, Oxford University Press.
- _____, 2010c: "Inhuman and Degrading Treatment: The Words Themselves". *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 23, núm. 2, pp. 269-286.
- _____, 2011: "Vagueness and the Guidance of Action", en Andrei Marmor, Scott Soames (eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*. Oxford, Oxford University Press.
- _____, 2012a: *The Harm in Hate Speech*. Cambridge Mass., Harvard University Press.
- _____, 2012b: *Partly Laws Common to All Mankind*. New Haven, Yale University Press.
- _____, 2012c: "Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach". *Michigan Law Review*, vol. 111, núm. 1, pp. 1-31.
- _____, 2012d: *Dignity, Rank, and Rights*. Oxford, Oxford University Press.
- _____, 2012e: "How Law Protects Dignity". *Cambridge Law Journal*, vol. 71, núm. 1, pp. 200-222.
- _____, 2013: "Jurisprudence for Hedgehogs". *NYU School of Law*, Public Law Research Paper No. 13-45.
- _____, 2014: "Judicial Review and Judicial Supremacy". *NYU School of Law*, Public Law Research Paper No. 14-57 [en castellano: Juan González Bertomeu (ed.): *Jeremy Waldron: Contra el Gobierno de los Jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*. Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2018].
- _____, 2016: *Political Political Theory*. Cambridge, Harvard University Press.
- _____, 2017: *One Another's Equals. The Basis of Human Equality*. Cambridge, Harvard University Press.
- Wendel, W. Bradley, 2005: "Professionalism as Interpretation". *Northwestern University Law Review*, vol. 99, núm. 3, pp. 1167-1233.
- Zapata, Patricio, 2008: *Justicia Constitucional*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

Notas

- 1 Este rol simbólico se explica, en parte, por un énfasis en los genuinos desacuerdos que ambos han sostenido por escrito (en rigor, críticas de Waldron a teorías de Dworkin). Hasta donde llega mi conocimiento, estos desacuerdos se han manifestado en tres contextos: (a) El más divulgado, sin duda, es el contexto de la discusión sobre la legitimidad de la revisión judicial de constitucionalidad de legislación, que es defendida por Dworkin, de modo prominente en FL, y resistida por Waldron, en LaD, DoL, y contribuciones posteriores. (b) El segundo contexto es el de la legitimidad del discurso de odio. Dworkin defiende el discurso de odio, de la misma forma que ha defendido, contra el feminismo, la pornografía como discurso (véase los capítulos 9 y 10 de Dworkin, 1996, que son reediciones de entradas en el *New York Review of Books* de principios de los noventa, y principalmente objeciones a MacKinnon, 1993. Waldron, en *The Harm in Hate Speech* (2012a), le dedica un capítulo a la defensa de Dworkin al discurso de odio, que se basa en la legitimación democrática de la legislación que protege a aquellas minorías que son objeto del discurso de odio (esa defensa se encuentra en el prólogo al volumen sobre discurso de odio (Hare y Weinstein, 2009) a cargo de Dworkin). Waldron responde que todo ciudadano tiene derecho a objetar y criticar el contenido de la legislación antidiscriminación, y que no necesita para ello expresar odio en su discurso (Waldron, 2012a, p. 183). (c) Waldron y Dworkin también discrepan en torno al fundamento de la ‘dignidad humana’. Waldron le reprocha a Dworkin asociar el concepto ‘dignidad’ a dos principios – el principio del “valor intrínseco” y el principio de la “responsabilidad personal”, en Dworkin, 2006, pp. 9-10– simplemente por estipulación. Esto es, Waldron objeta que, en la comprensión de Dworkin, la ‘dignidad’, en tanto concepto, carece de contenido propio: el concepto solo reúne dos principios que gran parte de la filosofía política occidental comparte, pero no está dotado de un fundamento propio o independiente. Waldron ofrecerá, en cambio, un fundamento constructivista y no metafísico para la dignidad (véase *infra*: sección cuarta).
- 2 Marmor defendió una concepción intencionalista del razonamiento jurídico en Marmor, 1992. Waldron criticó la tesis en un artículo originalmente publicado en 1994, y reimpresso, primero en una colección editada por el propio Marmor (1995), y luego en el capítulo seis de LaD (pp. 119-146). Marmor responde a la crítica de Waldron en Marmor, 2011, pp. 89-111. Notablemente, en Marmor, 2014, Marmor parece asumir su derrota, presentando una defensa mucho menos vigorosa del intencionalismo, y reconociendo la fuerza de las objeciones principales del textualismo (véase pp. 110-113).
- 3 En la taxonomía que ofrecen, con un propósito crítico, Sunstein y Vermeule (2003), tanto el modelo de la integridad de Dworkin como el *purposivism* de Henry Hart y Albert Sacks se presentan como alternativas al positivismo de H.L.A. Hart, en lo que ellos identifican como la “era moderna” (entre los sesenta y los ochenta). En el período que ellos llaman “teoría contemporánea” (desde los noventa), sitúan el “dinamismo” de William Eskridge, el “textualismo” de John Manning, y el “pragmatismo” de Richard Posner (pp. 897-913). Gargarella y Martí ubicarían a Waldron, en esta taxonomía, en el textualismo contemporáneo, y quizás también en el positivismo de herencia hartiana. Este artículo sostiene que Waldron está más cerca de la integridad dworkiniana de lo que se cree, e incluso del *purposivism* de Hart

