

Derecho y tradición: sobre la concepción del derecho del juez Carlos Rosenkrantz

Law and Tradition: On Judge Carlos Rosenkrantz's Conception of Law

Tomás Céspedes*

Recepción y evaluación de propuesta: 29/08/2025

Aceptación: 18/03/2026

Recepción y aceptación final: 27/03/2026

Resumen: En el presente trabajo se pretende realizar un análisis crítico de la concepción del derecho sostenida por el juez Carlos Rosenkrantz. Para ello, se reconstruye su modo de entender el derecho en clave de concepción interpretativa y se cuestiona tanto su capacidad para ajustarse a la práctica jurídica como para justificarla. Finalmente, se analizan dos célebres casos constitucionales que reflejan las conclusiones teóricas previamente alcanzadas.

Palabras clave: interpretación, ajuste, tradición, integridad, positivismo.

Abstract: This paper aims to carry out a critical analysis of the conception of law held by Judge Carlos Rosenkrantz. To this end, his understanding of law is reconstructed in terms of an interpretative conception, and both its capacity to fit legal practice and to justify it are questioned. Finally, two

* Magíster en Derecho y Argumentación, Universidad Nacional de Córdoba (UNC), Argentina. Magíster en Razonamiento Probatorio, Universitat de Girona, España y Università degli Studi di Genova, Italia. Profesor de Teoría de la Argumentación en la Facultad de Derecho de la Universidad Siglo 21, Córdoba, Argentina. Prosecretario Letrado de la Relatoría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Argentina. Correo electrónico: tomas_cespedes@hotmail.com. Agradezco a Juan Iosa por los comentarios realizados a una versión preliminar del presente trabajo.

well-known constitutional cases are analyzed, which reflect the theoretical conclusions previously reached.

Keywords: interpretation, fit, tradition, integrity, positivism.

1. Introducción

La designación de Carlos Rosenkrantz en el año 2016 como juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación constituyó sin lugar a dudas una grata sorpresa. No solo por sus antecedentes académicos, sino también por su pertenencia a la tradición analítica. Desde Genaro Carrió no había ocurrido que alguien de dicha tradición ocupara un lugar en la Corte.

En el presente trabajo me propongo analizar críticamente la concepción del derecho que sostiene el Juez Rosenkrantz. No solo por sus indudables credenciales académicas, sino también porque el rol institucional que ocupa vuelve esperable que esa forma de entender el derecho se refleje en las resoluciones que firma. No obstante, y si bien ese es mi objetivo inmediato, esto no significa que sea el único. Discutir el derecho desde un punto de vista filosófico como el que se propondrá tiene la magnífica virtud de poder ampliar la comprensión que tenemos sobre nuestras prácticas jurídicas. De modo que, entre argumentos y contraargumentos, entre fallos y autores, puede que se asome una verdad todavía más importante: aquella relativa al derecho que tenemos y a la comunidad política que somos.

Antes de comenzar, me gustaría realizar una importante aclaración. Casi la totalidad de las ideas que utilizo, no solo para darle estructura a la concepción del derecho de Rosenkrantz, sino también para criticarla, fueron propuestas originalmente por Ronald Dworkin a lo largo de su obra (Dworkin, 1984, 2007, 2012, 2014, 2019, 2022). E incluso aquellas que podrían considerarse como novedosas, no son más que derivaciones –implicancias– de dichas ideas. No obstante, esto no debería sorprender a nadie. Las discusiones filosóficas tienden a ser perennes. Y la discusión que pretendo emprender con el modo de ver el derecho por parte de Rosenkrantz no es nueva en absoluto. De modo que, en estos casos, “viejos” argumentos pueden resultar suficientes para demostrar lo incorrecto de una determinada posición, incluso aunque esta pretenda ser presentada en un “empaque” nuevo.

Finalmente, una advertencia crucial. Hasta el día de hoy, Rosenkrantz no ha ofrecido un trabajo académico que desarrolle de manera completa y sistemática su propia concepción del derecho. Por esa razón, a los fines de poder reconstruir esa concepción me he valido de una serie de conferencias y entrevistas que el nombrado juez ha brindado a lo largo de los últimos años, como así también de un reciente artículo de opinión de su autoría. Dicha circunstancia vuelve sumamente importante ser deferente con el principio de caridad. Pero esto podría no ser suficiente. Una concepción del derecho es una construcción sumamente compleja de ideas, y los postulados que Rosenkrantz ofreció a lo largo de sus conferencias estuvieron limitados no solo por lo acotado del tiempo en que fueron presentadas, sino también en razón del auditorio al que estuvieron dirigidas. No obstante, esto está lejos de constituir un obstáculo insanable. La actividad académica es una empresa que presenta continuidad, y cualquier malentendido puede ser subsanado o aclarado en una instancia académica posterior. Lo que procuro aquí no es cerrar una discusión con Rosenkrantz. Por el contrario, tan solo pretendo abrir una.

El (extenso) trabajo que me propongo desarrollar se estructurará de la siguiente manera. En la segunda sección, expongo las principales tesis a las que adhiere Rosenkrantz en lo que refiere a su modo de ver el derecho. En la tercera, argumento que la concepción del derecho que sostiene Rosenkrantz no es descriptiva ni normativa. En la cuarta sección, expongo la teoría del derecho de Dworkin y, a partir de ahí, desarrollo el modo de ver el derecho por parte de Rosenkrantz en clave de *concepción interpretativa* de la práctica jurídica. En la quinta sección ofrezco tres argumentos en contra de dicha interpretación de la práctica, principalmente en lo que se refiere a su dimensión de ajuste. En la sexta sección argumento que sobre Rosenkrantz pesa una particular carga argumentativa en lo que se refiere a defender la efectiva plausibilidad de su propia concepción del derecho. En la séptima, critico su concepción interpretativa desde un prisma valorativo. En la octava, analizo dos celebres casos constitucionales a la luz de las ideas desarrolladas previamente. Por último, en la novena sección realizo unas breves reflexiones finales.

2. Rosenkrantz y el derecho

Lo que sigue a partir de ahora es presentar los principales postulados que ha ofrecido Rosenkrantz en lo que respecta a su modo de ver el derecho. Dado que más adelante me propongo interpretar la manera en que concibe la práctica jurídica, este apartado es fundamental. El éxito o el fracaso de mi empresa dependerá, en parte, de la fidelidad con que exponga su posición. Por esa razón procuraré presentarlas con la mayor precisión posible.

Rosenkrantz considera que el derecho está conformado por dos tipos de estándares jurídicos: los principios y las reglas. Los principios son presentados como directivas que nos indican valores, esto es, la deseabilidad de un estado de cosas. Sin embargo, no determinan explícitamente su alcance. Por el contrario, nos intiman a que nos esforcemos a realizar aquello que es deseable, pero sin indicarnos específicamente qué debemos hacer para realizarlos (*v.gr.* “respete la dignidad humana”). Las reglas, por el contrario, sí establecen qué debemos hacer en circunstancias definidas (*v.gr.* “no pisar el césped”). No se refieren a un valor a realizar, sino que prescriben una conducta que debemos observar. Por supuesto que estas reglas pueden ser vagas o ambiguas, pero contamos con convenciones interpretativas que nos ayudan a determinar su alcance (Rosenkrantz, 2024a).

El problema se presenta cuando principios y reglas colisionan, lo cual resulta inevitable. Y su crítica se dirige a un particular modo de abordar y dar una solución a este problema: el neoconstitucionalismo. Esta corriente concibe los principios como mandatos de realización de valores morales *críticos* –no los valores morales a los que adhieren los integrantes de una comunidad política, sino aquellos valores cuya existencia depende de su corrección sustantiva–. De modo que al resolver los casos que se les presentan, los jueces deben realizar una conjetura sobre qué es lo moralmente correcto y cómo materializar ese ideal del mejor modo posible. Desde la perspectiva neoconstitucionalista, resulta imprescindible que los jueces se involucren en un razonamiento moral sustantivo. Este a su vez exige trascender el significado literal e histórico de las reglas y principios aplicables para considerar las implicancias morales del caso. Ello, independientemente de que esas consideraciones morales hayan sido receptadas

como derecho a través de los mecanismos formales de sanción de normas (Rosenkrantz, 2024a, 2024b).

Para Rosenkrantz, el derecho tiene valor moral en tanto que la sujeción sostenida a este nos permite lograr la estabilidad necesaria para la realización a escala social de valores como la justicia y la equidad. Asimismo, facilita el establecimiento de relaciones que posibilitan la cooperación entre ciudadanos y el desarrollo de una “amistad pública” (*philia politikē*). No obstante, para que el derecho contribuya a la realización de estos valores morales, debe operar como una *razón protegida*. Es decir, como una razón que excluye de consideración cualquier otra razón aplicable al caso (Rosenkrantz, 2024a).

Por ese motivo, y a diferencia de lo que sostiene el neoconstitucionalismo, Rosenkrantz considera que al resolver casos difíciles los jueces no deben acudir a consideraciones morales controvertidas. Es que en sociedades plurales como la nuestra existen distintas concepciones, a veces radicalmente opuestas, sobre lo que las personas pueden, deben y no deben hacer. De modo que acudir a consideraciones morales sobre las que desacordamos a la hora de resolver casos difíciles impediría que el derecho hable con una sola voz y haría imposible la estabilidad necesaria para realizar a escala social valores como la justicia, la equidad y la promoción de la cooperación social (Rosenkrantz, 2022, 2024a, 2024b).

Pero las críticas al neoconstitucionalismo no terminan ahí. Fundamentalmente, sostiene que si en lugar de apelar exclusivamente a estándares emanados de hechos sociales para resolver nuestras diferencias sobre las exigencias normativas, los magistrados también invocaran presupuestos morales que no compartimos, se generaría una transferencia de poder desde los órganos que representan la voluntad popular hacia los jueces. Si los jueces acudieran a sus convicciones morales a la hora de *aplicar* el derecho sería imposible distinguirlos de los políticos, aquellos que representan al pueblo y que, por lo tanto, son los únicos legitimados para *crear* derecho. De ese modo se traicionaría la aspiración política característica y definitoria del sistema democrático de gobierno que exige que el ordenamiento jurídico sea la creación común de los miembros a los que se pretende gobernar y no de los jueces que tienen el deber de sentenciar (Rosenkrantz, 2022, 2024a).

Rosenkrantz reconoce que nuestra constitución recepta principios. Sin embargo, cuestiona la tesis neoconstitucionalista según la cual su contenido debe determinarse mediante reflexión moral. Por el contrario, sostiene que para definir su alcance se debe recurrir únicamente a fuentes jurídicas positivas, es decir, a hechos sociales verificables (*v.gr.* tradición, historia y práctica institucional). Y que un ejemplo de este modo de obrar puede ser apreciado en la manera en que la Corte Suprema de los Estados Unidos interpreta los principios receptados en la Constitución de ese país (véase al respecto *Washington v. Glucksberg*, 1997).

Esta postura se vincula estrechamente con su diagnóstico sobre la “politización del derecho”, fenómeno que, según señala, deriva de la errónea convicción de que el razonamiento jurídico en general, y el constitucional en particular, no puede concebirse como un proceso autónomo (de la moral) capaz de ofrecer respuestas definitivas a los casos que los jueces deben resolver (Rosenkrantz, 2021).

Por supuesto, todavía podríamos preguntarnos en qué consiste la teoría de la interpretación que propone Rosenkrantz. Su respuesta, reveladora, es la siguiente:

Cómo identificar la tradición interpretativa que se ha consolidado en la comunidad es una tarea muy demandante. Las tradiciones interpretativas no son hechos duros que todos podemos ver y reconocer con facilidad. En este sentido hace falta primero una tarea de identificación de los textos normativos relevantes y de la historia de su sanción. Luego, es necesario un ejercicio de análisis de las decisiones judiciales pasadas que aplican estos textos a casos concretos. Además, es indispensable la determinación del *rationale* subyacente que explica tales decisiones y, a partir de este material que constituye la historia jurisprudencial de la comunidad en cuestión, una tarea de compaginación. Esta tarea debe apelar a algún criterio ordenador que, según entiendo, es la moralidad positiva, interna o inmanente del derecho y su ambición de univocidad –de hablar con una sola voz–, de modo que todos estos elementos sean presentados en un todo coherente del que pueda deducirse la solución a los casos que deben ser resueltos (Rosenkrantz, 2022. También en términos similares, Rosenkrantz, 2024a, p. 39).

¿Cómo hacemos para fijar el alcance de los principios sin socavarlos, sin hacer que pierdan su autoridad [al valernos de criterios morales para interpretarlos]? (...) La salida es concebir la reconstrucción de principios como íntegramente determinada por ciertos hechos positivos, fácticos, controvertibles, contrastables [v.gr. la discusión parlamentaria, la tradición interpretativa de un texto, convenciones semánticas, etc.], de tal modo que sea una cuestión de hecho saber si estamos fijando su alcance de un modo plausible o no (Rosenkrantz, 2024a).

En particular, Rosenkrantz contrasta su teoría de la interpretación con aquella propuesta por Ronald Dworkin, quien sostiene que al resolver los casos difíciles (aquellos donde el texto constitucional o legal no es suficientemente concluyente) los jueces deben acudir a la mejor teoría moral que sea consistente con la historia jurisprudencial de la sociedad en cuestión, para luego, a la luz de esa teoría moral y de esa historia jurisprudencial, resolver dichos casos (Rosenkrantz, 2022). Para Rosenkrantz, si luego de indagar en nuestras tradiciones jurídicas y en las decisiones institucionales pasadas que la conforman comprobáramos que existe más de una respuesta que se ajuste a las mismas, lo que tenemos que hacer es *exhumar* con más intensidad la propia tradición para ver si produce los recursos necesarios para privilegiar algunas de las potenciales soluciones. Lo importante es que no abdicuemos demasiado pronto ni perdamos la fe de que es posible reconstruir el material que la tradición nos ofrece, de modo que nos permita resolver los casos únicamente en base a estándares derivados de fuentes jurídicas positivas (Rosenkrantz, 2024a).

Un aspecto relevante lo constituye el modo en que concibe la fuerza del precedente. A su entender, la fuerza normativa del precedente se manifiesta cuando estamos dispuestos a seguirlo aun si lo consideramos erróneo. Por supuesto que hay teorías del *error*, precedentes que reflejan una decisión que fue jurídicamente incorrecta de modo que no resultan vinculantes. Pero lo positivo de la idea misma del precedente en tanto fuente jurídica es que de algún modo nos obliga a convertirnos en hacedores comunes del derecho que regula nuestra comunidad. Debemos prestar atención y enhebrarnos con el pasado, de un modo similar al que Dworkin proponía

con su idea de comparar a los jueces con los escritores de una “novela en cadena” (Rosenkrantz, 2024a).

Por último, un aspecto fascinante del modo en que Rosenkrantz concibe al derecho. Él considera que siempre existe una solución *jurídicamente* correcta para todos los casos que pueden presentarse: “quizás no sabemos cuál es la solución correcta, pero *hay* una solución correcta. Yo creo en la objetividad en el derecho” (Rosenkrantz, 2024a).

