

La validación retrospectiva: réplica a Céspedes

Retroactive Validation: a Response to Céspedes

Carlos Rosenkrantz*

Recepción y evaluación de propuesta: 05/04/2026

Aceptación: 11/04/2026

Recepción y aceptación final: 13/04/2026

Resumen: Este artículo replica las críticas de Céspedes (2026) a la concepción del derecho de Rosenkrantz, a la que denomina “el derecho como tradición”. La tesis central sostiene que el derecho es un ámbito normativo autónomo y que la corrección jurídica debe evaluarse con referencia a las tradiciones interpretativas de la comunidad, sin recurrir a la moralidad crítica. Ante la objeción de que ello presupone la completitud del derecho, el autor desarrolla la tesis de la *validación retrospectiva*: una decisión judicial es jurídicamente correcta si resulta consistente con las tradiciones interpretativas futuras. El artículo responde además a las imputaciones de circularidad metodológica, responsabilidades epistémicas asimétricas e incompatibilidad con el cambio jurisprudencial, ilustradas con los casos *Schiffirin*, *Brown v. Board of Education* y *Carter v. Canadá*. Finalmente, critica la visión dworkiniana de Céspedes: habilitar a los jueces a moralizar el derecho es epistemológicamente infundado, democráticamente ilegítimo y autofrustrante para los valores que dan sentido al derecho: cooperación social, cambio orgánico y amistad cívica.

* JSD, Yale University, EE.UU. Vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Argentina. Correo electrónico: rosenkrantz@udesa.com.ar. Agradezco a Rodrigo Sánchez Brigo, María Gabriela Scatagli, Ian Ayres y Andrés Rosler que han leído el manuscrito de este trabajo y formulado excelentes comentarios y a Sebastián Elías, Lewis Kornhauser, Liam Murphy, Sophia Moreau, Ricki Revesz, Florencia Marotta, Vicki Bean, Dieter Grim, Sam Isacharoff, con quien tuve oportunidad de discutir algunas de las ideas que aquí se exponen.

Palabras clave: Tradiciones interpretativas, validación retrospectiva, adjudicación judicial, moralidad crítica, derecho como integridad, autonomía del derecho.

Abstract: This article replies to Céspedes's (2026) critique of Rosenkrantz's conception of law, which he calls "law as tradition". The central thesis holds that law is an autonomous normative domain and that the legal correctness of judicial decisions must be assessed by reference to the interpretive traditions of the community, without resorting to critical morality. Against the objection that this presupposes the completeness of law — which would make it impossible to resolve cases where institutional precedents are insufficient — the author develops the thesis of *retrospective validation*: a judicial decision is legally correct if it proves consistent with future interpretive traditions. The article also responds to charges of methodological circularity, asymmetric epistemic responsibilities, and incompatibility with jurisprudential change, illustrated through the cases *Schiffrin*, *Brown v. Board of Education*, and *Carter v. Canada*. Finally, it critiques Céspedes's Dworkinian view: empowering judges to moralize the law is epistemologically unfounded, democratically illegitimate, and self-defeating for the values that give law its purpose — social cooperation, organic change, and civic friendship.

Keywords: Interpretative Traditions, Retroactive Validation, Legal Adjudication, Critical Morality, Law as Integrity, Autonomy of the Law.

1. Introducción

En el artículo que replico, Céspedes (2026) reconstruye mis ideas a partir de algunos textos que he publicado y de algunas conferencias que he dictado. Se aproxima a ese material con un interés que aprecio mucho y con una claridad expositiva que celebro y agradezco, sometiénolo a muy interesantes críticas en virtud de las cuales llega a la conclusión de que mi visión de la adjudicación, la interpretación y el derecho son equivocadas. Además, en paralelo a las críticas que formula y montándose sobre ellas desarrolla, aunque no en toda su extensión dado que no formaban parte

del propósito de su artículo, su propia visión de estas cuestiones inspirada en buena medida en las ideas de Ronald Dworkin.

En lo que sigue de este trabajo me dedicaré a replicar las críticas de Céspedes, pero en la última sección al finalizar mis réplicas y de modo muy sucinto, aunque espero convincente, aludiré a la visión alternativa de Céspedes que encuentro mucho menos plausible de lo que él parece creer. No me detendré en la reconstrucción que Céspedes hace de mis ideas, la cual, reitero, es en general adecuada y caritativa. Por ello, voy a omitir referirme a la segunda sección del artículo de Céspedes que titula “Rosenkrantz y el derecho” donde ofrece esa reconstrucción, aunque algo diré en algunas de las secciones cuando considere que ello es necesario para que mi réplica sea inteligible y convincente.