y Sacks; aunque, por cierto, sin descartar la herencia positivista hartiana (Waldron no aparece en la taxonomía de Sunstein y Vermeule) (véase *infra*: nota 22).

- 4 Es decir, Waldron sería insensible a la condición de derrotabilidad de las normas jurídicas, o lo que en el contexto anglonorteamericano se desarrolló jurisprudencialmente desde el siglo XIX como la “doctrina de los resultados absurdos” (*absurdity doctrine*). Como lo declaró la Corte Suprema Federal de Estados Unidos en el caso *Sturges v. Crowinshield* de 1819, en virtud de esta doctrina el juez puede apartarse del texto de la ley cuando “lo absurdo e injusto de aplicar la disposición al caso es tan monstruoso, que toda la humanidad, sin vacilación, se uniría en rechazo a su aplicación”: citado en Manning, 2003, p. 23-88.
- 5 De todos modos, considérese solo la muestra que ofrecen Gargarella y Martí en el estudio preliminar, de la influencia de LaD en contribuciones académicas sobre “el problema del carácter contra-mayoritario del control judicial de constitucionalidad”. Las obras en castellano que citan son: Gargarella, 1996; Ferreres, 1997; Ferreres, 2001; Bayón, 2003; y Bayón, 2004. En general, estos trabajos proponen defensas más o menos moderadas al control judicial de constitucionalidad de legislación, asumiendo la objeción democrática a la institución. En ese sentido específico cuentan como ejemplos de la influencia de Waldron en Iberoamérica. Esto es evidente, por ejemplo, en “Derechos, democracia y constitución” de Bayón, que dialoga abiertamente con la crítica de Waldron al constitucionalismo, la cual considera “la más lúcida y potente [y] también, ciertamente, la de consecuencias más radicales” (Bayón, 2003, p.70) (con referencias, en todo caso, a contribuciones previas a LaD). En el caso de “Una defensa a la rigidez constitucional” de Ferreres, y el influyente *La justicia frente al gobierno* de Gargarella, la “influencia de Waldron” es implícita, pues en estos trabajos no se cita un solo trabajo de su autoría (la ausencia de referencias a Waldron en la monografía de Gargarella es notada críticamente por Pablo de Lora, en de Lora, 1996, pp. 371-380).
- 6 Correctamente Atria, 2016, p. 252.
- 7 Verdugo es explícito en esto, sin perjuicio de que reconoce que otras contribuciones pueden ser relevantes: “Probablemente [dice], el trabajo más importante es [LaD]. Otro trabajo que ha causado impacto es [CCJR]. No obstante que yo tomaré como referencia central estos dos trabajos citados (por ser los más directos en la materia), debe considerarse que Jeremy Waldron ha esbozado su crítica en otros artículos o libros [...]” (Verdugo, 2013, nota 3).
- 8 Mi impresión es que el origen de esta comprensión se encuentra en la influyente monografía (en el medio chileno) de Patricio Zapata sobre la jurisdicción constitucional (Zapata, 2008). Zapata se refiere brevemente a las críticas de Waldron a la revisión judicial (pp. 52-57), pero en su exposición de la crítica deja establecido un marco que es claramente replicado en la contribución de Verdugo, al menos en lo que respecta al espectro bibliográfico (LaD, DoL, y CCJR), y a la idea de que la crítica de Waldron se dirige principalmente a FL (sin especificar en qué parte de LaD es FL el objeto de ataque). Véase Zapata, 2008, p. 53.
- 9 El énfasis es añadido. En lo que sigue se cita la versión de CCJR reeditada (como capítulo 9) en *Political Political Theory* (Waldron, 2016, pp. 195-245). Esta versión revisada ofrece en varias