3. Ni descriptiva, ni normativa: interpretativa

Hasta aquí me he limitado a indicar las principales tesis que ha ofrecido Rosenkrantz en lo que respecta a su modo de ver el derecho. Lo que sigue de ahora en más es reconstruir esas ideas para luego someterlas a un análisis crítico. Considero que una manera efectiva de lograr esto es intentar situar su perspectiva dentro del amplio espectro de concepciones que constituyen la teoría del derecho. No busco establecer una identidad absoluta entre el pensamiento de Rosenkrantz y el de otros teóricos; más bien, mi objetivo es identificar similitudes y diferencias que nos permitan comprender mejor su enfoque.

Así, la aversión por parte de Rosenkrantz a que los jueces se valgan de consideraciones morales a la hora de determinar qué es lo que exige el derecho, como también su insistencia de ver a las normas jurídicas como razones protegidas, podría sugerir una afinidad entre su concepción del derecho y aquella sostenida por Joseph Raz. Sin embargo, las coincidencias terminan allí. Para Raz, la autoridad del derecho se fundamenta en su capacidad de mediar entre las personas y las razones aplicables a ellas. Dicha autoridad será legítima si se encuentra en una situación privilegiada para realizar el balance de razones pertinente, de modo que a futuro tendremos una mayor probabilidad de ajustarnos a lo que la razón manda si seguimos las prescripciones del derecho a que si nos valemos de nuestro propio razonamiento moral. De esta manera, las normas jurídicas, además de funcionar como razones de primer orden –al prescribir conductas específicas–, también funcionan como razones de segundo orden que *excluyen* la consideración de otras razones de primer orden. Lo importante es desta-

car que, según Raz, la tesis de la autoridad como servicio es conceptual: está implícita en nuestras prácticas y entendimiento compartido del concepto de autoridad en general (Raz, 1985).

Por el contrario, la justificación de Rosenkrantz para excluir las consideraciones morales del razonamiento judicial es preponderantemente normativa. Es decir, sostiene que existen razones de moralidad política para evitar que los jueces hagan valer sus propias convicciones morales a la hora de determinar qué exige el derecho. Como se indicó anteriormente, estas razones se vinculan con la promoción de la cooperación social y con la defensa de una determinada concepción de la democracia. De modo que mientras Rosenkrantz considera que los criterios morales *no deben* formar parte de las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas por razones de moralidad política, Raz le agrega más carga dramática, al indicar que esos criterios *no pueden* formar parte de dichas condiciones de verdad sin socavar la autoridad del derecho.¹

¹ Cabe tener en cuenta que el propio Raz ha flexibilizado de algún modo su idea sobre el papel que pueden jugar las consideraciones morales en el razonamiento judicial. Así, Raz distingue entre razonar *acerca* del derecho y razonar *de acuerdo* al derecho. El primer tipo de razonamiento estaría dirigido a identificar el contenido del derecho. El segundo pretendería, a partir de ese contenido, arribar a una solución concreta. Lo relevante es que muchas veces el derecho incorpora estándares morales entre sus prescripciones (como sucede con los principios constitucionales), de modo que cuando ellos entran en juego no queda otra alternativa que acudir a consideraciones de tipo moral. Sin embargo, esto no significa que esas consideraciones morales adopten una naturaleza jurídica ni que por remisión a las mismas el derecho sea completo (Raz, 1994).

No obstante, la mayor flexibilidad en la teoría de Raz con respecto al papel que juegan las consideraciones morales la encontramos en la argumentación constitucional. Allí, y atento la importancia moral de los problemas que se resuelven en esa órbita, siempre debe evaluarse la necesidad de cambiar lo que la constitución establece, incluso aunque lo que esta prescribe -a la luz de la práctica y las tradiciones constitucionales- sea claro: “[L]as razones morales motivan todas las decisiones interpretativas, tanto las conservadores como las innovadoras (...) [L]as consideraciones de mérito pueden justificar una interpretación innovadora incluso cuando una interpretación conservadora es posible, esto es, incluso cuando el tema se encuentra determinado por la constitución, tal y como está en esos momentos. Este sería el caso cuando la necesidad de mejorar el derecho es mayor que la necesidad de continuidad, y cuando exista una interpretación que mejora el derecho” (Raz, 2013, p. 372).

Lo importante de esta nota al pie es que con ella pretendo destacar que incluso enfoques radicales como el de Raz le otorgan al razonamiento moral dentro de la práctica jurídica un lugar más prominente que el que pretende reservarle Rosenkrantz en su propia concepción del derecho.

Aunque el positivismo excluyente de Raz presente más diferencias que similitudes con la concepción jurídica de Rosenkrantz, esto no excluye otras variantes del positivismo. Podríamos vernos tentados en comparar las ideas que este último defiende con aquellas que conforman el positivismo normativo de Jeremy Waldron. De manera coincidente, Waldron sostiene que debemos separar el derecho y la moral por razones de moralidad política, y no por razones conceptuales. Al respecto, considera que la función coordinadora del derecho exige que el sistema jurídico pueda funcionar sin depender de juicios morales controvertidos. E insiste con que el positivismo favorece la democracia al dejar las decisiones moralmente controvertidas en manos de procesos democráticos y no de los jueces.

A la luz de esos valores, Waldron cuestiona enfáticamente el control de constitucionalidad que realizan los magistrados y propone darles mayor peso a las decisiones legislativas frente a cualquier tipo de revisión judicial de las leyes. También cuestiona la tradición de ver a los derechos como “cartas de triunfo” en contra de las mayorías, y sugiere entender esos derechos como parte del debate democrático y no como una suerte de coto vedado que establece límites a la política. Además, y a los fines de reducir el papel de la argumentación moral en el ámbito de la interpretación jurídica, propone adoptar un enfoque más textualista y enfatiza la importancia de adoptar reglas claras y concretas por sobre principios generales y abstractos (Waldron, 2001, 2005, 2006).

Ahora bien, considero que la concepción del derecho defendida por Rosenkrantz tampoco se identifica con un positivismo normativo del tipo sostenido por Waldron. Este reconocimiento genera una tensión teórica significativa: si su concepción incorpora evidentes elementos normativos, ¿qué la distingue, en último término, de propuestas eminentemente prescriptivas como la de Waldron? La solución que propongo a esta encrucijada es la siguiente. La concepción del derecho que defiende Rosenkrantz no es ni descriptiva –que meramente pretende decirnos cómo es el derecho, con independencia de cómo debería ser– ni normativa –que meramente pretende decirnos cómo debe ser el derecho, independientemente de cómo es–. Su concepción es interpretativa. Así, y a diferencia de Waldron, Rosenkrantz propone una determinada lectura de la práctica jurídica que considera correcta: el modo de ver nuestra práctica jurídica, aquello que

abogados y jueces hacen, bajo su mejor luz. No obstante, a través de ese particular requerimiento también nos dice mucho sobre cómo es actualmente el derecho que tenemos. La concepción de Rosenkrantz es normativa en el sentido en que toda interpretación lo es. Pero al igual que toda interpretación, también tiene una dimensión descriptiva: busca ajustarse fielmente al objeto que interpreta. De esta forma, podemos ver a la interpretación como un punto a mitad de camino entre aquellas pretensiones netamente normativas y aquellas netamente descriptivas.

Por supuesto, Rosenkrantz podría resistir mi intento de ver a su propia concepción como una interpretación de nuestra práctica jurídica e intentar mantenerse en el plano de la pura normatividad. Podría sostener al respecto que la comparación con el positivismo de Waldron es engañosa, porque lo que él pretende no es proponer una teoría normativa sobre la forma que debería adoptar nuestra práctica jurídica, sino una teoría normativa sobre el modo en que deberían interpretar y aplicar los jueces los antecedentes institucionales que les son dados. En otras palabras, que el suyo se trata de un programa normativo de la adjudicación judicial, a diferencia una más amplia teoría normativa institucional.

Si bien ingeniosa, la distinción sugerida no da en el blanco. Ninguna teoría adjudicativa que pretenda establecer el modo en que los jueces deben resolver los casos que se les presentan puede abstraerse del sistema jurídico en el que opera. Las responsabilidades de los jueces se encuentran limitadas por la forma que presenta la práctica jurídica en las que se ven inmersos, de modo que sus deberes no pueden establecerse en abstracto. Estos deben ser consistentes con una interpretación plausible de las normas del ordenamiento jurídico al que están sujetos.

La cuestión puede ser planteada de otro modo. Así, podríamos preguntarnos ¿cuáles deberían ser los deberes y las responsabilidades de los jueces? ¿cuáles son los deberes y responsabilidades de los jueces a la luz de las normas del ordenamiento jurídico argentino? Si bien parecidas, son preguntas conceptualmente distintas. La primera se enfoca en una teoría *ideal* de la adjudicación judicial, mientras que la segunda pretende conocer los deberes y responsabilidades que *actualmente* tienen los jueces en nuestro país. Pero que sean conceptualmente distintas no significa que no exista ningún tipo de relación entre ambas respuestas. Por el contrario,

una teoría adjudicativa ideal podría influir en, aunque no determinar, los deberes y responsabilidades que actualmente tienen los jueces. Es decir, que los deberes y responsabilidades actuales de los jueces podrían depender, en parte, de los deberes y responsabilidades que deberían tener.

En definitiva, toda teoría de la adjudicación operativa constituye un mero capítulo –importante, por cierto– de una más amplia concepción interpretativa del derecho, y pretender su autonomía no genera más que un enredo estéril.

4. Derecho e interpretación

Reconocer a la concepción del derecho de Rosenkrantz como una interpretación de la práctica jurídica constituye sin dudas un paso importante. No obstante, todavía nos dice poco sobre su estructura. En la presente sección pretendo desarrollarla, y considero que el mejor modo de lograr esto es empezar dilucidando qué significa que una concepción del derecho sea interpretativa. Para ello, me valdré de la teoría de la interpretación de Ronald Dworkin. No procuro realizar una reconstrucción exhaustiva de esa teoría, sino que tan solo pretendo dar cuenta de aquellos elementos que considero indispensables para mi actual empresa.²

Es posible distinguir tres niveles interpretativos en la teoría de Dworkin. El primer nivel está constituido por una teoría de la interpretación en general. El segundo, por una teoría de la interpretación del derecho en particular. Finalmente, el tercer nivel da cuenta de la particular interpretación que Dworkin realiza de la práctica jurídica norteamericana.

Para Dworkin, el concepto de *intención* proporciona la estructura formal de cualquier tesis interpretativa. Cuando interpretamos un objeto o práctica creada por otros, lo que procuramos es *atribuirle* un propósito de modo de hacer del mismo la mejor instancia posible del género al que pertenece. Ese propósito es determinado por el intérprete del objeto o práctica en cuestión y no por la opinión al respecto que tenían su autor o autores (Dworkin, 2022).

² Para una descripción más detallada y completa de la teoría de Dworkin, véase Iosa y Rapetti (2022).

¿Cuál es el propósito de la práctica jurídica en conjunto? Dworkin considera que la práctica jurídica tiene el propósito general de justificar la coacción estatal:

Los gobiernos tienen objetivos: pretenden que las naciones que gobiernan sean prósperas o poderosas o religiosas o eminentes; también desean permanecer en el poder. Utilizan la fuerza colectiva que monopolizan para este y otros fines. Sugiero que nuestras discusiones sobre derecho asumen que el sentido más abstracto y fundamental de la práctica jurídica es guiar y restringir el poder del gobierno de la siguiente manera. El derecho insiste en que la fuerza no se use o niegue, sin importar cuán útil ello fuera para los fines en vista, sin importar lo nobles o beneficiosos que sean estos fines, sino cuando lo permiten o requieren los derechos y responsabilidades individuales provenientes de decisiones políticas pasadas sobre cuándo se justifica la fuerza colectiva. (Dworkin, 2022, pp. 96-97)

Dworkin considera que el valor que se encuentra por detrás de este propósito general del derecho es el valor de la *legalidad* o del imperio de la ley (*the rule of law*) (Dworkin, 2007).

Entiendo que el razonamiento presupuesto en el propósito que Dworkin le asigna al derecho es el siguiente. Toda práctica jurídica es inherentemente coactiva, ya sea de manera actual o potencial. En caso que sus destinatarios no se sometan voluntariamente a lo que las disposiciones jurídicas establecen, las mismas deben ser impuestas por la fuerza. Es decir, sus disposiciones son obligatorias en el sentido de que no son optativas, de modo que quedan dos alternativas: o el allanamiento voluntario a lo que esas disposiciones establecen, o su imposición coactiva por los órganos estatales. No obstante, esta coacción estatal entra en conflicto, al menos *prima facie*, con la autonomía de las personas.³ Es que al aplicar coactivamente las disposiciones del derecho se priva a las personas de obrar o actuar de una forma distinta a la que establecen esas prescripciones. Se trata sin lugar a dudas de una limitación que requiere de justificación. Lo

³ Para una reciente aproximación al concepto de autonomía personal desde un punto de vista metafísico y político, véase Domeniconi y Céspedes (2026).

que Dworkin propone es que el propósito de la práctica jurídica es justificar ese límite que el derecho establece a la autonomía. Esto implica buscar la mejor interpretación de esa práctica, aquella que mejor justifique, desde un punto de vista moral, la imposición coactiva de normas y principios. Aquella que mejor pueda mostrar que la limitación a la autonomía de las personas se encuentra *moralmente* justificada y que es, por lo tanto, legítima.

Dos consideraciones al respecto. En primer lugar, el propósito de la práctica jurídica que Dworkin propone, condiciona el uso de la coacción estatal a la existencia de derechos y deberes que surjan de decisiones políticas *pasadas*. El derecho tiene el objetivo principal de guiar y limitar el uso de la fuerza pública, condicionando su utilización a la existencia de decisiones políticas del pasado que así lo autoricen. A la luz de esta teoría, “el derecho de una comunidad es el esquema de derechos y responsabilidades que satisfacen ese estándar complejo: permiten la coerción *porque provienen de decisiones pasadas del tipo adecuado*” (Dworkin, 2022, p. 97. La cursiva me pertenece).

En segundo lugar, el propósito propuesto por Dworkin es lo suficientemente general y abstracto como para ser compatible con distintas afirmaciones en competencia sobre el modo en que esos derechos y deberes surgen de las decisiones jurídicas pasadas. Se trata de un propósito formulado en forma de *concepto*. Su amplitud no determina ni favorece una interpretación concreta, sino que solamente proporciona estructura a las distintas concepciones interpretativas de la práctica jurídica que pretendan mostrarla bajo su mejor luz moral.

El tercer nivel interpretativo de la teoría de Dworkin está constituido por su propia interpretación de la práctica jurídica norteamericana. El modo de ver esa práctica bajo su mejor luz moral y que Dworkin llamó “derecho como integridad”.⁴

El “derecho como integridad” sostiene que los derechos y las responsabilidades *jurídicas* de las personas provienen de decisiones del pasado, no

⁴ En otra oportunidad he sostenido que el “derecho como integridad” constituye una concepción interpretativa suficientemente flexible como para también dar cuenta de la práctica jurídica argentina, incluso con adaptaciones significativas que reconozcan las particularidades de nuestra cultura jurídica. Al respecto, véase Céspedes (2020, 2021).

solo cuando surgen de manera explícita de los antecedentes institucionales que conforman la práctica, sino también cuando provienen de los principios de moralidad personal y política que mejor justifican esos antecedentes. Esta concepción interpretativa instruye a los jueces a que identifiquen los deberes y derechos de las personas, en la medida de lo posible, como si hubieran sido creados por un mismo autor –la comunidad política–, de modo que el conjunto de principios que mejor justifique las decisiones políticas del pasado exprese una concepción *coherente* de justicia y equidad.