Para facilitar la lectura replicaré las críticas de Céspedes en diferentes secciones que tienen los mismos subtítulos de las secciones en que él la articula, aunque debido a que están contenidas en más de una sección, en varias ocasiones mis réplicas a una crítica estarán desarrolladas en secciones con subtítulos combinados o también en más de una sección.

2. Ni descriptiva, ni normativa: interpretativa. Derecho e interpretación

En las secciones 3 y 4 de su trabajo Céspedes, entre otras cosas, compara mi visión de la obligatoriedad o autoridad del derecho con la de muy prestigiosos teóricos. Así, afirma que mis ideas no son las de Raz. En esto estamos de acuerdo. Al igual que Raz (1990, pp. 39-48; 1994, pp. 17-23), yo también creo que el derecho provee razones protegidas para la acción,¹ aunque en mi opinión, a diferencia de Raz, el derecho no es solo autoritativo frente a algunos de nosotros, sino que su autoridad u obligatoriedad nos alcanza a todos (Rosenkrantz, 2006, p. 30). Por otro lado, yo no creo, a diferencia de Raz, que la autoridad provenga en parte de su potencia epistémica para indicarnos la conducta moralmente correcta con más certeza que si

¹ Véase Rosenkrantz (2006).

la buscásemos por nosotros mismos.² En mi opinión, el derecho deriva su autoridad de su aptitud para organizar la cooperación social, lograr el cambio orgánico y fomentar la amistad cívica (*philia politike*).³

Céspedes también acierta cuando afirma que mi visión tiene alguna semejanza con la que ha defendido Jeremy Waldron. Tal como sugiere Céspedes, creo –al igual que Waldron– que la fuerza normativa del derecho no es parasitaria o necesariamente instrumental de la fuerza normativa de la moral, como sí lo creen, entre otros, Raz (1986, p. 56) y Nino (1985, pp. 125-137; 1991). De todos modos, allí se terminan las semejanzas porque, a diferencia de Waldron, en mi visión el valor del derecho no está limitado al modo en que contribuye al autogobierno o a la democracia o a realizar el valor de la dignidad, que son indudablemente objetivos valiosos (Waldron, 2012), sino, como dije antes, en virtud de su contribución a la cooperación social, el cambio orgánico y la amistad cívica.

Céspedes también sugiere que mi visión del derecho no es totalmente descriptiva, pues no solo pretende decirnos cómo es el derecho, ni totalmente normativa, pues tampoco pretende decirnos cómo debe serlo con independencia de cómo es. No me siento muy bien caracterizado como un partidario de una visión “parcialmente normativa” y, al mismo tiempo, “parcialmente descriptiva”, salvo que eso sea una manera de decir que yo creo en la existencia de ciertos hechos normativos, es decir, hechos que, como la práctica jurídica, *per se* y bajo ciertas circunstancias, deberían motivar a una persona razonable a actuar como el derecho lo ordena. De todos modos, no es preciso disputar la caracterización del espacio argumentativo donde yo ubico al derecho, pues no tiene relevancia para este intercambio. Lo que sí es relevante es que Céspedes considera que las visio-

² Véase, al respecto, Gaido (2025, p. 175).

³ Entre los autores contemporáneos es Scott Shapiro (2001) quien ha recalcado con más insistencia que el derecho sirve al objetivo de la cooperación social (“social planning” dice Shapiro). La expresión “cambio orgánico” es de Dworkin (1977, p. 116) y hace referencia a la aptitud del derecho de generar un cambio social –en la dirección de la justicia, agregaría yo– de un modo gradual y coherente. Finalmente, Finnis (1984, pp. 116 ss.) ha sugerido que el bien que instancia el derecho es el de la camaradería política. Yo entiendo que la cooperación social, el cambio orgánico y la camaradería política son los tres valores que instancia el derecho los que, a pesar de ser distintos entre sí, mantienen entre ellos una implicación de triple vía.

nes que son al mismo tiempo “parcialmente normativas” y “parcialmente descriptivas”⁴ son todas, en última instancia, visiones “interpretativas”.