notas al pie respuestas a la célebre crítica de Richard Fallon al artículo original de 2006. Véase Fallon, 2008.

- 10 De hecho, en una contribución posterior a CCJR, Waldron llega a aceptar la “lectura moral” de Dworkin, en consideración a que el genuino problema no es la teoría de interpretación constitucional que los jueces adopten, sino la posibilidad de que se autoproclamen “soberanos supremos”. Dice Waldron:

Acepto el argumento de Ronald Dworkin en cuanto a que, cuando el lenguaje se usa de esta manera [conceptos como ‘cruel’ o ‘inadmisibles’, en la octava y cuarta enmienda de la constitución de Estados Unidos, respectivamente], la responsabilidad de formular los juicios de valor relevantes recae en los jueces del siglo XXI; ellos no tienen la obligación ni tampoco el derecho de prestar deferencia a la forma en que se habrían hecho esos juicios en 1791, cuando esas enmiendas se introdujeron [referencia a FL]. Eso no es supremacía judicial: son los jueces que cumplen con las instrucciones que les da la constitución.

Pero si un tribunal va *más allá* de esto y desarrolla nuevos puntos de vista acerca de lo que (según el tribunal) la constitución debería haber prohibido (aunque no lo hizo) y toma decisiones sobre la base de esos puntos – para actualizar la constitución – entonces el documento constitucional deja de ser el fundamento para restringir el poder del tribunal (Waldron, 2014, p. 40) (énfasis en el original).

- 11 En estricto rigor, lo que ha ocurrido es que, por influencia del constitucionalismo, la teoría del derecho iberoamericana ha exagerado la importancia de la pregunta por el rol de la moral ordinaria en el derecho. Lo anterior lo evidencia el trabajo, por parte de los teóricos del derecho, de reivindicación de la idea de ‘principios’ de la obra temprana de Dworkin, y su fusión con la teoría de la “lectura moral” de la constitución –todo esto bajo la influencia de la teoría del razonamiento jurídico-constitucional de Robert Alexy–. Esto va en desmedro, de una correcta interpretación del modelo de razonamiento jurídico propuesto por Dworkin en LE. Este argumento en Atria, 2011.
- 12 Este capítulo ha sido en general ignorado por los comentaristas hispanoparlantes de LaD. Gargarella y Martí no lo mencionan en su estudio preliminar. Si bien mencionan la idea waldroniana de ‘circunstancias de la política’, y la asocian, correctamente, a las ‘circunstancias de la justicia’ de Rawls (Gargarella, Martí, 2005, p. 18), en ninguna parte introducen las ‘circunstancias de la integridad’ como otra posible expansión de la noción rawlsiana. Fernando Atria también ignora por completo el capítulo en su temprana reseña a LaD (Atria, 2000). Es

evidente que en estas omisiones se encuentra el origen de la comprensión sesgada de la teoría del razonamiento jurídico de Waldron.