Al apelar a los principios de moralidad personal y política que mejor justifican las decisiones del pasado que constituyen la historia institucional de un país, el “derecho como integridad” se compromete con la idea de que siempre existe una respuesta jurídicamente correcta a todo caso o controversia que puede ventilarse en los tribunales. Dado que el derecho no termina en la extensión explícita de esas decisiones pasadas, sino que también incluye aquellos principios morales capaces de justificarlas, el “derecho como integridad” se compromete con una idea de completitud exigente: la ausencia absoluta de lagunas jurídicas.

¿Qué razones tenemos para interpretar la práctica jurídica del modo en que lo requiere el “derecho como integridad”? El atractivo moral de esta concepción reside en la *coherencia* de principios al aplicar el derecho. De esta forma se logra que el Estado hable con una sola voz, que los principios de moralidad personal y política que aplica a algunos de sus ciudadanos se extiendan al resto. Es decir, que todas las personas sujetas a su jurisdicción puedan verse a sí mismas como regidas por el mismo conjunto coherente de principios. El valor de la integridad, entendido de este modo, constituye una dimensión del más fundamental valor de la igualdad (Dworkin, 2007, p. 195).

4.1. El “derecho como tradición”

Considero que, al igual que el “derecho como integridad”, la concepción defendida por Rosenkrantz también puede ser interpretada como una lectura de la práctica jurídica. En adelante, me referiré a esta concepción como el “derecho como tradición” y procuraré contrastarla con aquella propuesta por Dworkin.

Para el “derecho como tradición”, la práctica jurídica se constituye enteramente de tradiciones. Por tradición se entiende la existencia de una práctica conjunta y convergente a partir de la cual los partícipes identifican y aplican el derecho establecido. El ejemplo más paradigmático lo encontramos en la deferencia de los operadores jurídicos hacia las leyes emanadas del Congreso y las cláusulas de la Constitución. Ningún partícipe podría negar que esas leyes o esas cláusulas constituyen derecho sin quedar al mismo tiempo al margen de la práctica.

Un aspecto característico del “derecho como tradición” es que, de acuerdo a esta concepción, el contenido del derecho está conformado exclusivamente por aquellas decisiones institucionales que se originan dentro de la práctica. De modo que para saber qué dice el derecho basta con identificar de manera adecuada algún hecho pasado. Se trata en todos los casos de hechos positivos, contrastables. No obstante, sería erróneo sostener que su identificación es una cuestión sencilla por la sola razón de que su contenido descansa sobre elementos fácticos. Los hechos que constituyen las distintas tradiciones que dan origen a la práctica son de distinta índole y complejidad diversa: abarcan desde la sanción de una ley por parte del Congreso, las tradiciones interpretativas en las que se hallan inmersos sus miembros, las líneas jurisprudenciales que siguen los tribunales hasta las convenciones semánticas que comparten los operadores jurídicos.

El “derecho como tradición” también adhiere a una rigurosa noción de completitud. Sostiene que los antecedentes institucionales que constituyen la práctica son *autosuficientes* para dar respuesta a todas las controversias posibles que se pudieran presentar ante los tribunales. Nuevamente, puede que sea difícil identificar cuál es la solución correcta en razón de la diversidad de hechos institucionales relevantes. Pero esa respuesta correcta existe y la labor del juez consiste en encontrarla.

Bajo esta perspectiva, la interpretación jurídica, aunque compleja, puede ser objetiva precisamente porque está anclada en hechos sociales verificables. A diferencia de otras concepciones que ven la objetividad como dependiente de verdades morales, el “derecho como tradición” la encuentra en la convergencia de prácticas institucionales y tradiciones interpretativas consolidadas. Esta concepción busca reconciliar la inevitabilidad de la interpretación con la necesidad de certeza jurídica al sostener

que las tradiciones compartidas proporcionan restricciones suficientes para guiar la interpretación sin recurrir a argumentos morales controvertidos.

Lo importante para esta concepción es que los jueces no se valgan de consideraciones morales a la hora de identificar el derecho. Siempre que resuelvan los casos que se les presenten deben dejar de lado sus propias convicciones y resolver con base en aquellos estándares instaurados por algún hecho positivo. Esto no significa que los principios morales no tengan lugar dentro del derecho. Sí lo tienen. Pero necesitan ser derivados de los antecedentes institucionales relevantes de una manera peculiar: deben constituir los únicos principios capaces de justificar esos antecedentes –la moral positiva o interna– sin que en el proceso de identificación intervengan las convicciones subjetivas del juez.

Un aspecto crucial del “derecho como tradición” es su comprensión del precedente judicial. Para esta concepción, los precedentes no son meramente decisiones aisladas, sino parte de una tradición interpretativa más amplia. Cuando un juez sigue una decisión jurisdiccional previa, no solo está respetando una decisión particular, sino que está participando en una práctica colectiva de interpretación que se extiende en el tiempo. Esta visión del precedente refuerza la idea de que el derecho es una empresa común que trasciende las interpretaciones individuales.

¿Qué razones tenemos para interpretar la práctica jurídica del modo en que lo requiere el “derecho como tradición”? Si dejáramos que los jueces apelen a sus convicciones morales al interpretar y aplicar el derecho, los ciudadanos perderían la posibilidad de anticipar sus derechos y deberes jurídicos. Esto no solo atentaría contra la seguridad jurídica, sino que además obstaculizaría la cooperación necesaria para el progreso económico y social de la comunidad.

Asimismo, en un sistema democrático son las convicciones morales de la ciudadanía y sus representantes las que deben determinar las reglas y principios que regirán a la comunidad. Permitir a los jueces valerse de sus propias convicciones implicaría una transferencia indebida de soberanía desde el pueblo hacia los jueces. Dejaríamos de ser una democracia y nos transformaríamos en una “juristocracia”.

El “derecho como tradición” presupone una distinción entre una interpretación *de* la práctica y una interpretación *en* la práctica. En tanto con-

cepción interpretativa, se presenta como una lectura *de* la práctica jurídica. No solo da cuenta de su funcionamiento, sino que también ofrece razones de moralidad política en virtud de las cuales hacemos bien en interpretarla de ese modo. Sin embargo, una vez *en* la práctica, demanda a los jueces que abandonen sus convicciones de moralidad personal y política cuando determinen qué es lo que el derecho exige.⁵

Como podrá advertirse, el “derecho como tradición” mantiene una profunda afinidad con el concepto de derecho propuesto por Dworkin, incluso más profunda que la que presenta el “derecho como integridad”. Su deferencia hacia las decisiones del pasado alcanza el máximo grado posible para una concepción interpretativa de dicho concepto. Esta característica distin-

⁵ Podría pensarse que la invocación de razones de moralidad política para excluir el uso de razones de moralidad política y personal por parte de los jueces a la hora de resolver las causas que se les presentan constituye una suerte de auto-refutación performativa. Inicialmente estuve tentado en ver las cosas de ese modo. Sin embargo, la contradicción pierde mucha de su fuerza cuando se analizan las cosas con mayor profundidad. Una vez que aceptamos ver al “derecho como tradición” como una concepción interpretativa del derecho, necesariamente también aceptamos la existencia de razones de moralidad política que la pretenden sostener como la mejor interpretación de la práctica jurídica en cuestión. Como indiqué anteriormente, una concepción interpretativa se encuentra a mitad de camino de una concepción que tenga pretensiones netamente descriptivas (si es que ese tipo de concepciones en el derecho son siquiera posibles) y una concepción que tenga pretensiones netamente normativas. De modo que mal podríamos concebir al “derecho como tradición” en clave interpretativa si, desde un primer momento, le negamos la legitimidad para poder invocar razones de moralidad política a su favor. Una vez que aceptamos esto, el hecho que posteriormente se exija a los jueces que no se valgan de sus propias convicciones morales a la hora de determinar lo que requiere el derecho en un caso concreto se muestra como una demanda absolutamente inteligible y legítima.

Lo anterior nos permite también entender el verdadero alcance de la distinción que realicé hace un momento. Hablar de interpretaciones *de* la práctica e interpretaciones *en* la práctica solo resulta plausible si lo hacemos como un recurso heurístico para representarnos mejor el modo en que opera el “derecho como tradición”. Sin embargo, creer seriamente que puede hacerse una interpretación *de* la práctica implicaría aceptar una suerte de punto de vista externo –una posición arquimediana– que nos permitiría colocarnos por fuera de la práctica y a partir de allí interpretarla. Eso no tiene sentido. Todas las interpretaciones que hacemos de la práctica son *en* la práctica y no fuera de ella, lo que no impide reconocer la existencia de dos (o más) niveles interpretativos en el marco de la interpretación jurídica: un primer nivel en el que interpretamos la práctica en su conjunto (en el que nos valemos de razones de moralidad política) y un segundo nivel en el que se determina qué es lo que exige el derecho para un caso concreto (en el que se nos exige excluir ese tipo de razones).

tiva se debe a que, a diferencia del “derecho como integridad”, el “derecho como tradición” solo autoriza el uso de la fuerza pública en la medida en que la respuesta jurídica al caso esté *completamente* determinada por los antecedentes institucionales relevantes; es decir, sin la necesidad de ningún tipo de juicio de valor por parte del intérprete. La pretendida autosuficiencia de esos antecedentes establece un vínculo radical entre legalidad e interpretación jurídica.

5. El “derecho como tradición” a examen

El “derecho como tradición”, en tanto concepción interpretativa, no requiere que el resto de los operadores jurídicos vean al derecho como una cuestión de tradiciones compartidas. La mayoría podría creer que ese no es el caso. Incluso podría ser que nadie hasta ahora haya interpretado la práctica de esa forma. Por el contrario, triunfará si la práctica jurídica puede ser vista como una cuestión de tradiciones y si, además, esa es la mejor manera de comprenderla. Aquella que la presenta en su mejor luz.

Para juzgar el éxito o el fracaso de una interpretación existen dos parámetros de corrección. La dimensión de *ajuste* (*fit*) exige que cualquier interpretación pueda ser capaz de acomodarse al objeto interpretado. En nuestro caso, ese objeto se corresponde con los antecedentes institucionales y las decisiones políticas del pasado que dan forma a la práctica jurídica. Por supuesto, no es necesario que una interpretación dé cuenta de la *totalidad* del material normativo en cuestión, sino que es suficiente que se acomode al menos a la mayor parte de ese material.

Aquellas interpretaciones que superen exitosamente el umbral de ajuste deben someterse al segundo parámetro de corrección: la dimensión de la *justificación* (*value*). La interpretación vencedora será aquella que logre mostrar al objeto interpretado en su versión más acabada, la que haga de ese objeto la mejor especie del género al que pertenece. En el caso de la interpretación de la práctica jurídica, la dimensión del valor está íntimamente relacionada con el propósito general de la práctica al que se aludió anteriormente. La mejor interpretación será la que muestre a la práctica

como la mejor justificación posible de la coerción estatal a la luz de las decisiones políticas pasadas.

Un aspecto relevante es que ambos parámetros de corrección, si bien apuntan a dimensiones distintas de la interpretación, se encuentran relacionados. Así, una interpretación que cumpla más acabadamente con la dimensión de ajuste (por dar cuenta de una mayor porción del material interpretado) deberá ser considerada, *prima facie* y solo por esa razón, mejor que otra interpretación que se acomode a una porción menor del material interpretado. Aunque esto de ninguna manera implica que sea la mejor interpretación todos los aspectos relevantes considerados. La mayor capacidad de dar cuenta del material a interpretar constituye un aspecto importante, pero no determinante, de la dimensión valorativa de ese material.

En lo que sigue me centraré exclusivamente en la dimensión de ajuste del “derecho como tradición”. Sostendré que dicha concepción falla al dar cuenta de los antecedentes institucionales que constituyen nuestra práctica jurídica. Solo más adelante, y de manera más limitada, analizaré su dimensión justificativa.

Uno de los aportes más significativos de Dworkin a la teoría del derecho ha sido el de identificar a los desacuerdos que se originan dentro de la práctica como una característica estructural y no contingente de la misma.⁶ Los operadores jurídicos, incluso cuando hay acuerdo sobre el modo en que ocurrieron los hechos, desacuerdan constantemente respecto de la respuesta que consideran jurídicamente correcta para los distintos casos que se les presentan. Disienten así los abogados que representan a las partes enfrentadas en una controversia sobre el modo en que el derecho regula sus relaciones. Pero también discrepan sobre esa cuestión jueces del mismo o de distintos niveles de jerarquía. E incluso otras veces el desacuerdo alcanza a jueces que forman parte de un mismo tribunal. De modo que, si los desacuerdos son un aspecto persistente dentro de la práctica jurídica, cualquier lectura de la misma debe proveer una explicación plausible y razonable sobre su anatomía: qué son y en qué consisten. O, en otras palabras,

⁶ Para un preciso análisis del debate entre Dworkin y Hart y el papel que los desacuerdos en el derecho juegan en el mismo, véase Shapiro (2007).

sobre qué desacuerdan los operadores jurídicos cuando discrepan sobre lo que el derecho exige.

Para poder ver cuál es la respuesta que el “derecho como tradición” da a este interrogante, es necesario volver momentáneamente a su teoría de la interpretación jurídica. A los fines de evitar que los jueces apelen a sus convicciones morales a la hora de interpretar el derecho, el “derecho como tradición” se compromete con la idea de que siempre hay una, pero solo una, respuesta que se ajusta a los antecedentes normativos relevantes. Esto significa que, además de la dimensión explícita de los antecedentes normativos, también forman parte del derecho los *únicos* principios capaces de justificar los antecedentes institucionales relevantes. Aquellos principios que conforman la moral “interna” o “positiva” del derecho.

Si tenemos en cuenta esto, podemos sostener que el “derecho como tradición” se presenta como una “teoría pura del ajuste”, una concepción del derecho que excluye cualquier tipo de dimensión valorativa en lo que se refiere a la interpretación de los antecedentes institucionales relevantes.⁷ El espacio que este modo de entender al derecho deja a los desacuerdos es bastante estrecho. Así, cuando dos jueces desacuerdan sobre lo que el derecho exige, se presentan dos posibilidades: o uno de los jueces no ha podido aprehender cuál es la *única* respuesta que se ajusta a los antecedentes institucionales; o simplemente se ha apartado a sabiendas de esta respuesta por considerarla moralmente incorrecta.