Siguiendo a Dworkin, Céspedes (2026) sostiene que el rasgo definitorio de una visión “interpretativa” del derecho es que, como en toda interpretación de algo –un libro o una práctica, por ejemplo–, procura atribuirle “un propósito de modo de hacer del mismo la mejor instancia posible del género al que pertenece” (sección 4). Céspedes afirma que para Dworkin el propósito de la práctica jurídica es “guiar y restringir el poder del gobierno” para limitarlo al que proviene de “decisiones pasadas del tipo adecuado” (sección 4). Hasta aquí no encuentro nada que objetar; estoy de acuerdo en que mi visión es una más de la familia de las visiones interpretativas en el sentido que Dworkin y Céspedes le adjudican a esa caracterización. Si fuera forzado a pronunciarme al respecto, coincidiría con Dworkin y Céspedes en que en última instancia la caracterización de lo que el derecho es depende del objetivo o propósito que le sea atribuible dado las prácticas que lo constituyen. Mis diferencias con Dworkin parten de que, como elaboraré en la última sección de este trabajo, yo no creo que dicho objetivo o propósito determine que los jueces al momento de juzgar casos difíciles deban recurrir a su concepción de lo que es moralmente debido.

3. El “derecho como tradición” a examen.

En virtud de la relevancia que en mi opinión tienen las tradiciones interpretativas de la comunidad política al momento de juzgar, Céspedes llama a mi visión “el derecho como tradición”. Un aspecto característico del “derecho como tradición”, dice Céspedes (2026), es que “el contenido del derecho está conformado exclusivamente por aquellas decisiones institucionales que se originan dentro de la práctica” (sección 4.1).

⁴ Aunque Céspedes no las menciona, varias visiones del derecho, además de la de Dworkin y, según Céspedes, la mía, son “parcialmente descriptivas” y “parcialmente normativas”. Así, entre otras, la visión de David Dyzenhaus (2022), la de Scott Shapiro (2001) y la de Mark Greenberg (2014).

Céspedes sostiene que “el derecho como tradición” no es una concepción aceptable del derecho en virtud de que en ella la “dimensión de ajuste”, esto es la coherencia con los materiales legales precedentes, es la única importante para adjudicar los verdaderos desacuerdos. El problema del “derecho como tradición” dice Céspedes, es que es demasiado “pura”, pues “reduce todos los desacuerdos legítimos a desacuerdos sobre la dimensión de ajuste” (sección 5) cuando muchos de los desacuerdos existentes entre los operadores jurídicos tienen lugar en la “dimensión de justificación”, esto es, alrededor de la cuestión de cuándo la práctica jurídica satisface sus ideales morales. Según Céspedes, esta “pureza” de mi visión es el producto de una reconstrucción inadecuada de la fenomenología de la práctica y ello es producto de que yo creo que los sistemas jurídicos son completos y consistentes. Según Céspedes, ese no sería el caso pues no existe un único conjunto de principios que pueda justificar las decisiones políticas del pasado. Los antecedentes institucionales *per se* (y con ello la “dimensión de ajuste”) nunca son suficientes para resolver de modo unívoco los casos, por lo que siempre hace falta la reflexión moral.⁵

Creo que esta imputación de Céspedes no me toca demasiado. Si uno analiza la práctica con detalle, pareciera poder afirmarse que las instancias en las que los argumentos morales críticos están ausentes de la discusión jurídica son muchos más numerosas de aquellos en que los permea. Por otro lado, aunque sea verdad que muchas veces los jueces usan explícita o implícitamente argumentos morales críticos en la adjudicación, no hay contradicción en considerar ese uso como una anomalía de la práctica que, como tal, no debe ser tenido en cuenta al momento de su caracterización y que debe, por el contrario, ser legalmente censurado.⁶

⁵ La crítica que me dirige Céspedes se parece a la que Greenberg (2006, p. 253) le dirigió a Hart cuando argumentó, como Céspedes, que las prácticas legales son siempre consistentes con más de un conjunto de requisitos legales, por lo que los hechos sociales son *per se* incapaces de fijar la solución legal.

⁶ Postema (1994, p. 94) distingue los jueces que “decidan el derecho” de los jueces que “deciden de acuerdo con el derecho”. Usando esta distinción, los casos en los que los jueces usan argumentos morales serían casos en que los jueces deciden el derecho, pero no casos en los que los jueces deciden de acuerdo con el derecho.