- 13 Citado en Waldron, 2001b, p. 788.
- 14 Los siete principios de la legislación que Waldron postula se encuentran desarrollados en Waldron, 2006b.
- 15 En varias contribuciones, Waldron le ha reprochado a la teoría del derecho ignorar la configuración normativa del proceso judicial. Representativamente, Waldron, 2010a (contra concepciones puramente “formales” del Estado de Derecho).
- 16 La referencia es a MacCormick, 2005, lo que es notable, si se considera que lo que este volumen (una compilación de contribuciones de MacCormick publicadas en los años ochenta y noventa) busca mostrar, es precisamente la influencia de Dworkin en la comprensión del derecho de MacCormick, y su progresivo alejamiento del marco conceptual hartiano. Esta nota al pie es apropiada para remarcar el sesgo de confirmación con el que Martí interpreta a Waldron. En Martí, 2008, el autor considera parte del aparato bibliográfico que hemos utilizado en esta sección. Específicamente, transcribe un párrafo sobre el Estado de Derecho, extraído de (el entonces manuscrito) “The Concept and the Rule of Law”. El párrafo dice que el Estado de Derecho, como ideal, “[m]ira hacia un mundo en el que las personas que ocupan cargos de poder ejercen dicho poder dentro de un marco limitador de reglas públicas, y no sobre la base de sus propias preferencias, de su ideología o de su sentido personal de lo correcto y lo incorrecto” (Martí, 2008, p. 446). Martí cree que en ese párrafo se encuentra la concepción de Estado de Derecho que Waldron defiende de modo definitivo, y que al suscribir a esta comprensión Waldron muestra su oposición a Dworkin –dice Martí justo antes de la cita: “otra de las discrepancias centrales entre las teorías de Waldron y Dworkin radica en cómo concebir dicho ideal de estado de derecho, que Waldron entiende de manera robusta como sigue”–. Pero aquí Martí comete un error. En la versión publicada de “The Concept and the Rule of Law”, Waldron afirma antes que el Estado de Derecho “es un ideal multifacético”, y que la comprensión que pone el énfasis en los constreñimientos al ejercicio de poder, sobre la base de normas generales y públicas, es solo una de varias concepciones disponibles (una que se remonta a *The Morality of Law* de Lon Fuller) (Waldron, 2008a, p. 6). Esto lo adelanta para, en último término, defender una concepción procedimental de Estado de Derecho, que enfatiza la importancia de las cortes, los procedimientos, y la auto-suficiencia del derecho en su propia construcción argumentativa (aquí es donde tímidamente Waldron hace un guiño a la integridad dworkiniana) (Waldron, 2008a, pp. 19-36). Entonces, no solo yerra Martí al imputarle a Waldron una concepción “formal” del Estado de Derecho, cuando él suscribe más bien a una concepción “procedimental”, sino también al levantar, a partir de ese supuesto, una reconstrucción formalista de la función judicial. En la imagen de Martí, cuando alguien como Waldron invoca la importancia de los límites al ejercicio discrecional del poder de funcionarios públicos, esa referencia no puede sino estar apuntando a la “moral ordinaria” como límite, y a “los jueces” como aquellos funcionarios cuyo poder debe ser limitado.
- 17 Véase una muestra representativa de comentarios y críticas en el número especial de *Boston University Law Review*, vol. 90, n° 2, 2010 (Papers from the symposium on Ronald Dworkin’s

forthcoming book *Justice for Hedgehogs*, September 25-26, 2009 at Boston University School of Law).

- 18 En una desatendida contribución –(Waldron, 2007a)–, Waldron deja ver que, en su comprensión, el razonamiento jurídico judicial no consiste en reconstruir las fuentes del derecho como “razones sustantivas”, sino más bien como warrants (cuya función es autorizar, permitir, o exigir la acción a la que se refiere). En estos términos, el juez no busca razones cuando apela al texto de la ley, sino que simplemente lo señala como la “orden” que lo “autoriza” a adoptar la decisión en cuestión. Dado que el warrant puede desempeñarse tanto como orden y como autorización, el cierre de la brecha entre la fuente del derecho y el caso es siempre una cuestión que depende del razonamiento del juez. Esto muestra que para Waldron la adjudicación requiere siempre adecuación (véase en particular Waldron, 2007a, pp. 127-130).
- 19 En Waldron, 2012b, afirma que sería un error “ontologizar” los principios:

Los principios existen en el uso, no en el papel. Esta noción se hace explícita en el trabajo posterior de Dworkin, en la medida en que la idea de principios individualizados aplicados uno por uno es reemplazada por la idea de interpretación principialista [*principled interpretation*], esto es, una interpretación coherente con el tenor del material jurídico como un todo (Waldron, 2012b, pp. 67-68).