¿Es esta una buena interpretación de los desacuerdos? Sin lugar a dudas, los desacuerdos por cuestiones de ajuste existen en la práctica. Dos jueces pueden disentir de buena fe sobre si una determinada respuesta se acomoda satisfactoriamente a los antecedentes institucionales relevantes. El problema del “derecho como tradición” es que reduce todos los desacuerdos legítimos a desacuerdos sobre la dimensión de ajuste. Esto resulta sumamente implausible. Basta con leer los fundamentos de las resoluciones de los jueces, sobre todo en los casos difíciles, para advertir que la discusión muchas veces tiene lugar en la dimensión justificativa, cuando dos o más soluciones se ajustan a las decisiones políticas del pasado.

⁷ Nuevamente, cuando sostengo que el “derecho como tradición” es una “teoría pura del ajuste” me refiero al modo en que entiende la interpretación jurídica *en la práctica*.

El modo en que el “derecho como tradición” explica los desacuerdos en el derecho se deriva de la tesis más controvertida con la que se compromete esta concepción: aquella que sostiene la existencia de una, pero solo una, respuesta que se ajusta a los antecedentes institucionales relevantes. La riqueza del material normativo, la diversidad de fuentes y la complejidad de los asuntos con los que tienen que lidiar los tribunales vuelven implausible que siempre exista solo una solución que pueda dar cuenta de ese material. Es posible que esto último ocurra en la mayoría de los casos, aunque resulta difícil aceptar que suceda en todos.

El carácter implausible de esta tesis se pone de manifiesto cuando se compromete con la existencia de un único conjunto de principios –la moral positiva o interna– que pueda justificar las decisiones políticas del pasado vinculadas con el caso en cuestión. No hay nada que asegure que un conjunto de principios tal exista siempre para todos los casos, y la experiencia demuestra que ello no es así. Esa pretensión es especialmente problemática cuando consideramos la complejidad y diversidad del material normativo acumulado a lo largo del tiempo. Las decisiones políticas del pasado suelen responder a distintas concepciones de justicia y equidad, a veces incluso en tensión entre sí. Pretender que toda esta riqueza y complejidad pueda ser capturada por un único conjunto de principios, sin realizar ningún tipo de valoración moral al seleccionarlos y articularlos, parece más una expresión de deseo que una posibilidad real dentro de nuestra práctica jurídica.⁸

En este contexto, resulta curioso que Rosenkrantz recurra a la metáfora de la “novela en cadena” para explicar su comprensión del desarrollo jurídico. Dicho ejemplo fue introducido originariamente por Dworkin para ilustrar el modo en que funciona el “derecho como integridad” en su fase operativa. Dworkin propone que nos situemos como miembros de una peculiar empresa literaria, en la que cada uno de sus integrantes tiene a cargo de manera sucesiva el desarrollo de uno de los capítulos de una novela. Por supuesto que el primer participante gozará de libertad casi absoluta: podrá introducir personajes, definir el tema central y establecer

⁸ El presente argumento, relativo a la imposibilidad de encontrar una única respuesta que se ajuste a los antecedentes institucionales relevantes, se verá completado en la sección 8, al analizar dos célebres casos constitucionales.

los elementos fundamentales de la trama. El partícipe siguiente deberá ser deferente con ese primer capítulo y agregar uno nuevo que, a su entender, sea la mejor continuación posible de la historia dentro de las distintas continuaciones alternativas disponibles. Y así sucesivamente, donde cada nuevo capítulo implicará nuevas restricciones a futuro, pero siempre dejando abierta la posibilidad de que los nuevos participantes continúen la novela de manera más adecuada posible (Dworkin, 2022).

Para Dworkin, en la práctica jurídica sucede algo parecido. Los jueces encuentran antecedentes institucionales que guían, pero no siempre determinan, la resolución de los casos. Dos o más soluciones pueden ser compatibles con la historia institucional relevante. En esos casos, los magistrados deben buscar la respuesta que pueda verse como la mejor continuación de esos antecedentes, la que los muestre en su mejor luz moral *i.e.* la solución que mejor justifique la coerción estatal. La suya implicará sin lugar a dudas una tarea creativa, aunque no por eso arbitraria.

Esta forma de ver el derecho se da de bruces con lo que Rosenkrantz propone como la mejor interpretación de la práctica jurídica. A su juicio, los jueces deben circunscribirse a aplicar aquellos estándares que surjan de las tradiciones jurídicas que dan forma a la práctica sin que nunca puedan realizar consideraciones de moralidad personal o política para determinar la respuesta jurídicamente correcta. E incluso en los casos en que la dimensión explícita de los antecedentes institucionales no sea suficiente para resolver el caso en cuestión, deben limitarse a buscar el *único* conjunto de principios de moralidad personal o política que los justifique. A la luz del “derecho como tradición”, los jueces no tendrían un mayor espacio de creatividad que aquel que se requiere para terminar de armar un rompecabezas incompleto, en donde hay una y sola una pieza que encaja perfectamente en el patrón de piezas ya integradas.

5.1. Circularidad del método e inconsistencia en sus postulados

Hasta aquí he señalado que el “derecho como tradición” falla al pretender que siempre existe una única respuesta correcta que se ajuste al material normativo. Pero existe un problema más fundamental que afecta a la pro-

pia metodología que esta concepción propone para interpretar ese material. Como se indicó anteriormente, mediante un análisis riguroso de las distintas fuentes jurídicas (textos, jurisprudencia y su *rationale* subyacente), sería posible identificar una moralidad “positiva” o “interna” del derecho que operaría como criterio ordenador para dar coherencia a las decisiones pasadas.

El problema es que la interpretación de ese material no puede hacerse en el vacío, sino que requiere de criterios interpretativos previamente establecidos, criterios que a su vez deben surgir de la moralidad interna del derecho. No obstante, ¿cómo hacemos para identificar inicialmente la moralidad interna si para hacerlo necesitamos ya disponer de ella? Esta paradoja evidencia que la teoría de la interpretación sobre la que se basa el “derecho como tradición” presenta un problema de circularidad.

Un breve ejemplo permitirá aclarar la cuestión. Supón que un juez de nuestro país adopta al “derecho como tradición” como la mejor interpretación de la práctica jurídica. Este juez debe resolver si un determinado supuesto se encuentra amparado por el derecho de libertad de expresión. Para ello, recopila una serie de antecedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema sobre la temática: a) decisiones que protegen el discurso político, aunque disminuyan el bienestar general; b) precedentes que limitan expresiones que incitan a la violencia; c) sentencias que regulan la publicidad comercial; d) resoluciones sobre expresiones artísticas controvertidas y e) fallos sobre discursos de odio.

Al intentar identificar los principios que subyacen a estas decisiones nuestro juez se enfrentará a preguntas interpretativas fundamentales: “¿qué peso debo darle a cada decisión?, ¿las más recientes son más importantes?, ¿debo considerar los votos disidentes?, ¿cómo interpreto las tensiones que advierta entre los diferentes fallos?, ¿qué aspecto de cada decisión debo considerar como relevante y qué aspecto como intrascendente?”. De este modo, si nuestro juez enfatiza los casos del grupo a), interpretará que el principio subyacente es “la máxima protección posible a la libertad de expresión”. Si enfatiza los del grupo b), considerará que el principio en cuestión es el de “la libertad de expresión encuentra su límite en el daño a terceros”. También podrá advertir que existe una diferencia esencial entre el discurso político y el comercial, a partir del análisis de los grupos a) y c). O que el principio rector de la temática es aquel que establece un “balance

entre la libertad de expresión y la dignidad humana”, en base a los casos del grupo d).

A los fines de poder elegir y armonizar estas distintas interpretaciones, nuestro juez requerirá de criterios previos: criterios sobre lo que constituye una buena justificación jurídica, pautas que le permitan resolver las contradicciones que encuentre, directrices que le indiquen cuál es el papel que debe otorgarle al contexto histórico en que cada una de esas decisiones fue tomada, etc. Una teoría de la interpretación requerirá determinar, en definitiva, cómo resolver las tensiones entre los principios subyacentes. El problema que enfrentará nuestro juez es el siguiente: para no comprometer sus propias convicciones morales, deberá obtener estos criterios interpretativos exclusivamente de la moralidad “interna” del derecho. Sin embargo, para identificar esta moralidad “interna” en primer lugar, necesitará ya contar con aquellos mismos criterios interpretativos que supuestamente solo pueden derivar de ella. De modo que la idea de encontrar una moralidad interna puramente jurídica podría tratarse, en estos términos, de una empresa irrealizable.

El juez de nuestro ejemplo podría intentar salir de su encrucijada al apelar a los criterios que constituyen la tradición interpretativa de la comunidad. De esta forma, sortearía involucrar sus propias convicciones morales al aferrarse a los hechos positivos que determinan qué es lo que el derecho exige. ¿Es esta una salida convincente? Entiendo que esta posible solución no haría más que enfrentarlo a un nuevo problema. Para identificar los criterios que la tradición interpretativa le provee deberá embarcarse en la interpretación de esa tradición. Deberá así determinar qué es lo que cuenta como parte de la tradición interpretativa, qué peso debe darle a los distintos momentos históricos de esa tradición, cómo resolver las tensiones entre distintas líneas interpretativas y la importancia que cabe asignarle a las razones de moralidad política que las respaldan o que se tuvieron en cuenta en su adopción. Más aún, deberá decidir cómo tratar los casos donde la propia práctica exhibe desarrollos divergentes o contradictorios, qué hacer frente a tradiciones interpretativas que han sido abandonadas pero que podrían recuperarse, o cómo identificar el momento a partir del cual una práctica interpretativa se convierte en tradición o deja de formar parte de la misma. Y para resolver estas cuestiones necesitará, inevitablemente,

criterios normativos que no pueden derivarse de los meros hechos sociales que conforman la tradición. Lejos de haber desaparecido, su problema se habrá desplazado ahora hacia un nuevo nivel.

Es necesario advertir que mi reciente argumento –sobre el carácter imposible de la metodología interpretativa que presupone el “derecho como tradición”– es distinto de aquel que esbocé anteriormente sobre la imposibilidad de encontrar en todos los casos una única respuesta correcta que se ajuste al material normativo dado. Si bien son parecidos, apuntan a distintos momentos del proceso interpretativo. El primer argumento se centra en el resultado de ese proceso: plantea que, incluso al seguir la referida metodología interpretativa, podríamos llegar a dos o más conjuntos de principios que se ajusten a los antecedentes institucionales relevantes. El segundo argumento hace foco en el inicio del proceso interpretativo mismo: sostiene que no podemos siquiera comenzar a aplicar el referido método sin presuponer al mismo tiempo criterios valorativos. En el fondo, aunque estos argumentos apuntan a distintos momentos del proceso interpretativo, ambos revelan una misma verdad fundamental: la imposibilidad de separar la interpretación jurídica de las consideraciones valorativas.

El tercer y último argumento que presentaré en la presente sección en contra del “derecho como tradición” se vincula con la relación que existe entre sus postulados fundamentales. Considero que es posible resumir las principales ideas de la referida concepción y condensarla en estas dos proposiciones generales: 1) los antecedentes institucionales son por sí mismos suficientes para otorgar una respuesta correcta para cada caso que se presente ante los tribunales sin necesidad de apelar para ello a consideraciones morales sustantivas;⁹ 2) los jueces no deben valerse de sus propias convicciones morales al resolver los casos que se les presentan. ¿Cómo se relacionan ambas ideas?

La vinculación entre estas dos tesis admite dos posibles lecturas, cada una con sus propias dificultades conceptuales. La primera lectura sugiere una relación de necesidad: puesto que nuestra historia institucional y nuestras tradiciones jurídicas son inherentemente concluyentes, los jueces no

⁹ Cuando hablo de antecedentes institucionales me refiero no solo a su dimensión explícita sino también a la moral interna que los justifica.

necesitan –ni deben– recurrir a consideraciones morales. Sin embargo, esta interpretación revela una paradoja: si el material jurídico fuera verdaderamente autosuficiente para resolver cualquier caso, todo el andamiaje argumentativo que Rosenkrantz construye desde la moralidad política resultaría superfluo. Las consideraciones morales que él invoca en favor de su interpretación de la práctica solo cobran relevancia precisamente cuando el material jurídico admite múltiples interpretaciones igualmente plausibles.

Más aún, si las tradiciones jurídicas efectivamente determinaran una única respuesta correcta para cada caso, la prohibición de recurrir a consideraciones morales se reduciría a una trivialidad: los jueces no deberían apartarse de una solución jurídicamente unívoca en favor de sus preferencias morales. Ninguna concepción seria del derecho defendería tal desviación. La función judicial, por definición, implica la aplicación del derecho que es dado. Un juez que descarta la única solución que se ajusta a los antecedentes institucionales relevantes en favor de sus propias convicciones morales ha abandonado, en ese acto, su rol institucional.

La segunda lectura –aquella que entiendo se encuentra implícita en la conceptualización que realicé del “derecho como tradición” en la sección 4– propone una relación de causalidad inversa: existen razones de moralidad política que exigen que los jueces se abstengan de realizar consideraciones morales y que, en consecuencia, determinan que la historia institucional debe ser por sí sola concluyente. Pero esta interpretación incurre en una falacia lógica evidente: la completitud del derecho no se puede lograr *por decreto*. Que deseemos un sistema jurídico autosuficiente no lo convierte en tal.

Esta imposibilidad lógica nos conduce a una pregunta inexorable: cuando el material jurídico admite múltiples interpretaciones razonables, ¿qué alternativas tienen los jueces? Podrían excusarse de resolver la cuestión por silencio del derecho, pero no existe una actitud más alejada de nuestra práctica jurídica que esa. De modo que valerse de sus propias convicciones morales, de aquello que creen que es *objetivamente* justo o equitativo para inclinarse por una u otra lectura, se presenta como la única salida posible. Es importante destacar que esto no implica un salto fuera del derecho hacia la pura moralidad. Por el contrario, las consideraciones morales que guían la elección entre interpretaciones jurídicas plausibles forman parte integral de los fundamentos del derecho mismo. La natura-

leza moral de estas consideraciones no las hace menos jurídicas; son parte constitutiva del razonamiento legal, no una intrusión externa en él.

6. Responsabilidades epistémicas asimétricas

Rosenkrantz sostiene que nuestros antecedentes institucionales pueden determinar por sí solos una única solución jurídica para cada pleito. Dicho de otro modo, afirma que solo una solución puede ajustarse a esos antecedentes. Yo niego que ese sea el caso. Considero también que la mejor forma de resolver dicha controversia implica analizar casos difíciles que se han presentado ante los tribunales a los fines de desentrañar en qué consistía esa dificultad: si residía en la dimensión de ajuste (cuando *prima facie* había dos o más soluciones plausibles, pero al final de cuentas solo una de ellas superaba el umbral de ajuste necesario), o si, por el contrario, no se trataba de una mera cuestión de ajuste sino de justificación, si varias soluciones superaban el referido umbral haciendo necesario echar mano a criterios sustantivos de corrección.

Abordaré esa empresa interpretativa más adelante. No obstante, desde un punto de vista abstracto todavía puede decirse algo más al respecto. Previo al análisis de esos casos particulares, alguien podría pensar que con Rosenkrantz nos encontramos en posiciones simétricas: yo niego lo que él afirma. Sin embargo, eso no es así. Nuestras posiciones no son simétricas al menos en lo que respecta a nuestras responsabilidades epistémicas.