Céspedes cree, además, y esto constituye una segunda imputación, que mi visión es de algún modo auto-frustrante pues la imposibilidad de encontrar una y solo una respuesta correcta a los casos en cuestión impedirá a la práctica servir para aquello que yo creo que debe servir, a saber: contribuir a la cooperación social, el cambio orgánico y la amistad cívica. Creo que esta acusación tampoco debilita mi visión.⁷ Es posible que los antecedentes institucionales no sean suficientes. Pero aun cuando pensemos que, en el contexto de tradiciones jurídicas menos desarrolladas, como sugiere Céspedes, esos casos serán más frecuentes, existe una respuesta disponible. Sé que la afirmación que ahora voy a hacer sonará curiosa y críptica, por lo que pido paciencia; su justificación será el núcleo de una respuesta a Céspedes que desarrollaré en otra sección. Por ahora tenga en mente la posibilidad de que, en casos en que los antecedentes institucionales y los principios subyacentes sean insuficientes, una decisión judicial puede ser todavía “validada” de un modo retrospectivo mediante consideraciones eminentemente jurídicas. Si esta idea es plausible, aun en esas circunstancias será posible resolver los casos difíciles sin recurrir a consideraciones morales.

4. Circularidad del método e inconsistencia en sus postulados

Céspedes también encuentra problemas metodológicos en mis ideas. Su queja es, centralmente, que toda concepción interpretativa del derecho presupone la adhesión a ciertos criterios normativos críticos (esto es, criterios que no son internos o inmanentes a la práctica). Considera que sin ellos sería imposible, al menos en la resolución de casos complejos, elegir entre los antecedentes institucionales aparentemente aplicables al caso, pero contradictorios entre sí, y con ello, imposible dar preferencia a ciertos hechos que ayudan a tomar una decisión y conforman la práctica sobre otros que quizá sugieran otra solución pero que deben ser soslayados por considerárselos meramente concomitantes con ella o directamente contrarios a sus objetivos.

⁷ Hart (1983, pp. 139-140) atacó a Dworkin, como Céspedes me ataca a mí, señalando lo implausible de la idea de que todo caso tiene una respuesta correcta.

Para ilustrar su punto, Céspedes describe la encrucijada en la que puede encontrarse un juez que tiene que decidir un caso en el que está involucrada la libertad de expresión cuando no es claro cuál de las normas o principios que ordenan dicha área del derecho es aplicable. Así, según Céspedes, puede que sea imposible resolver dicho caso eligiendo entre, por ejemplo, las decisiones que protegen a la libertad de expresión y los precedentes que limitan expresiones que incitan a la violencia, entre otros criterios, por los “desarrollos divergentes o contradictorios” (2026, sección 5.1) de los antecedentes institucionales o por el hecho de que algunas tradiciones interpretativas que pudieron haberse abandonado podrían recuperarse.

Ahora bien, Céspedes entiende que mi idea de que casos como los que él plantea se pueden resolver mediante referencia a las tradiciones interpretativas y, cuando ello no sea suficientemente determinativo, mediante la normatividad inmanente de dichas tradiciones, no funciona. Ello es así, según Céspedes, pues mi propuesta incurre en una especie de círculo vicioso ya que no se puede recurrir a la normatividad interna o inmanente de los antecedentes institucionales existentes para resolver los problemas interpretativos sin criterios proveídos por la moralidad crítica. Su posición es que para identificar la normatividad inmanente de las tradiciones interpretativas de la práctica se “necesitará ya contar con aquellos mismos criterios interpretativos que supuestamente solo pueden derivar de ella”. Por ello, de acuerdo con Céspedes, la “idea de encontrar una moralidad interna puramente jurídica podría tratarse, en estos términos, de una empresa irrealizable” (2026, sección 5.1).

La respuesta a Céspedes puede empezar preguntándole si cree que, por ejemplo, que interpretar la Biblia para decidir en qué creer requiere trascender la teología; o si interpretar una obra de arte, el *Fountain* de Duchamp por ejemplo (acerca del que tendré algo más para decir más adelante), para decidir si es apropiado reaccionar frente a ella con indiferencia o con verdadera emoción estética, requiere salirse de la estética.