En una contribución anterior (Waldron, 2008b), Waldron ya había declarado que marcar la diferencia entre ‘principios’ e ‘integridad’ no era relevante (p. 161). No obstante, en otro pasaje de Waldron, 2012b, se muestra ambiguo:

Hay dudas respecto de si Dworkin todavía acepta la idea de principios que elaboró hace más de cuarenta años, y respecto de si todavía acepta su análisis original de *Riggs v. Palmer*. Dworkin enturbió las aguas en 1997 al sugerir que el genuino fundamento de la decisión en *Riggs* se encontraba en la cuestión de la interpretación legal [...] Como lo sostuvo Fred Schauer en su momento, el entusiasmo alrededor del análisis de *Riggs* por Dworkin giraba en torno al énfasis en los principios jurídicos, entendidos como una categoría distinta de las normas que emergen del texto de la ley. Es posible que el énfasis posterior que puso Dworkin en la interpretación de materiales jurídicos, por oposición al discernimiento de principios independientes, lo haya llevado a ofrecer una descripción ligeramente distinta de *Riggs v. Palmer*. Pero en una contribución muy reciente [se refiere a una contribución de 2010 donde Dworkin responde críticas a *Justice for Hedgehogs*], Dworkin se esforzó en insistir que todavía consideraba que la idea de principios jurídicos era “sensata e importante”. No estoy muy seguro de cómo interpretar esto (Waldron, 2012b, p.66).

En mi opinión, una comprensión de la práctica jurídica mediada por la integridad es compatible con el rol marginal de los principios jurídicos. También puede ser el caso que haya una categoría implícita en la obra de Dworkin, que no sea ni la integridad ni los principios, que simplemente adopte distintas formas en las distintas contribuciones. Así lo sostiene Anthony Reeves, quien pretende mostrar una coherencia en la teoría del razonamiento jurídico de Dworkin a lo largo de su obra, para lo cual postula la presencia de dos tipos de razones prácticas propiamente jurídicas que justifican la decisión judicial: razones prácticas que operan como razones de legitimación política, y razones prácticas que descansan en fuentes propiamente jurídicas (Reeves, 2016). El artículo rastrea la presencia de estas razones en la obra temprana

de Dworkin, desde una contribución de 1963 hasta LE (Reeves, 2016, pp. 215-217), pero la proyecta también hacia FL, *Justice in Robes* (de 2006), y *Justice for Hedgehogs* (Reeves, 2016, p. 218, nota 22).

- 20 En la contribución, la frase aquí parafraseada va acompañada de una referencia a “Normative (or Ethical) Positivism” (Waldron, 2013, nota 56).
- 21 En una respuesta a críticas dirigidas a “Judges as Moral Reasoners” (que se publica en el mismo número), Waldron es todavía más explícito:

Creo que las consideraciones morales y las consideraciones concretamente jurídicas (textos, precedentes, doctrinas y similares) van inevitablemente unidas en el razonamiento jurídico; no solo en el razonamiento jurídico sobre derechos y no solo en el razonamiento jurídico en el derecho estadounidense, sino en todo razonamiento jurídico. Creo que ciertas teorías del derecho, como por ejemplo la teoría del derecho francesa más extendida, [...] están simplemente en negación a este respecto [...] Y en este sentido, me parece que su teoría del derecho está más bien subdesarrollada (Waldron, 2009b, p. 73).