Sostengo que quien afirma que nuestras tradiciones jurídicas pueden por sí solas determinar la respuesta correcta a las controversias que se presentan ante los tribunales debe asumir la “carga de la prueba” en pos de respaldar esa posición. Para demostrar esto propongo olvidar toda la gruesa capa de antecedentes institucionales que presenta nuestro ordenamiento jurídico y situarnos en los albores de dicho ordenamiento, en su momento fundacional. Por supuesto que puede haber desacuerdo sobre cuándo ocurrió ese momento. Personalmente, considero que tuvo lugar con la sanción de la Constitución Nacional en 1853. Pero también reconozco que existen

buenas razones para suponer que ello ocurrió con la reforma de esa Constitución en 1860, luego de la batalla de Cepeda y la consiguiente incorporación de la provincia de Buenos Aires a la Confederación. Y alguien más podría atar ese momento a otro acontecimiento relevante. Sin embargo, a los fines del argumento que pretendo desarrollar, no es tan importante determinar *cuándo* ocurrió, sino más bien que *efectivamente* ocurrió.

Una vez ubicados en ese momento fundacional, advertiríamos que lo siguiente sería la construcción de nuestro ordenamiento jurídico. Se trataría de un libro con la mayoría de sus páginas en blanco, que requeriría completarse una por una. Pero dicha situación entrañaría una singularidad: las restricciones que nos plantearía nuestra historia institucional en ese contexto serían muy pocas, aunque no por ello poco importantes. Los jueces podrían disentir sobre si otorgar al principio de igualdad, receptado en el art. 16 de la Constitución, un carácter más formal o sustancial. Sin embargo, cualquier interpretación que sostuviera que la esclavitud se encontraba constitucionalmente permitida habría resultado inadmisibile. Asimismo, cualquier apelación a algún tipo de tradición jurídica para resolver las controversias que se presenten estaría condenada al fracaso: ella estaría por desarrollarse, y no ya desarrollada.¹⁰

Resulta obvio que el “derecho como tradición”, en tanto concepción interpretativa, no habría podido dar cuenta de nuestro ordenamiento jurídico en esos primeros momentos fundacionales. Pero esto no implica *per se* un argumento en contra de dicha concepción. Las exigencias de ajuste son sensibles al momento del objeto que se pretende interpretar. Por lo tanto, el hecho de que el “derecho como tradición” no haya sido una interpretación

¹⁰ Con esto no quiero decir que, al constituirse el nuevo ordenamiento jurídico, los jueces en funciones en ese momento hayan dejado de lado automáticamente muchas de las tradiciones interpretativas que venían observando hasta el momento. Es probable que ese no haya sido el caso. Pero lo importante no es si siguieron observando o no esas tradiciones, sino las razones que tenían para hacerlo. Con anterioridad a la constitución del nuevo régimen, el solo hecho de que esas fueran las tradiciones interpretativas dominantes podía ser considerado como una razón de peso para continuarlas. Sin embargo, a la luz del nuevo ordenamiento jurídico ese ya no era un argumento jurídicamente válido. Necesariamente esas líneas interpretativas debieron descansar, al menos en un primero momento, en consideraciones de moralidad política de distinta naturaleza.

competente de nuestro ordenamiento en su momento fundacional no nos dice necesariamente nada acerca de sus méritos actuales.

Como indiqué anteriormente, el “derecho como tradición” se compromete con una idea sumamente exigente de completitud. Esta pretende que nuestras tradiciones jurídicas, y los antecedentes institucionales en los que se sustentan, pueden determinar por sí solas (léase, sin necesidad de realizar consideraciones de moralidad personal o política controvertidas) la respuesta correcta a cualquier disputa jurídica. O, lo que es lo mismo, que solo hay una solución jurídica que se ajusta a tales antecedentes. Por ende, quien pretenda sostener al “derecho como tradición” como una interpretación competente de nuestro ordenamiento jurídico debe aceptar la existencia de dos momentos diferenciados. Un primer momento *T1*, desde el instante fundacional del ordenamiento jurídico hasta el “punto de inflexión”; y un segundo momento *T2*, desde este punto hasta nuestros días. Llamo “punto de inflexión” al momento histórico a partir del cual nuestros antecedentes institucionales se volvieron autosuficientes para determinar, por sus propios méritos y sin necesidad de juicio de valor alguno, la solución para cualquier caso posible.

Lo recién expuesto permite dar cuenta de por qué sostengo que existe una falta de simetría entre la posición de Rosenkrantz y la mía, al menos en lo que respecta a nuestras responsabilidades epistémicas. Puesto que indefectiblemente partimos de un comienzo sin tradiciones ni antecedentes institucionales que limiten de manera categórica las posibles soluciones a las controversias jurídicas, Rosenkrantz necesariamente debe comprometerse, para que su posición sea plausible, con la existencia de un punto de inflexión como el que indiqué anteriormente. Un momento en la historia institucional a partir del cual las decisiones del pasado comenzaron, por sí solas, a determinar todas las soluciones posibles. Para el “derecho como tradición” se trata de una suposición crucial. Sin embargo, no alcanza meramente con afirmar que las cosas son así, que ese punto de inflexión efectivamente se alcanzó. Se necesita algo más al respecto.¹¹

¹¹ De hecho, las cosas para el “derecho como tradición” son todavía más complejas de lo que he insinuado. Es que he presupuesto en mi análisis que al alcanzar el “punto de inflexión” nuestra historia institucional permanecerá autosuficiente para dar una respuesta completa

La asimetría identificada coloca a Rosenkrantz en una posición especialmente vulnerable. Bastaría con encontrar un solo caso en el que la dimensión de ajuste no sea concluyente a los fines de determinar la solución jurídicamente correcta (*v.gr.* porque existen al menos dos conjuntos distintos de principios que puedan dar cuenta de los antecedentes institucionales relevantes) para demostrar que el “derecho como tradición”, en tanto concepción interpretativa, no se sostiene. Por el contrario, y salvo que pueda encontrar un argumento general en favor de que los antecedentes institucionales son suficientes para dar respuesta a todas las controversias posibles (me cuesta imaginar cómo sería un argumento tal), Rosenkrantz deberá demostrar que las cosas son así en cada uno de los casos que se presenten ante los tribunales. Será un desafío siempre presente, una concepción del derecho siempre en jaque ante la posibilidad de que aparezca algún caso que demuestre que la tradición, por sí sola, no es suficiente.

Ahora bien, Rosenkrantz podría intentar cuestionar la pretendida asimetría de nuestras posiciones invocando algo como lo siguiente: “Es cierto que el ‘derecho como tradición’ fallaría en tanto concepción interpretativa si se pudiera encontrar algún caso en que las decisiones del pasado no pudieran determinar por sí solas la respuesta jurídicamente correcta. Fallaría en ese caso la suposición de que los antecedentes institucionales son suficientes para dar respuesta a todas las controversias posibles. Pero este es un desafío también presente en el ‘derecho como integridad’. Es que dicha concepción también se compromete con la aptitud del derecho para estipular una respuesta correcta para todas las controversias posibles. De modo que bastaría con encontrar un solo caso en donde los mejores principios que se deriven del material normativo no ofrezcan una única respuesta a la controversia en cuestión para demostrar que el ‘derecho como integridad’

a todas las controversias que puedan presentarse. Pero esto no necesariamente debe ser así. Una nueva ley formulada en términos vagos o ambiguos, o cuyas normas puedan ser justificadas a la luz de dos conjuntos de principios morales distintos, podría romper con esa autosuficiencia. De modo que no alcanza con alegar que el “punto de inflexión” se alcanzó en algún momento particular de nuestra historia institucional, sino que también es necesario agregar que las posteriores decisiones institucionales no implicaron un retroceso en lo que se refiere a la completitud de nuestras tradiciones jurídicas.

en tanto concepción interpretativa, es falso. Ambas concepciones estarían en jaque permanentemente, y no solo el ‘derecho como tradición’.

¿Puedo decir algo en favor de la pretendida asimetría de ambas concepciones con relación a este punto? Por supuesto que sí. El “derecho como tradición” excluye toda posibilidad de realizar consideraciones de moralidad personal o política al determinar la respuesta jurídicamente correcta. A la luz de dicha concepción, un juez solo puede valerse legítimamente de aquellos principios morales que justifiquen inequívocamente los antecedentes institucionales relevantes. Esto hace que su mirada hacia “arriba”, esto es, hacia principios morales justificativos, sea de corto alcance. Es que mientras más específicos sean, y menos se alejen de los antecedentes que pretenden justificar, más probable será que cumplan con el requisito excluyente que plantea el “derecho como tradición”: ser el único conjunto de principios que se ajuste a dichos antecedentes. Pero esto se logrará a costa de abarcar un potencial menor número de casos que puedan ser resueltos a la luz de esos principios. En cambio, mientras más nos alejemos de los antecedentes institucionales relevantes, y los principios se vuelvan más abstractos y generales, aumentará la posibilidad de que no sean unívocos en el sentido que requiere el “derecho como tradición”.

En el “derecho como integridad” las cosas son distintas. Puesto que además de la dimensión de ajuste también admite como legítima la dimensión de la justificación de los antecedentes institucionales, resulta plenamente válido recurrir a principios justificantes sumamente generales y abstractos cuando principios más específicos no brinden respuesta a la controversia. Tampoco resulta necesario aquí que esos principios sean los únicos que puedan justificar los antecedentes relevantes. Basta con que sean los mejores. Por lo tanto, el número de potenciales casos a los que puede dar una respuesta el “derecho como integridad” es virtualmente infinito. Sus límites a esos efectos se acercan a los límites que presenta la pura moral para determinar una única respuesta correcta a cualquier controversia posible.

7. ¿El “derecho como tradición” justifica nuestra práctica jurídica?

Hasta aquí, la mayoría de mis críticas se han concentrado fundamentalmente en la dimensión de ajuste del “derecho como tradición”. He insistido con la idea de que los antecedentes institucionales no logran determinar siempre por sí solos una única respuesta correcta para todas las controversias que puedan presentarse ante los tribunales. Tampoco pueden brindar una única respuesta correcta aquellos principios que *inequívocamente* justifiquen esos antecedentes. La contingencia interpretativa se evidencia precisamente en la imposibilidad de construir principios jurídicos que agoten completamente su sentido normativo mediante una univocidad absoluta.

Pero el problema es aún mayor. Resulta difícil imaginar cómo podrían las decisiones institucionales del pasado por sí solas prever una única respuesta correcta para todas las potenciales controversias jurídicas. No se trata ya del hecho de que el “derecho como tradición” no constituya una interpretación competente de un sistema jurídico como el nuestro, sino que cuesta representarse cómo deberían estructurarse nuestras prácticas jurídicas para que el “derecho como tradición” pueda mostrarse como una lectura plausible de estas.

De modo que las carencias del “derecho como tradición” en su dimensión de ajuste a nuestras prácticas jurídicas se llevan casi todo el peso de mis críticas. También por esa razón, ahondar en sus deficiencias *valorativas*, esto es, en aquellas relativas a la dimensión justificativa de esas prácticas, podría resultar superfluo. No resulta productivo analizar el atractivo moral de una interpretación cuando esta no logra ajustarse mínimamente al objeto interpretado. Sin embargo, creo que algo puede decirse al respecto.

Como indiqué anteriormente, para Rosenkrantz el derecho podrá realizar a escala social valores como la justicia y la equidad, al tiempo de lograr la cooperación entre los miembros de la comunidad, solo si sus disposiciones pueden ser concebidas como razones protegidas; es decir, como razones que excluyen de su consideración toda otra razón aplicable al caso. Y, a su juicio, solo lo que he llamado “derecho como tradición” puede materializar dichos valores. Cualquier otra concepción interpretativa que permita a los jueces efectuar consideraciones morales a la hora de resolver los casos inevitablemente los frustraría.

Por otro lado, también invoca razones democráticas para excluir a los jueces de valerse de sus propias convicciones morales al resolver los casos

que se les presenten. Si los magistrados invocan presupuestos morales que no compartimos, se generaría una transferencia de poder desde los órganos que representan la voluntad popular hacia los jueces. Estos dejarían de ser meros “aplicadores” del derecho material y se convertirían en sus creadores. Renunciaríamos a nuestra condición de democracia y nos volveríamos una “juristocracia”.

¿Son atinadas las consideraciones sustantivas que Rosenkrantz realiza sobre su propia concepción interpretativa del derecho? Examinaré el primer grupo de valores que presenta, entre los que ubica de manera general a la justicia, la equidad y la cooperación social. ¿Realmente las consideraciones morales de los jueces impedirían su realización? Dudo que ese sea el caso.

Rosenkrantz considera que la Corte Suprema debe “contribuir a garantizar la seguridad jurídica que el país necesita para generar riqueza” (Rosenkrantz, 2016, p. 89). Según su perspectiva, la realización de consideraciones morales por parte de los jueces atentaría contra la seguridad jurídica necesaria para el desarrollo de la cooperación social. Conforme a esta visión, los miembros de la comunidad necesitan poder conocer anticipadamente qué reglas y principios regirán sus relaciones con el resto de sus conciudadanos. Y el “derecho como tradición” se presentaría como un gran aliado al respecto, porque garantizaría que esas reglas y principios emerjan de una derivación inequívoca de los antecedentes institucionales relevantes. Esto contrasta con el “derecho como integridad”, a cuya luz las relaciones jurídicas de las personas dependerían de los siempre imprevisibles juicios de valor que realicen los jueces de turno.

No obstante, basta con poder hallar un contraejemplo para refutar la idea de que la exclusión absoluta de consideraciones morales por parte de los jueces constituye una condición necesaria de la cooperación social. Considero también que el mejor contraejemplo lo constituye la práctica jurídica de tradición anglosajona, principalmente aquella que se desarrolla en Estados Unidos e Inglaterra. Allí, los jueces ocasionalmente recurren a consideraciones morales al resolver los casos que se les presentan cuando las decisiones precedentes resultan insuficientes para determinar una solución unívoca. Lo hacen sobre todo cuando la *ratio decidendi* de los fallos

del pasado es equívoca, de modo que admite más de una lectura posible.¹² Y resulta difícil sostener seriamente que dicha circunstancia ha constituido un obstáculo para el progreso y la cooperación social en esas comunidades.

Como indiqué anteriormente, el error en esta forma de pensar reside en el alcance que generalmente se le atribuye al “derecho como integridad”. Esta concepción no requiere que los jueces recurran *siempre* a consideraciones morales a la hora de aplicar las normas que se derivan de las decisiones jurídicas del pasado. Ni siquiera demanda dicha actitud en la mayoría de los casos. En los ordenamientos jurídicos modernos, las más de las veces las soluciones vendrán impuestas por dichas decisiones sin que quede un margen interpretativo significativo. Los jueces deberán realizar consideraciones morales cuando los antecedentes institucionales relevantes sean insuficientes por sí solos para determinar la respuesta jurídicamente correcta. También cuando los mejores principios que justifiquen las decisiones del pasado exijan, en un proceso de reinterpretación constructiva, que se deje de lado algún particular antecedente institucional por entender que de esa forma se logra una comprensión más íntegra del derecho. No obstante, este último supuesto constituirá un fenómeno infrecuente. La deferencia de la integridad hacia el pasado institucional promueve la adhesión a las decisiones precedentes e impide que el reconocimiento de *errores* históricos se vuelva una práctica recurrente. De modo que el “derecho como integridad” presenta la suficiente rigidez para garantizar el florecimiento de la cooperación social y la flexibilidad necesaria para permitir un paulatino cambio del derecho.