La idea de Céspedes de que en la tarea interpretativa siempre hay que recurrir a criterios externos a una práctica o, para ponerlo de otro modo, que el derecho no puede ser una práctica reflexiva,⁸ solo puede ser necesariamente

⁸ Si Céspedes critica mi argumento como circular debería también criticar a Dworkin quien

verdadera si la práctica en cuestión no tuviera autonomía normativa. Efectivamente, si usted (sea porque cree que el derecho no porta normatividad o porque cree que la que porta está siempre subordinada a la moral) piensa que solo la moral provee razones últimas para actuar, la imputación de Céspedes cobraría fuerza. En ese caso, dada la inexistencia de normatividad jurídica o dado su carácter subordinado, serían siempre necesarias las normas morales para saber a qué aspecto de la práctica darle prioridad decisoria. Pero la idea de que existe un solo tipo de normatividad que siempre tiene prioridad práctica sobre las demás es contenciosa, nada obvia y, además, incurre en una petición de principio porque presupone lo que está en cuestión, esto es, que solo criterios morales externos a la práctica jurídica pueden adjudicar los conflictos entre los principios inmanentes de la práctica.⁹

Si concedemos que la práctica en que consiste el derecho tiene carácter normativo y su normatividad es autónoma, en el sentido de que no depende de la normatividad moral, no debería haber inconveniente alguno en sostener que, para identificar qué principio de la práctica es aplicable en un caso como el de la libertad de expresión que trata Céspedes, no necesitamos trascender la práctica y, por lo tanto, no debería haber inconveniente en sortear la objeción de circularidad con la que Céspedes me confronta, ya que las consideraciones relevantes para decidir pueden provenir del punto de la práctica.¹⁰

ha sostenido que el derecho es una práctica “argumentativa” en el sentido de que es una práctica que puede ser ella misma objeto de deliberación y de crítica dentro de la misma práctica. Véase, en este sentido, Postema (1994); Iosa y Rapetti (2022, p. xxxiii).

⁹ Un síntoma más del carácter problemático de la idea que la única normatividad es moral es que quien sustenta esta convicción no puede explicar el rasgo más característico del derecho, que es su pretensión de autoridad. En efecto, el derecho no podría ser autoritativo si solo valiese cuando nos indica hacer aquello que fuera moralmente valioso (o moralmente indiferente). Dworkin, entre otros, también cree que una teoría adecuada del derecho debe explicar su autoridad. Así, ha afirmado que sería contraintuitivo pensar que “la mayoría de los sujetos de la mayoría de las comunidades políticas a través de la historia no tenían el deber moral de obedecer las leyes de su comunidad” (Dyzenhaus, 2022, p. 80, nota 8).

¹⁰ Cristina Redondo (1998), en respuesta a un problema parcialmente distinto al que apunta Céspedes pero de idéntica estructura, ha sugerido que hay una manera de circularidad no viciosa con la que puede responderse la resistencia a imponer un deber jurídico invocando como su justificación otros principios del mismo sistema jurídico. En este sentido, ha dicho que la imposición de un genuino deber jurídico puede justificarse acabadamente cuando las

Otra de las imputaciones de circularidad de Céspedes proviene de su convicción de que yo articulo mis ideas a partir de la estipulación de lo que deseo, esto es, que la historia institucional en una jurisdicción nos ofrece por sí sola todo lo que necesitamos para juzgar, a partir de lo cual concluyo que no debemos recurrir a razones morales críticas al hacerlo. Sostiene que pienso por medio de una “causalidad inversa” pues obtengo por estipulación, “por decreto” dice Céspedes, el resultado querido en lugar de demostrar su existencia.

Este es el lugar de tomar por las astas la objeción central de Céspedes en el sentido de que la plausibilidad de mi posición acerca del derecho, la interpretación y la adjudicación, o su utilidad, depende de que el derecho sea completo. Como ya adelanté, Céspedes sostiene que el derecho no es completo y que cuando yo afirmo que “los antecedentes institucionales (...) son autosuficientes para dar respuesta a todas las controversias posibles” y que la “interpretación jurídica (...) puede ser objetiva precisamente porque está anclada en hechos sociales verificables”, enfrente el problema de adherir “a una rigurosa noción de completitud” (2026, sección 4.1).