- 22 Al sostener (como lo hace en el texto citado en la nota anterior) que en el razonamiento jurídico van unidas consideraciones morales y jurídicas, Waldron se desentiende del desacuerdo contemporáneo entre “textualistas” y “*purposivists*”. Ese desacuerdo solo existe porque sus participantes insisten en exacerbar las intuiciones teóricas de cada bando. A los textualistas, por ejemplo, se los presenta como temerosos de cualquier posibilidad de desacuerdo interpretativo en torno al contenido del derecho. Por eso Jonathan Siegel sostiene que el textualismo –en la medida en que pretenda ser consistente con sus valores fundantes– no puede sino radicalizarse y devenir en formalismo (esa radicalización, sostiene, es “inexorable”) (Siegel, 2009). Esta es una reacción, por cierto, a la constante apelación del *purposivism* a estrategias de acercamiento de los textualistas; por ejemplo, la tesis de que el significado del texto de la ley debe estar mediado por el contexto cultural/lingüístico presente, y no por el contexto histórico (Manning, 2006, p. 80); algo que para Waldron constituye una obviedad (véase Waldron, 2008c, p. 140). Si nos deshacemos del temor al desacuerdo interpretativo, podemos encontrar el punto medio (que busca Waldron) entre textualismo e integridad. Por otro lado, los dworkinianos se ven siempre expuestos a la radicalización de su postura, en la dirección opuesta, hacia el escepticismo. Por eso Waldron se esforzó, en Waldron, 2008b, en presentar una versión de la integridad dworkiniana que marcara la diferencia con el movimiento de *Critical Legal Studies* (véase en especial p. 181). Ahora bien, en último término, para arribar al punto medio en cuestión, lo que se requiere es un salto de fe: una convicción en la posibilidad del juez de mostrar fidelidad al derecho. La integridad, en otras palabras, es un ejercicio que realiza el juez de buena fe, y creer en la posibilidad de la integridad implica confiar en (la posibilidad de) esa buena fe. Por eso, Waldron concluye un artículo de 2008 destinado a enfrentar una de las objeciones más serias a la teoría dworkiniana –la objeción por parte de la parte que pierde el pleito de que tuvo “mala suerte en el juez que le tocó”– sin una respuesta concreta a la objeción, sino una simple insistencia de que no hay nada que hacer para evitar la mala suerte de caer frente a un juez que decide contra mí, si es el caso que el juez se entregó por completo al mandato de fidelidad al derecho, guiado por el ideal de integridad (Waldron, 2008d). Para adquirir esa convicción, se requiere dejar de lado el temor al desacuerdo. Esto ha resultado muy difícil para los intérpretes más dogmáticos de LaD, que entienden que el texto de la ley clausura un desacuerdo moral, que se vería reabierto

con el método dworkiniano. Waldron no tiene ese temor, y eso le permite ser textualista y dworkiniano a la vez. Como afirma en una entrevista de 2008:

[D]onde hay desacuerdo, el derecho opera sobre la base de ese desacuerdo para desempeñar una importante función [...] [Y]o creo que el derecho a veces hace posibles algunos desacuerdos. Y en esa medida estoy abierto a ser seducido por [toy with] el positivismo inclusivo [...] [C]laramente, tematizar ciertas cuestiones, en vez de no tematizarlas, es en sí mismo valioso, y este aspecto del positivismo normativo sigue en juego aun cuando estemos hablando de positivismo inclusivo (Quist y Veraart, 2009, p. 38).

Esto es, el derecho no pretende “cerrar” desacuerdos por medio del proceso legislativo, sino simplemente tematizar cuestiones controversiales. El acto de tematización puede reproducir el desacuerdo, pero también lo reorienta, a través del texto de la ley, y su propósito.