La idea de cooperación social que invoca Rosenkrantz y su vinculación con la seguridad jurídica necesaria para la generación de riqueza exhibe también una innegable impronta *utilitarista*. No procuro aquí reeditar el arsenal de argumentos que se le han dirigido a esa corriente filosófica desde posiciones deontológicas. Lo que sí pretendo afirmar es que nuestra historia institucional, principalmente nuestra historia constitucional, no descansa sobre bases utilitaristas. Como el propio Rosenkrantz reco-

¹² Para un extraordinario abordaje sobre del modo en que los jueces de dichas tradiciones anglosajonas se basan en consideraciones morales cuando los antecedentes institucionales por sí solos no resuelven la cuestión, véase McCormick (1978).

noce, los derechos constitucionales funcionan como “cartas del triunfo” que las personas pueden oponer frente a las mayorías. Precisamente por ello, estos derechos deben ser respetados y honrados incluso a costa de sacrificar la riqueza marginal que de otro modo podríamos alcanzar. Pretender excluir, por razones utilitaristas, las consideraciones morales a las que muchas veces deben acudir los jueces para determinar el contenido y alcance de esos derechos constitucionales supondría desconocer la propia naturaleza y función de estos derechos como límites infranqueables al bienestar agregado.

¿Y qué sucede con la objeción democrática a la posibilidad de que los jueces realicen consideraciones morales? ¿Se trata de una objeción sustancial? En primer lugar, conviene advertir que este modo de ver las cosas descansa sobre una particular *concepción* del concepto más general de democracia. Una concepción que sostiene que todo juicio autoritativo de moralidad personal o política debe estar reservado a los ciudadanos y sus representantes. De modo que cada vez que los jueces –cuyas credenciales democráticas son endebles– imponen sus propias convicciones morales respecto de aquello que consideran más justo o equitativo no hacen más que usurpar atribuciones que no les corresponden. Este modo de entender la democracia suele estar presente en concepciones formalistas o procedimentalistas, concepciones que priorizan el *cómo* se resuelve por sobre *qué* es lo que se resuelve. Sin embargo, si entendemos a la democracia no como un mero mecanismo de toma de decisiones por mayorías transitorias, sino también como un valor que además exige un particular modo de tratar a los miembros de la comunidad política, la objeción perdería mucho del peso que aparenta tener. Intentaré ilustrar esta última idea en la próxima sección, al analizar un célebre fallo de la historia constitucional norteamericana.

Independientemente de ello, existe una tensión fundamental en la postura de Rosenkrantz respecto a la deferencia hacia las tradiciones interpretativas y su argumento democrático en contra del razonamiento moral por parte de los jueces. Si el fundamento para excluir consideraciones morales en la interpretación judicial es la preservación de la democracia –evitar un traspaso ilegítimo de poder desde los órganos representativos de la voluntad popular hacia el Poder Judicial–, cabe cuestionarse por qué

deberíamos ser deferentes hacia tradiciones interpretativas que carecen de credenciales democráticas sólidas. No todas las tradiciones que conforman la práctica jurídica poseen el mismo valor desde una perspectiva democrática. Mientras que las leyes emanadas del Congreso provienen de órganos representativos, las tradiciones interpretativas judiciales surgen de instituciones contramayoritarias. Si bien Rosenkrantz podría sostener que estas últimas han sido tácitamente convalidadas por el poder democrático al no ser modificadas legislativamente, este argumento resulta endeble: la ausencia de reforma legislativa podría obedecer a otros factores (costos políticos, otras prioridades, etc.) y no necesariamente a una genuina aceptación democrática. En consecuencia, se advierte una inconsistencia en su teoría: por un lado, objeta que los jueces apelen a sus propias convicciones morales por fundamentos democráticos, pero, al mismo tiempo, defiende la deferencia hacia tradiciones interpretativas forjadas... por los propios jueces. Esta tensión sugiere que Rosenkrantz necesita, o bien elaborar una justificación alternativa para la deferencia hacia las tradiciones interpretativas judiciales, una que no dependa de argumentos democráticos, o bien aportar criterios para distinguir qué tradiciones cuentan con aval democrático y cuáles no (en lugar de exigir deferencia generalizada hacia ellas).

8. Casos constitucionales

8.1. *Brown v. Board of Education*

Hasta aquí, la mayoría de mis consideraciones han sido netamente teóricas. En lo que sigue, me propongo examinar distintos casos constitucionales para someterlas a prueba. Estos casos serán el campo de batalla en donde procuraré demostrar, mediante ejemplos empíricos, que el “derecho como tradición” no constituye una lectura adecuada de nuestra práctica jurídica.

Para ello, empezaré analizando su capacidad para dar cuenta de lo resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Brown v. Board of Education* (1954). Antes de comenzar, es necesario aclarar que el “derecho como tradición” fue presentado con el objeto de ser la mejor interpretación

de la práctica jurídica argentina, y analizar sus méritos a la luz de lo resuelto en una práctica jurídica distinta (la norteamericana) podría ser señalado como engañoso. Sin embargo, se trata de una crítica endeble. Las tradiciones jurídicas argentinas y norteamericanas son suficientemente similares.¹³ E incluso la práctica norteamericana muestra una mayor univocidad en sus tradiciones, a diferencia de lo que sucede en el plano local, donde las tradiciones son más fluctuantes. De modo que, si el “derecho como tradición” es una interpretación plausible de nuestra práctica jurídica, con mayor razón lo debe ser de la práctica norteamericana.

Brown se trata sin lugar a dudas del caso más emblemático de la historia constitucional moderna. Además, representa, al menos *prima facie*, un desafío explícito para el “derecho como tradición”. Con anterioridad a *Brown*, la Corte Suprema había resuelto en *Plessy v. Ferguson* (1896) que la segregación racial era constitucionalmente legítima. Para ello se valió de la doctrina “separados pero iguales”, al entender que no se violentaba la decimocuarta enmienda de la Constitución Norteamericana por el mero hecho de segregar a las personas negras, siempre que se les garantizara las mismas prestaciones que se garantizaba a las personas blancas. Tras *Plessy*, los tribunales norteamericanos inferiores aplicaron la doctrina “separados pero iguales” de manera sistemática en los distintos ámbitos de la vida en donde la segregación tenía lugar.

Como es sabido, en *Brown* la Corte Suprema abandonó la doctrina adoptada en *Plessy* y declaró que la segregación racial era inconstitucional al considerarla “intrínsecamente desigualitaria”. A la luz de las exigencias del “derecho como tradición”, ¿fue *jurídicamente* correcta la decisión de la Corte, o cometió un error *jurídico* al fallar del modo en que falló? El dilema

¹³ Ambos sistemas jurídicos presentan constituciones escritas rígidas y control de constitucionalidad de las decisiones de los poderes ejecutivos y legislativos en manos del poder judicial. Y el aspecto que generalmente se identifica como la principal diferencia entre ambas tradiciones –el trato que se hace del precedente– no resulta definitorio luego de un estricto análisis. Es que la práctica jurídica argentina demuestra un fuerte apego por parte de los tribunales inferiores, al menos de la jurisprudencia que emana de los tribunales superiores. Y, por otro lado, la práctica jurídica norteamericana carece de la univocidad que insistentemente se le quiere atribuir: sus partícipes descuerdan, muchas veces, sobre la fuerza de los precedentes y el alcance que deben darle al principio del *stare decisis* (véase al respecto, *Dobs vs. Jackson Women's Health Organization*, n° 19-1392, 597 U.S.).

es evidente. Afirmar que la Corte acertó jurídicamente al resolver del modo en que lo hizo echa por tierra la idea de que la tradición determina siempre y en todos los casos la solución correcta. Esto demostraría que los postulados sobre los que se asienta el “derecho como tradición” son falsos.

Por otro lado, afirmar que la Corte se equivocó jurídicamente tampoco se presenta como una alternativa seductora. *Brown* representó un quiebre en la historia jurídica norteamericana. Se trató del puntapié inicial a partir del cual se comenzaron a dismantlar todas las políticas segregacionistas que discriminaban a las personas negras. Su atractivo moral es innegable: la segregación racial constituía una práctica de tal perversidad que su sola legitimación dentro de la práctica teñía de injusto al derecho en su totalidad. De modo que, si una concepción interpretativa de la práctica no puede dar cuenta de este caso como un claro acierto jurídico, perderá entonces gran parte de su atractivo moral.

¿Es posible escapar de los cuernos del dilema? Recientemente, Rosenkrantz ha sugerido una posible salida. Esta consiste en evaluar la corrección jurídica de una determinada decisión judicial en base a criterios *ex post facto*. Su corrección sería no solo descubierta, sino *constituida* con posterioridad a la decisión misma. Para ejemplificar su posición, Rosenkrantz realizó un paralelismo entre *Brown* y la *Fountain* de Duchamp. En el marco de una muestra universal, Duchamp envió como pieza artística un mingitorio. Inició así una tradición (“ready-mades”) mediante la cual se resignificaba el sentido mismo de objetos corrientes, los cuales a partir ese acto comenzaban a producir emoción estética. Según Rosenkrantz, así como la validez artística de la *Fountain* fue constituida por su posterior aceptación y su impacto en el mundo del arte, decisiones judiciales como *Brown* podrían ser validadas por su posterior impacto transformador en la práctica jurídica. Así como Duchamp “cambió el ojo” y comenzó a formar parte del canon artístico, la corrección de *Brown* podría derivarse de su capacidad de “cambiar el ojo” en la práctica jurídica (Rosenkrantz, 2024a).

¿Se trata esta de una salida efectiva del dilema? El problema que advierto es que, al aceptar la existencia de criterios de corrección *ex post facto*, renunciamos a la posibilidad de conocer, al momento de la toma de la decisión, si la misma constituye la respuesta *jurídicamente* correcta. Solo restaría suspender el juicio y aguardar la recepción que dicha decisión

tiene en el resto de los participantes de la práctica jurídica y su fuerza para transformar a la práctica misma. Además, la idea de criterios de corrección *ex post facto* implica una traición abierta a los fundamentos del “derecho como tradición”: para analizar la corrección de una decisión judicial nos compele a dejar de mirar hacia el pasado y concentrarnos en el futuro. No serán ya las tradiciones las que determinen lo jurídicamente correcto, sino la capacidad de transformación de la decisión en cuestión.

Considero que el error más fundamental radica en el modo de entender la *Fountain* de Duchamp y lo resuelto por la Corte Suprema en *Brown*. La *Fountain* no era meramente un objeto a la espera de validación futura. El mero gesto conceptual de tomar un objeto ordinario, reposicionarlo y firmarlo constituía en sí mismo un acto artístico que desafiaba las nociones tradicionales del arte. Su significación artística estaba presente en el momento mismo de su creación, en su capacidad de cuestionar los cánones establecidos, independientemente de cómo fuera recibida posteriormente por la crítica.

Igualmente, lo resuelto por la Corte en *Brown* fue la decisión jurídicamente correcta al momento de ser dictada y no en razón de su recepción posterior y su capacidad transformadora. El Juez Warren creía que esa decisión era la mejor interpretación de la Constitución y de los antecedentes institucionales relevantes, y no la mera imposición de una idea sin anclaje en la práctica jurídica. Incluso aunque la actitud segregacionista de los estados sureños se hubiera terminado imponiendo y la decisión de la Corte hubiera quedado solo en buenas intenciones, dicha circunstancia no la habría privado en lo más mínimo de su corrección jurídica.

Este primer intento de escape al dilema fracasa. ¿Es posible pensar en alguna otra salida al problema que *Brown* le plantea al “derecho como tradición”? Rosenkrantz podría sostener que *Brown* no constituía un caso problemático respecto de lo que el derecho exigía como correcto. Se trataría, más bien, de un caso donde se cuestionaba la *fuerza* vinculante del derecho. En otras palabras, un caso en el que la tradición indicaba claramente una solución –el rechazo de la pretensión del demandante y la legitimación de la segregación racial–, de modo que la verdadera cuestión radicaba en determinar si se debía fallar conforme a derecho o si, por estrictas razones

de justicia sustantiva, los jueces debían apartarse de la solución jurídicamente correcta.

No obstante, esta aparente solución no resuelve el problema, sino que tan solo lo disuelve. Queremos una concepción que pueda dar cuenta de que *Brown* era la decisión jurídicamente correcta, no una que lo reconozca como un error jurídico, aunque finalmente justificado –considerados todos los aspectos relevantes– por estrictas razones de justicia. La segregación racial es inherentemente injusta porque niega abiertamente la igual dignidad de cada persona. Por lo tanto, una concepción del derecho que pueda dar cuenta de dicha convicción como parte del razonamiento jurídico –al considerar a *Brown* como un acierto jurídico– será necesariamente superior a cualquier otra que solo pueda justificarlo por razones exclusivamente externas al ordenamiento –reconociendo a *Brown* como un error jurídico, aunque finalmente justificado por fuertes razones de moralidad política–.

De modo que esta pretendida solución al problema que *Brown* le plantea al “derecho como tradición” no es más que la admisión de una derrota incondicional: reconoce precisamente aquello que cualquier concepción interpretativa del derecho debería evitar.

Pero hay más. Todo el análisis precedente presupone que la tradición jurídica era unívoca respecto a la doctrina “separados pero iguales” adoptada en *Plessy*. Me propongo ahora revisar esa idea. En *Cumming v. County Board of Education* (1899), la Corte validó la decisión de un condado de Georgia de cerrar la única escuela secundaria para personas negras mientras mantenía abierta la escuela para personas blancas. Argumentó que no había discriminación porque la decisión se basó en la existencia de recursos limitados. En *Gong Lum v. Rice* (1927) entendió que la doctrina “separados pero iguales” era aplicable a todas las clasificaciones raciales y por lo tanto consideró que no se violaba la cláusula de la igual protección si una niña de ascendencia china se veía obligada a asistir a una escuela para negros.

No obstante, a la par, la Corte también adoptó una serie de decisiones que, si bien formalmente operaban en el marco de la doctrina sentada en *Plessy*, adoptaban una concepción más robusta de igualdad. Así, en *Strauder v. West Virginia* (1880), la Corte declaró inconstitucional una ley estatal que prohibía a los negros servir como jurados por entender que las leyes que discriminan explícitamente por raza violan la cláusula de la igual pro-

tección. En *Missouri ex rel. Gaines v. Canada* (1938), dispuso que Missouri debía admitir estudiantes negros en su facultad de derecho si no proveía instalaciones equivalentes. Agregó que enviar estudiantes a otros estados no satisfacía la doctrina del “separados pero iguales” y enfatizó que la igualdad debe ser inmediata y presente, no futura. En *Sipuel v. Board of Regents* (1948), reafirmó lo resuelto en *Gaines* e indicó que el estado de Oklahoma debía proporcionar educación legal a estudiantes de color del mismo modo que lo hacía con estudiantes caucásicos. En *Shelley v. Kraemer* (1948), la Corte indicó que aquellos pactos racialmente restrictivos en los títulos de propiedad no podían ser ejecutados ante los tribunales. Finalmente, en *Sweatt v. Painter* (1950), sostuvo que una *facultad de derecho* segregada para personas de color podía no proporcionar iguales oportunidades educacionales. Consideró que existen factores intangibles que no pueden ser medidos de forma objetiva pero que determinan el valor de una facultad de derecho.