Más aun, Céspedes señala, con razón, que en sus momentos iniciales ninguna práctica es tan fértil como para determinar todas las soluciones necesarias para los conflictos que pueden presentarse en una sociedad. Como dijo Jean E. Portalis (2014) en el Discurso Preliminar al Código Civil Francés “prever todo es una meta imposible de alcanzar” (p. 12). De esta imposibilidad Céspedes deduce que no puede ser verdad que, como yo sostengo, la mejor concepción de la práctica jurídica impide recurrir a la moral crítica pues si lo hiciese, contrariamente a lo que yo pienso, los casos no podrían resolverse. ¿Si hay razones para recurrir a consideraciones morales en momentos fundacionales, por qué razón dichas consideraciones

últimas normas que prescriben su aplicación son aplicables en virtud de la misma “práctica y la aceptación que la(s) sostiene” (p. 360). Raz (2007, p. 22) suscribe la misma idea. Así, concede un aspecto autolegitimador a las prácticas y a las tradiciones constitucionales. Es verdad que puede haber casos en los que el punto de la práctica no sea suficiente para encontrar la solución del caso, pero allí el problema no será la circularidad que me imputa Céspedes sino la sub-determinación. A mi criterio, el modo canónico de resolver la sub-determinación es recurrir a las razones subyacentes que explican las decisiones adoptadas en los casos paradigmáticos. Véase, en este sentido, Scataglini (2021, p. 104).

no podrían tener algún peso tiempo después cuando, por ejemplo, fuesen necesarias para decidir de un modo más plausible moralmente hablando?

Más arriba he mencionado la idea de validación retrospectiva. Céspedes la conoce pues la he sugerido en otras oportunidades. Esta idea, como bien Céspedes afirma en su trabajo, “consiste en evaluar la corrección jurídica de una determinada decisión judicial en base a criterios (“hechos” diría yo) *ex post facto*” (2026, sección 8.1). Si es razonable pensar que el criterio para determinar la corrección o incorrección jurídica de una decisión puede proceder del devenir de la práctica, el hecho de que en los momentos fundacionales no existan suficientes antecedentes institucionales no podrá invocarse como una razón determinante para concluir que, como sugiere Céspedes, es necesario recurrir a argumentos morales críticos.

En apoyo de la posibilidad de la validación retrospectiva en el derecho, usé un ejemplo del mundo del arte en una conferencia a la que concurrió Céspedes. En 1917 Duchamp, bajo el seudónimo R. Mutt, envió a la exhibición organizada por la Sociedad de Artistas Independientes de la que era miembro un urinal de porcelana blanco sin modificación alguna del artista, salvo por el hecho de que se encontraba firmado con el seudónimo mencionado. La pieza fue rechazada por un jurado furioso. En esa época era razonable pensar que *Fountain* era una falta de respeto al jurado o una provocación.

Mi punto era que *Fountain* fue incorporado como arte de modo retrospectivo al canon, dado que no era una obra de arte al tiempo de su creación. Ciertamente, al tiempo de su creación, nadie lo veía como un ejemplar de algún género artístico, ni siquiera de la amplia categoría del *collage* y del *assemblage*. Dado que *Fountain* se apartaba del arte que la precedió su rechazo no podía ser visto como un error. Pero luego, inspirado en el debate que le sucedió, los artistas, críticos y el público en general pudo aceptar que la mera intención de un artista podía dotar de valor estético a un objeto existente convirtiéndolo de ese modo en una obra de arte y, también, considerar como relevante que *Fountain* participase del mismo propósito del *collage* y del *assemblage* que era borrar la distinción o frontera entre el arte y la vida y la realidad. Este descubrimiento mostraba que *Fountain* no constituía una ruptura categorial con la práctica artística precedente como seguramente habían pensado antes quienes la rechazaron. Yo

sostuve que si en el arte debemos estar dispuestos a aceptar que los criterios de evaluación de un objeto como artístico puedan tener efecto retroactivo bien podemos aceptar criterios de corrección jurídica que también tengan efecto retroactivo.

Céspedes cree que el caso de *Fountain* no ayuda a defender la posibilidad de validación retrospectiva en el derecho. Según Céspedes, en virtud de haber sido concebido *ab initio* por Duchamp como un objeto artístico, *Fountain* se constituyó *per se* e inmediatamente en arte. No creo que la interpretación de *Fountain* de Céspedes sea adecuada. Si bien desde Duchamp en adelante la mera intención del artista quizá pueda ser un determinante constitutivo de una obra de arte¹¹ y, por lo tanto, cuente para convertir un objeto en arte, al momento en que Duchamp envió *Fountain* a la exposición universal la sola intención del artista era irrelevante.¹²

Céspedes ofrece otros dos argumentos adicionales contra la idea de validación retrospectiva en el derecho. El primer argumento es que dicha idea es una “traición abierta a [mis] fundamentos” pues, si validásemos retrospectivamente la corrección jurídica de una decisión, “no serán ya las tradiciones las que determinen lo jurídicamente correcto” (2026, sección 8.1).