- 23 Por cierto, esta derivación no es solo imputable a ellos; se trata de una interpretación más o menos extendida en la teoría del derecho angloparlante. Véase solo un ejemplo en Stacey, 2010, p. 768.
- 24 De nuevo –y en este caso es obvio, pues Waldron se está dirigiendo al público angloparlante–, el error es extendido. Como ejemplo, en los años noventa, Edward Rubin caracterizó a Dworkin como un autor que compartía con los estudios críticos del derecho la apelación a valores sociales (principios o convicciones políticas) externos al derecho (cometiendo el primer error común). Luego interpretó la construcción del juez Hércules como “admisión de una derrota”, pues suponía el reconocimiento, por parte de Dworkin, de que el razonamiento en base a principios operaba “más allá del reino del discurso ordinario”, y, por ende, más allá del derecho (cometiendo el segundo error común) (Rubin y Feeley, 1996, pp. 2003-2004).
- 25 Se traduce *democratic jurisprudence* como “teoría del derecho democrático”, dando cuenta que la teoría se refiere a sistemas jurídicos democráticos. En la versión en castellano de esta contribución (de 2015) la expresión se traduce como “teoría del derecho democrática”. En esta traducción (así como en “teoría democrática del derecho”) el sentido de la expresión es que la teoría del derecho propuesta tiene una orientación “democrática”. En rigor, lo que Waldron propone es una teoría para sistemas jurídicos democráticamente producidos, es decir, una teoría del derecho que solo opera en sistemas democráticos. Por esta razón se ha preferido “teoría del derecho democrático”. Lo anterior encuentra algún respaldo en un contraste de importancia para Waldron, entre *special jurisprudence* y *particular jurisprudence*. La *special jurisprudence* se corresponde con lo que nosotros entenderíamos como una reconstrucción teórica de una rama del derecho, o de un área del derecho (por ejemplo: derecho privado). Según Waldron, una teoría del derecho democrático como *special jurisprudence* debiera preocuparse de cuestiones como: elecciones, financiamiento de campañas políticas, distritaje, etc.; es decir, aspectos jurídicamente regulados del funcionamiento de un sistema democrático. Por otro lado, una teoría del derecho democrático entendida como *particular jurisprudence* opera como “una teoría del derecho del modo en que este se presenta en una democracia, en contraste con el derecho del modo en que se presenta en una monarquía, en dictaduras, etcétera.” Es este segundo sentido el que Waldron quiere expresar con *democratic jurisprudence* (Waldron, 2009c, p. 679) [si se pone la *special jurisprudence* en contraste con la *general jurisprudence* debiera concluirse que tanto *special* como *particular* son subcategorías de “teoría de (algún) derecho especial” (opuesta aquí a “teoría del derecho” a secas): (así Waldron,

2009c, p. 678). La distinción entre *special* y *general jurisprudence* aparece ya en la introducción a LaD (Waldron, 1999a, pp. 4-8) (estas precisiones conceptuales Waldron se las debe a Michael S. Moore: véase Waldron, 1999a, nota 4, y Waldron, 2009c, nota 8, con una referencia a *Placing Blame*). La expresión no debe confundirse con lo que Martin Loughlin ha denominado *political jurisprudence*, que se refiere ampliamente al derecho relativo a lo político (la constitución, el Estado, la distribución del poder político, etc.), que Loughlin entiende como una rama autónoma del derecho, es decir, como una *special jurisprudence* (aunque su contenido está, en su comprensión, históricamente mediado) (Loughlin, 2017, pp. 1 y ss.).