El camino seguido por la Corte desde *Strauder* hasta *Sweatt* revela que, si bien dominante, *Plessy* no era la única tradición interpretativa que existía para el momento en que la Corte tuvo que resolver *Brown*. Existía también otra línea jurisprudencial emergente conformada por fallos que no eran meras excepciones a *Plessy*, sino que reflejaban una nueva comprensión fundamentalmente distinta del valor de la igualdad. Esto demuestra que no existía una sola tradición que impusiera el modo correcto en que debía ser resuelto *Brown*, sino que había dos tradiciones incompatibles, dos modos diferentes interpretar la cláusula de igual protección ante las leyes. Si esto es así, al resolver *Brown*, el Juez Warren y el resto de sus colegas no tuvieron otra alternativa que analizar la dimensión justificativa de ambas líneas interpretativas y determinar cuál de las dos implicaba la mejor lectura moral de la Constitución, cual volvía a la comunidad norteamericana la mejor comunidad política que podía ser. Esta necesidad ineludible de realizar juicios morales sustantivos para elegir entre tradiciones interpretativas incompatibles refuta la tesis central del “derecho como tradición”: la idea de que la tradición por sí sola puede determinar la respuesta jurídicamente correcta.

Por último, me gustaría enfatizar los efectos que tuvo la decisión de la Corte al declarar inconstitucional la segregación racial. Hasta ese momento,

la separación entre personas negras y personas blancas atravesaba los más diversos ámbitos de la vida: educación (escuelas y universidades), transporte (trenes y colectivos), espacios públicos (baños, parques, hospitales), servicios (restaurantes, hoteles, cines), vivienda (barrios) e incluso cementerios. En todos estos ámbitos se reservaba un lugar para las personas negras y otro para las blancas. Pero más fundamentalmente, la segregación funcionaba como un mecanismo sofisticado de exclusión política y social. El colectivo de personas negras constituía, en términos de John Ely, una minoría “discreta e insular”. Las personas negras se encontraban excluidas sistemáticamente de la participación política, sin poder político efectivo en los estados segregacionistas y eran incapaces de proteger sus intereses a través del proceso legislativo normal. El proceso de transformación que se inició con *Brown* vino a poner fin a esa situación de aislamiento. De modo que la democracia norteamericana no se vio socavada por la Corte al valerse de consideraciones de moralidad política para dictar sentencia en *Brown*. Por el contrario, comenzar a tratar a las personas negras como *miembros genuinos* de la comunidad política, reconocer y respetar su *igual dignidad*, no tuvo otro efecto que el de *perfeccionar* la democracia.

8.2. Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional

Corresponde ahora analizar los méritos del “derecho como tradición” a la luz de un reconocido fallo de la historia constitucional argentina.

Mediante la ley 24.309 (1993), el Congreso de la Nación declaró la necesidad de la reforma de la Constitución Nacional (CN) y habilitó en ese acto la modificación del art. 86 de la Carta Magna referente a las atribuciones del Poder Ejecutivo (actual art. 99 de la CN). El anterior artículo 86 de la CN en su inc. 4° establecía lo siguiente: “El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: (...) 4. Nombra los magistrados de la Corte Suprema y de los demás tribunales federales inferiores, con acuerdo del Senado”.

La Convención Constitucional decidió reformar la referida disposición, la cual quedó redactada de la siguiente manera:

El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones:(...)

4. Nombra los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto. Nombra los demás jueces de los tribunales federales inferiores en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, en sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos. Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite.

En el caso *Fayt* (1999), la mayoría de la Corte declaró la nulidad de la reforma introducida por la Convención Constituyente en lo que respecta al límite para la permanencia en el cargo de los magistrados federales. Sostuvo que la Convención había excedido el ámbito de actuación habilitado por el Congreso de la Nación al dictar la ley que declaró la necesidad de reforma. En particular, estableció que la fijación del límite de edad para la duración del cargo de los magistrados importaba una alteración del art. 96 de la CN (actual art. 110) que consagraba la garantía de inamovilidad de los jueces en sus cargos.

En *Schiffirin* (2017), la mayoría de la Corte (Jueces Maqueda, Rosatti y Lorenzetti) se apartó de la doctrina sentada en *Fayt* y concluyó que la Convención del año 94' había actuado dentro de sus facultades al modificar la mencionada disposición. Por el contrario, la minoría (Juez Rosenkrantz) mantuvo el criterio de la Corte sentado en *Fayt* y votó en favor de declarar la nulidad de la referida reforma.

De una atenta lectura del fallo se evidencia que la tradición, por sí sola, no podía determinar la solución *jurídicamente* correcta, sino que se presentaban, al igual de lo que sucedía en *Brown*, dos niveles de tradición superpuestos, dos líneas interpretativas incompatibles entre sí.

Por un lado, la mayoría sostuvo que el control judicial, en los casos de procesos de reforma constitucional, se debe limitar únicamente a corroborar la concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que con-

dicionan la sanción de la norma constitucional reformada (conforme se sostuvo en el caso *Soria de Guerrero* (1963). Agregó que la Convención Constituyente representa la voluntad soberana del pueblo al tratarse del órgano que cuenta con el más alto grado de representatividad.

No obstante, la mayoría de los jueces sostuvo que en *Fayt* ese criterio amplio de deferencia hacia la actividad de la Convención no fue respetado, al haber entendido la Corte en esa oportunidad que el Congreso podía establecer no solo la necesidad de la reforma constitucional sino también su contenido. Agregó que, de llevarse esta metodología al extremo, un poder constituido (el legislativo) podría dictar una ley de necesidad de reforma estableciendo su contenido de modo tan preciso que a la Convención Constituyente no le quedaría otra alternativa que aceptar esas modificaciones o no, invirtiendo así la relación entre poder constituido y constituyente.

Los Jueces Maqueda, Rosatti y Lorenzetti entendieron que solo cabría descalificar la actividad de la Convención cuando: a) se demuestre categóricamente que existe una grave, ostensible y concluyente discordancia sustancial que haga absolutamente incompatible la habilitación conferida por el Congreso en su facultad pre-constituyente y la actuación llevada a cabo por la Convención; y b) lo decidido por la Convención afectara de un modo sustantivo y grave al sistema republicano receptado en la Constitución o a los derechos fundamentales previstos en el bloque de constitucionalidad federal. Sin embargo, consideraron que la reforma practicada por la Convención al actual art. 99 de la CN no infringía ninguno de esos dos criterios.

En primer lugar, la mayoría sostuvo que la ley 24.309 incluyó como materia de reforma las atribuciones del Poder Ejecutivo y que, entre esas atribuciones, se encontraba la imprescindible intervención de dicho Poder en el proceso de nombramiento de jueces federales. A su juicio, el nuevo nombramiento de los jueces al cumplir 75 años de edad no era más que una extensión del régimen de selección de magistrados previsto en el inc. 4° del actual art. 99 de la CN, manteniendo intactos los mecanismos de contrapeso institucional que caracterizaban al sistema original. Añadió que, por dicha razón, el constituyente realizó una exégesis racionalmente posible del alcance de la norma habilitante con evidente sustento en la letra de la ley 24.309, al entender que la facultad para regular una atribución comprende necesariamente la potestad de establecer las condiciones para

su ejercicio, y que la incorporación del límite de edad no era más que una modalidad de la atribución del nombramiento de jueces. Y agregó que de ninguna manera la actuación de la Convención con respecto a ese extremo implicó una grave, ostensible y concluyente discordancia sustancial que hiciera absolutamente incompatible dicha actuación con la habilitación conferida por el Congreso.

En segundo lugar, consideró que la garantía de inamovilidad de los jueces implica asegurar a los magistrados que su permanencia en el cargo no estará condicionada a la exclusiva voluntad discrecional de otros poderes, y que el límite de edad introducido en la reforma no afectó la sustancia de esa garantía. Es decir, que la inamovilidad no exige que el cargo sea vitalicio, sino que los jueces puedan desempeñarse de manera independiente y sin la injerencia o presión de terceros. De esta forma, se descartó que la referida reforma de las facultades del Poder Ejecutivo haya implicado también una alteración de lo establecido en el actual art. 110 de la CN, el cual establece que “Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta...”.

Además, la mayoría indicó que, de realizarse un control estricto de la reforma llevada a cabo por la Convención Constituyente, también podrían ponerse en duda la validez de otras cláusulas agregadas o modificadas, tales como: a) las disposiciones sobre defensa del orden constitucional (art. 36); b) el reconocimiento de la protección ambiental (art. 41); c) la incorporación del hábeas data (art. 43); d) los derechos de pueblos indígenas (art. 75 inc. 17); e) la jerarquía constitucional de tratados de derechos humanos (art. 75 inc. 22); f) las acciones positivas para grupos vulnerables (art. 75 inc. 23), entre otras.

Finalmente, y crucial en lo que respecta al objeto del presente análisis, la mayoría señaló que ese estándar amplio de respeto hacia la actividad de la Convención Constituyente ha sido la jurisprudencia constante de los tribunales desde el origen de la Nación. Al respecto, indicó que tuvieron lugar numerosas asambleas reformadoras anteriores a la del año '94 sin que existieran pronunciamientos descalificadores por parte de la Corte Suprema. Puntualizó también que, específicamente en relación con la reforma del año '94, la Corte aplicó todas sus cláusulas, siendo absolutamente deferente respecto de las decisiones del poder constituyente. Y sentenció que “el

único caso distinto fue el del precedente “Fayt”, *lo cual muestra claramente que no se inserta en la tradición jurídica de este Tribunal*” (Schiffrin, 2017, considerando 15° del voto de la mayoría. La cursiva me pertenece).

La minoría (Juez Rosenkrantz) consideró que existía certeza sobre la extralimitación de la Convención Constituyente al ir más allá de sus competencias en lo que se refiere a la modificación del actual art. 99 inc. 4°.

Al respecto, indicó que la ley 24.309 no habilitó a la Convención a reducir la duración del mandato de los jueces fijado en el actual art. 110 de la CN. Puntualizó que la habilitación para modificar un artículo de la CN permite su reforma, pero solo para regular en su nueva redacción cuestiones que ya se encontraban reglamentadas en él. Y agregó que la Convención solo estaba autorizada a modificar el antiguo art. 86 inc. 4° (actual art. 99) que fijaba el procedimiento de designación de los jueces, y que en modo alguno puede deducirse de ello la facultad de reducir el mandato de los magistrados.

Rosenkrantz señaló que la duración del mandato de los jueces estaba regulada exclusivamente en el actual art. 110 de la CN y añadió que no podía caber duda que dicho mandato era vitalicio.

Igualmente, argumentó que el art. 2° de la ley 24.309 autorizó la reforma del art. 86 inc. 5° de la CN, en lo que respecta a la designación de los magistrados federales, de un modo muy circunscripto. La Convención únicamente podía optar entre dos mecanismos alternativos de designación de jueces de la Corte Suprema y dos mecanismos para los jueces inferiores. Agregó que la circunscripción era tal, que el art. 5° de la referida ley establecía que los temas habilitados en el art. 2° (entre los que se encontraba el inc. 4° del art. 86) solo podían ser aprobados en bloque al establecer que la votación afirmativa importaba la incorporación de la totalidad de los temas, mientras que la negativa importaba también el rechazo en su totalidad.

Por el contrario, Rosenkrantz consideró que las atribuciones que la ley 24.309 otorgaba a la Convención no daban pie para invalidar ninguna de las otras reformas introducidas por ese órgano. Al respecto, destacó que mientras el art. 2° no otorgaba ningún marco de discrecionalidad a la Convención, el art. 3° habilitaba para su “debate y resolución” un conjunto de temas, listando los artículos que podían ser modificados y los objetivos que debía satisfacer la reforma sin establecer restricción alguna sobre su contenido.

De igual modo, indicó que la sensibilidad del asunto juzgado (la validez de una reforma constitucional) demandaba un respeto más riguroso hacia las decisiones adoptadas por la Corte en el pasado (*Fayt*), en especial cuando las mismas fueron uniformemente observadas por los distintos poderes del Estado.

Un aspecto a destacar del voto de Rosenkrantz es su modo de entender el procedimiento de reforma constitucional. Para él, se trata de una de las previsiones más importantes de la Constitución, ya que de ello depende el modo en que han de perdurar el sistema de derechos y la forma republicana de gobierno.

En ese orden de ideas, señaló que el poder para reformar la Constitución Nacional se halla conferido por la propia CN. Primero, al Congreso, mediante la ley que declara la necesidad de la reforma y los temas habilitados a tratar. Luego, a la Convención Reformadora, cuyas atribuciones estarán delimitadas por la referida ley. Consideró que este diseño no constituye un obstáculo al poder constituyente derivado, sino que esas restricciones son potenciadoras de la soberanía popular. Es que dada la necesidad de una mayoría calificada para declarar la necesidad de la reforma (dos tercios de los miembros del Congreso), se garantiza que el proceso de reforma de la Constitución solo será iniciado cuando exista un amplio consenso. Además, este mecanismo permite que el pueblo participe dos veces del proceso de reforma: primero a través de sus representantes en el Congreso, y luego mediante la elección de los convencionales constituyentes.

En apoyo de su postura, Rosenkrantz indicó que las anteriores Convenciones Constituyentes convocadas de acuerdo con el mecanismo previsto en el art. 30 de la CN se ciñeron estrictamente a reformar los artículos que habían sido previamente habilitados por el Congreso, dentro de los límites establecidos en la respectiva ley.

Ahora bien, entiendo que tanto el voto de la mayoría como el de la minoría se asientan sobre teorías constitucionales distintas, teorías de naturaleza moral capaces de explicar y justificar el porqué de las distintas respuestas a las que arribaron. La mayoría abrazó lo que podría llamarse un “constitucionalismo popular”, el cual pone el acento en la soberanía del pueblo expresada a través de la Convención Constituyente. Desde esta óptica, se debe ser deferente hacia las decisiones de la Convención en tanto

constituye la máxima manifestación de la voluntad popular, optando en caso de duda por la validez de la reforma. Se presupone así la legitimidad de la labor constituyente que solo podrá ceder frente a una extralimitación flagrante e inequívoca.