- 26 No hay al menos ninguna referencia, a propósito de la explicación, al célebre ensayo de 2001 con ese nombre. De hecho, la única nota al pie que menciona “Positivismo Normativo (o Ético)” en esta contribución lo hace para recordarle al lector que Waldron ya ha dicho que una aproximación puramente conceptual o descriptiva al positivismo es insuficiente (Waldron, 2009c, p. 681, nota 20).
- 27 Véase Waldron, 2009c, p. 677.
- 28 Un ejemplo palmario de esta interpretación caritativa de la obra de Dworkin, para efectos de resaltar las similitudes y esconder las diferencias entre ambos, es sin duda (Waldron, 2004a). Aquí, Waldron insiste en que la teoría de Dworkin, elaborada principalmente en LE, pero también en FL, es compatible con su defensa al rol de la legislación. Esto lo hace resaltando la orientación “procedimentalista” de la teoría del derecho de Dworkin: (Waldron, 2004a, pp. 330-332).
- 29 Véase una recopilación en (Greenberg, 2008) (para contribuciones sobre ética profesional, véase la sección tercera).
- 30 Este movimiento fue criticado en (Plaxton, 2011). La crítica se dirige en parte a la idea de ‘brutalidad’ como base del arquetipo de prohibición de tortura (que el autor considera demasiado restringida, en la propuesta de Waldron), y en parte –y esta es la crítica central– a la idea de un discurso jurídico basado en arquetipos y/o principios dworkinianos, que el autor considera esencialmente inestable (véase en especial pp. 93 y ss.).
- 31 Esta idea fue originalmente formulada por el filósofo especializado en filosofía antigua Gregory Vlastos (1907-1991). Waldron así lo reconoce en la primera contribución en que hace suya la idea (Waldron, 2007b).
- 32 Se suele decir que el movimiento también desembaraza la dignidad de su raigambre religiosa. Si bien es cierto que Waldron defiende en estas contribuciones una versión secularizada de la idea cristiana de dignidad, hay que hacer notar que ese carácter secular se pierde progresivamente en la obra posterior de Waldron, en la medida en que el fundamento religioso de su convicción por la igualdad y la dignidad se hace más evidente. La articulación más explícita, hasta ahora,

- de ese fundamento, se encuentra en el capítulo quinto (“A Religious Basis for Equality?”) de Waldron, 2017.
- 33 En el texto original de las conferencias Tanner, en vez de “Sigo en esto a Ronald Dworkin [...]”, dice: “Soy lo suficientemente dworkiniano [...]”.
- 34 Para la lista de principios, enunciada y explicada por Waldron, véase (entre varios otros del mismo Waldron) la sección G de Waldron, 2007c.
- 35 Para una colección de artículos con aplicaciones del debate entre Hart y Fuller, véase Cane, 2010.
- 36 Citado en Waldron, 2012d, p. 52 (la traducción es libre a partir de la selección del párrafo citado).
- 37 La segunda conferencia aparece reformulada y levemente modificada en (Waldron, 2012e).
- 38 Esta idea se remonta a Waldron, 1994a, donde Waldron sostiene que la ‘vaguedad’ y el ‘carácter polémico’ [*contestability*] de conceptos usados en el derecho no es necesariamente indeseable, en parte porque el derecho puede, y debe, confiar en la aptitud del destinatario para aprehender la exigencia que le impone la norma. La reformulación de la idea en el artículo de 2011 es explicada, y criticada, en Asgeirsson, 2015, pp. 439 y ss.
- 39 Waldron sigue el mismo criterio para reconstruir el significado de ‘inhumano’ y ‘degradante’, en tanto estándares configurados en normas de derecho internacional de derechos humanos (Waldron, 2010c, pp. 284-286).
- 40 El objetivo último de Waldron, 2011, es mostrar que la prohibición de tortura es parte de esa cultura compartida (véase pp. 79 y ss.).
- 41 Sin perjuicio de que la comprensión de Waldron de la teoría fulleriana del derecho no es madura en esta etapa de su carrera, ya en los noventa él entendía que la teoría positivista desarrollada en *The Concept of Law* era problemática precisamente porque no incluía una consideración del respeto debido al destinatario del derecho, en tanto agente. Al respecto véase Waldron, 1999c.
- 42 El fenómeno se explica en parte porque los académicos hispanoparlantes de filosofía del derecho han difundido primordialmente obras de Waldron sobre estas cuestiones, por ejemplo, por medio de su traducción al castellano. Un ejemplo reciente es la compilación de escritos de Waldron en castellano *Contra el Gobierno de los Jueces*, editada por Juan González Bertomeu, que incluye tres contribuciones de *Political Political Theory*, además de Waldron, 2014, y el artículo de 2004: “Some Models of Dialogue Between Judges and Legislators” (Waldron, 2004b).

Recepción: 17 mayo 2018

Revisión: 10 enero 2019

Aceptación: 21 febrero 2019