Rosenkrantz, por el contrario, se enrola en lo que podría llamarse un “constitucionalismo legal”. A la luz de esta perspectiva, la reforma constitucional implica un complejo proceso en el que intervienen tanto el Congreso –al sancionar la ley de necesidad de la reforma con los temas habilitantes– y la Convención Constituyente –encargada de reformar la CN dentro de los límites establecidos en esa ley–. La máxima expresión de la soberanía popular no es exclusiva de ninguno de esos órganos, sino que reside en la síntesis de ambos poderes: el Legislativo (constituido) y la Convención (constituyente). Solo esta forma de entender el proceso de reforma constitucional logrará la estabilidad necesaria para que el sistema de derechos y la forma republicana de gobierno perdure en el tiempo.

Además, a criterio de Rosenkrantz, este particular modo de entender el proceso de reforma tiene la virtud de permitir al electorado conocer qué es lo que decidirá en la Convención y, por lo tanto, votar en consecuencia. Asimismo, solo así los representantes del pueblo tendrán la garantía suficiente de que los acuerdos a los que se arriben en el Congreso serán honrados con posterioridad en el marco de la Convención.

Como indiqué anteriormente, ambas teorías constitucionales –el “constitucionalismo popular” y el “constitucionalismo legal”– justifican las decisiones a las que arribaron tanto la mayoría como la minoría. Además, y más fundamentalmente, ambas teorías son capaces de explicar la deferencia que cada uno de los votos realiza hacia distintos aspectos de nuestra historia constitucional: la mayoría, deferente con la ausencia absoluta de alguna invalidación de las sucesivas reformas constitucionales que tuvieron lugar en más de cien años (con la única excepción de *Fayt*, al cual califica como un error); la minoría, deferente con el pretendido respeto por parte de las sucesivas Convenciones Constituyentes hacia los límites impuestos por el Congreso y también deferente con la propia jurisprudencia consolidada de la Corte (principalmente, *Fayt*).

Esta dependencia hacia una teoría constitucional de naturaleza moral puede ser claramente advertida en el voto de Rosenkrantz. Como se

indicó anteriormente, Rosenkrantz señaló en favor de su posición que la ley 24.309 autorizó la reforma del art. 86 inc. 4° de la CN de un modo muy circunscripto, de modo que la Convención solo podía optar entre dos mecanismos alternativos de designación. También señaló que el art. 5° imponía la necesidad de aprobar o desechar “en bloque” las reformas específicamente previstas en el referido art. 2°.

Sin embargo, la posibilidad de reglamentar de esa forma la ley de necesidad de la reforma por parte del Congreso era justamente lo que la mayoría puso en crisis. Para Maqueda, Rosatti y Lorenzetti, se vulneraba la soberanía popular si un órgano de menor jerarquía (el Congreso) le imponía a un órgano de mayor jerarquía (la Convención) el contenido de una posible reforma, de modo que la Convención solo pudiera aceptar o rechazar la reforma. Por lo tanto, apelar a las restricciones que imponía la ley, sin presuponer al mismo tiempo una teoría constitucional como la que explicitara Rosenkrantz, hubiera implicado una petición de principio. Es decir, hubiera presupuesto aquello que debía probar y que era controvertido por la mayoría: que las restricciones establecidas por el Congreso en la ley de necesidad de la reforma eran legítimas.

Cabe tener en cuenta al respecto que la tradición constitucional invocada por Rosenkrantz no justificaba por sí sola la legitimidad de las referidas restricciones. Es que la ley de necesidad de la reforma constitucional sancionada en el '93 fue la primera que predeterminó de manera tan detallada el contenido de algunas reformas (art. 2°), estableció regímenes diferenciados de habilitación (arts. 2° y 3°), e impuso un sistema de votación en bloque para ciertas reformas (art. 5°). Por lo tanto, si bien las anteriores Convenciones Constituyentes respetaron los límites que les habían establecido las respectivas leyes de necesidad de la reforma constitucional, no tuvieron que lidiar con un “núcleo de coincidencias básicas” con un contenido predeterminado.

Como indiqué anteriormente, Rosenkrantz también comparó la ilegítima modificación del art. 86 inc. 4° de la CN (habilitada por el art. 2° de la ley 24.309) con el resto de las reformas llevadas a cabo por la Convención a las que consideró legítimas (habilitadas por el art. 3° de la referida ley). Sostuvo que la diferencia radicaba en que mientras en el art. 2° establecía un contenido determinado que la Convención podía aceptar o no, el art.

3° solo indicaba los artículos que podían ser objeto de reforma y dejaba a criterio de la Convención su contenido.

Sin embargo, esa distinción también descansa en la teoría constitucional que Rosenkrantz explicitó. La posibilidad de que el Congreso legisle de esa forma la ley que declaró la necesidad de la reforma fue justamente lo cuestionado por la mayoría de la Corte. Por lo tanto, invocar los arts. 2°, 3° y 5° de la ley 24.309 en apoyo de la decisión de la minoría, sin acompañarlos además de un “constitucionalismo legal” estricto, habría hecho caer a Rosenkrantz en una nueva petición de principios. Sus argumentos nuevamente no se apoyaban solo en la letra de la ley sino en una reconstrucción más amplia del sentido del proceso de reforma, que era precisamente lo que estaba en debate.

Por último, me gustaría realizar una importante aclaración. El hecho de que existan dos interpretaciones posibles con relación a la legitimidad o no de la reforma del antiguo art. 86 inc. 4° de la CN no significa que ambas lecturas presenten el mismo grado de ajuste. Entiendo que la interpretación que realizó la minoría al sostener que la Convención no se encontraba autorizada a incluir la facultad de un nuevo nombramiento de los jueces por parte del Poder Ejecutivo cuando estos cumplan 75 años de edad se ajusta con mayor naturalidad y presenta una justificación más plausible. La interpretación realizada por la mayoría, en cambio, se advierte más forzada. Por lo tanto, este distinto grado de ajuste bien puede (y debe) ser considerado al evaluar los méritos sustantivos de cada interpretación, su capacidad de mostrar los antecedentes institucionales relevantes en su mejor luz.

9. Derecho y tradición: una defensa tardía

El “derecho como tradición” fracasa como concepción interpretativa del derecho. Fracasa en su plano justificativo porque ni la coordinación ni la seguridad jurídica requieren necesariamente la exclusión de consideraciones morales en el razonamiento judicial. También porque se enrola en una concepción mayoritarista de la democracia por sobre una más sustancial que considere no solo cómo se sancionan las normas, sino también cómo se trata a las personas.

No obstante, su principal fracaso se advierte en la dimensión de ajuste a la práctica jurídica. Si el “derecho como tradición” quiere evitar que las consideraciones de moralidad política formen parte del razonamiento jurídico, deberá aceptar que el derecho y los antecedentes institucionales que lo conforman no puedan por sí solos brindar una única respuesta correcta a todos los casos que se presenten ante los jueces. Si, por el contrario, pretende que el derecho sea completo y brinde siempre una respuesta jurídicamente correcta a toda controversia posible, entonces deberá aceptar que los jueces se valgan de sus propias convicciones morales cuando las tradiciones no sean suficientes. Hay algo que resulta claro: no puede tener las dos cosas.

La pregunta que corresponde hacernos ahora es la siguiente: ¿subsiste algo valioso del “derecho como tradición”? ¿podemos salvar algo del naufragio? Hasta aquí he despreciado la idea de ver al derecho como una mera cuestión de tradiciones unívocas. Pero esto no significa que la idea de una cierta homogeneidad en nuestras prácticas jurídicas sea un completo sinsentido, algo que debería tenernos sin cuidado.

Aunque el “derecho como tradición” falle en su pretensión de encontrar siempre una única respuesta correcta en los materiales jurídicos históricos, tampoco podemos caer en el extremo opuesto de negar cualquier valor a la tradición. Para que la actitud interpretativa pueda florecer, y se le pueda asignar un determinado sentido a la práctica, debe existir un mínimo de coherencia y estabilidad. Si los antecedentes institucionales que conforman el derecho fueran completamente caóticos y anárquicos sin ningún patrón discernible, no existiría un punto de apoyo estable para elaborar una teoría que intente mostrar esa práctica bajo su mejor luz.

Tanto el “derecho como tradición” como el “derecho como integridad” constituyen concepciones interpretativas de la práctica jurídica. Sin embargo, nada impide que la mejor interpretación de la práctica sea una interpretación escéptica. Una que sostenga que el derecho no es más que una mezcolanza incoherente de decisiones lo suficientemente confusa y desordenada como para que pueda atribuírsele propósito alguno.

Nuestras tradiciones jurídicas no son tan densas al punto de determinar siempre y en todos los casos una única respuesta que se ajuste a sus exigencias. Pero tampoco pueden ser tan dispersas, contradictorias y amorfas

hasta al extremo de obstaculizar cualquier interpretación coherente y sistemática de la práctica jurídica.

Esta visión del derecho como un “punto intermedio” entre la pura identidad reproducida y la absoluta dispersión tiene importantes consecuencias para pensar el rol de la magistratura. Los jueces no pueden concebirse ni como autómatas aplicadores de normas inequívocas ni como reyes filósofos infalibles que reinventan el orden jurídico en cada caso. Su función es, en todo caso, la de intérpretes comprometidos con un delicado equilibrio entre la lealtad a la historia institucional de su comunidad y la necesidad de interpretar críticamente esa herencia a la luz de las exigencias de la justicia y la equidad.

En definitiva, ni la tradición puede otorgar una respuesta por sí sola a todas las cuestiones que se presenten ante los tribunales, ni su valor es tan exiguo que nos lleve a despreciar la necesidad de un mínimo de coherencia y estabilidad en nuestras prácticas jurídicas. Si esto es así, entonces algunas de las afirmaciones que realicé a lo largo del trabajo bien podrían ser matizadas.

Bibliografía

- Céspedes, T. (2020). *Eutanasia y autonomía*. Colección Filosofía y Derecho. Buenos Aires: Astrea.
- Céspedes, T. (2021). Sobre la legitimidad del estándar de prueba en el proceso penal. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 44, 233-261.
- Domeniconi, D. y Céspedes, T. (2026). Autonomía personal. En J. Iosa (coord.). *Libertad como autonomía*. Universidad del Externado: Astrea.
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio* (trad. M. Guastavino). Barcelona: Ariel.
- Dworkin, R. (2007). *La justicia con toga* (trad. M. Iglesias Vila e I. Ortiz de Urbina Gimeo). Madrid: Marcial Pons.
- Dworkin, R. (2012). *Una cuestión de principios* (trad. V. A. Boschioli). Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Dworkin, R. (2014). *Justicia para erizos* (trad. H. Pons). Buenos Aires: FCE.

- Dworkin, R. (2019). *El derecho de las libertades* (trad. M. Parmigiani). Lima: Palestra.
- Dworkin, R. (2022). *El imperio del derecho* (trad. J. Iosa y T. Céspedes). Barcelona: Gedisa.
- Iosa, J. y Rapetti, P. (2022): Estudio preliminar: El imperio del desacuerdo. En R. Dworkin, *El imperio del derecho* (pp. 15-59) Barcelona: Gedisa.
- MacCormick, N. (1978). *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Oxford University Press.
- Raz, J. (1985). *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral* (trad. R. Tamayo y Salmorán). México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Raz, J. (1994). *Ethics in the Public Domain*. Oxford: Oxford University Press.
- Raz, J. (2013). *Entre la autoridad y la interpretación* (trad. H. Bouvier, R. Sánchez Brígido y P. Navarro). Madrid: Marcial Pons.
- Rosenkrantz, C. (2016). Vistas desde la catedral: una entrevista con Carlos Rosenkrantz. *Revista argentina de teoría jurídica, Escuela de Derecho Universidad Torcuato Di Tella*, 17, 79-89.
- Rosenkrantz, C. (2021). Constitución, jueces y judicialización de la política [conferencia de cierre de fecha 8/7/2021]. *La revisión constitucional de las leyes y el control judicial de la administración pública. Principios y tendencias*, jornada 9, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Argentina.
- Rosenkrantz, C. (2022). Fe en el derecho, fe en la política [discurso principal de fecha 29/6/2022]. Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, sesión pública extraordinaria, Buenos Aires, Argentina (publicado también en Alonso Regueira, E. (ed.) (2025). *Bases para la libertad en el derecho administrativo argentino – Tomo amarillo*. (pp. 35-46). Buenos Aires: Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2025).
- Rosenkrantz, C. (2024a). Jueces y principios [conferencia magistral de fecha 5/7/2024]. Ciclo de conferencias magistrales, Auditorio Centro Núñez, Tribunales I, Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, Argentina.

- Rosenkrantz, C. (2024b). Sobre el rol de jueces y abogados en la argentina de hoy. *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, 84, tomo I.
- Shapiro, S. (2007). The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed. En A. Ripstein (ed.), *Ronald Dworkin* (pp. 22-49). New York: Cambridge University Press.
- Waldron, J. (2001). Normative (or Ethical) Positivism. En J. Coleman (ed.), *Hart’s Postscript, Essays on the Postscript to the Concept of Law* (pp. 410-434). Oxford: Oxford University Press.
- Waldron, J. (2005). The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, tomo 115, 6, 1346-1406.
- Waldron, J. (2006). *Derechos y desacuerdos*. (trad. J. L. Martí y Á. Quiroga). Madrid: Marcial Pons.

Normativa

- Congreso de los Estados Unidos de América (9 de julio de 1868). Enmienda XIV a la Constitución de los Estados Unidos. [Equal Protection Clause, 1868].
- Congreso de la Nación Argentina (29 de diciembre de 1993). Declaración de la necesidad de la reforma de la Constitución Nacional. [Ley 24.309, 1993].
- Convención General Constituyente (1 de mayo de 1853). Constitución de la Nación Argentina. [Constitución Nacional, 1853].
- Convención Nacional Constituyente (22 de agosto de 1994). Constitución de la Nación Argentina. [Reforma Constitucional, 1994].

Jurisprudencia

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 256:556, 20/9/1963, “*Soria de Guerrero, Juana Ana c/ Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos. S.A.*”.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 322:1616, 19/8/1999, “*Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento*”.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 159:2012, 28/3/2017, “*Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ acción meramente declarativa*”.
- Corte Suprema de los Estados Unidos, 100 US 303, 1/3/1880, *Strauder v. West Virginia*.
- Corte Suprema de los Estados Unidos, 163 U.S. 537, 18/3/1896, *Plessy v. Ferguson*.
- Corte Suprema de los Estados Unidos, 175 U.S. 528, 18/12/1899, *Cumming v. County Board of Education*.
- Corte Suprema de los Estados Unidos, 275 U.S. 78, 21/11/1927, *Gong Lum v. Rice*.
- Corte Suprema de los Estados Unidos, 305 US 337, 12/12/1938, *Missouri ex rel. Gaines v. Canada*.
- Corte Suprema de los Estados Unidos, 332 U.S. 631, 12/1/1948, *Sipuel v. Board of Regents*.
- Corte Suprema de los Estados Unidos, 334 U.S. 1, 14/1/1948, *Shelley v. Kraemer*.
- Corte Suprema de los Estados Unidos, 339 U.S. 629, 5/6/1950, *Sweatt v. Painter*.
- Corte Suprema de los Estados Unidos, 347 U.S. 483 17/5/1954, *Brown v. Board of Education*.
- Corte Suprema de los Estados Unidos, 521 U.S. 702, 8/1/1997, *Washington v. Glucksberg*.