Esta crítica de Céspedes parece fuerte. En efecto, la única manera en que un criterio retrospectivo de validación jurídica puede ser compatible con mi convicción de que las tradiciones interpretativas deben ser siempre tenidas en cuenta al momento de juzgar es aceptar la idea de “tradiciones futuras”; y esta idea, francamente, pareciera ser un sinsentido, más aún, una *contradictio in terminis*. Pero eso es solo una apariencia. Después de la debida reflexión, no hay nada contradictorio ni implausible en sostener que, en determinadas circunstancias, es la consistencia con las tradiciones interpretativas que se han de desarrollar en el futuro el criterio a la luz del cual se debe evaluar la corrección jurídica de una decisión presente (más

¹¹ Refiriéndose a Duchamp, Danto (1981, p. 135) ha afirmado que a partir de él es la intención del artista lo que hace la diferencia entre un mero objeto real y objeto artístico.

¹² Citando a T.S. Eliot, Dworkin (1977) afirma que la asignación del valor adecuado a una obra literaria no necesariamente depende de la intención del autor, pues muchas veces depende de una “interpretación retrospectiva incluso si fuera escrita un siglo después” (p. 62). Esta afirmación de Dworkin sugiere que, para Dworkin, al menos en la literatura, la validación no necesita ser coetánea con la obra que se evalúa.

adelante diré algo para justificar esta afirmación invocando la conexión de un criterio de validez retrospectivo y el punto de la práctica jurídica).

El segundo argumento en contra de la validación retrospectiva que ofrece Céspedes es su presunta inutilidad. Él cree que la validación retrospectiva no puede ayudar a los jueces a decidir porque, por definición, al momento de la decisión no ofrecerá ningún criterio decisorio. Para comenzar una respuesta a esta objeción, quiero señalar que no hay ninguna certeza de que otras visiones acerca de la corrección jurídica no se enfrenten también con casos en los que no nos ofrecerán la necesaria información que necesitamos para decidir y, por lo tanto, también nos dejarán en una situación de incertidumbre. El derecho es una práctica compleja en la que existen muchas consideraciones pertinentes y, dado que los jueces no somos epistémicamente infalibles, no hay manera de garantizar que todas las veces que decidamos un caso vamos a saber sin margen de error alguno que la decisión es jurídicamente correcta. Pero, como dice el proverbio, “mal de muchos, consuelo de tontos”. Sea cual sea la concepción de la corrección jurídica que se defienda, habrá circunstancias en las que los jueces deban resolver un caso con cierto grado de incertidumbre.

La respuesta adecuada al segundo argumento de Céspedes lamentablemente requerirá un análisis más extenso. A efectos de hacer más convincente mi defensa de la validación retrospectiva, presentaré en primer lugar una idea de Hart (2013) que es similar a ella, aunque solo similar.¹³ Luego elaboraré las diferencias y mencionaré cuál es la ventaja de la validación retrospectiva. Finalmente, indicaré por qué dicha ventaja explica, a pesar de ser retrospectiva y no ser siempre capaz de despejar la incertidumbre al momento de juzgar, que la validación retrospectiva es un criterio plausible de corrección jurídica en tanto capaz de modelar la conducta de los jueces para la realización del punto de la práctica jurídica.

Hart (2013, p. 652), en un estudio sobre la discreción escrito en 1956, pero recién descubierto en 2013 (Scataglini, 2021, p. 106), sostuvo que en aquellas áreas prácticas (no necesariamente limitadas al derecho) que queremos regular por principios o reglas generales (por ejemplo, las reglas de la buena mesa) es posible que, por nuestras restricciones epistémicas

¹³ Agradezco a Gabriela Scataglini haberme indicado la relevancia de este trabajo de Hart.

o por el grado de indeterminación de los objetivos subyacentes a dichos principios o reglas, no podamos decidir qué hacer por medio del método deductivo. Hart afirma que en esas áreas no debería pensarse que quien decide, si es una persona consciente de su responsabilidad, lo hace eligiendo a voluntad, pues de todos modos e incluso en esos casos pueden identificarse factores que deben considerarse y sopesarse por una persona concienzuda. Ahora bien, de acuerdo con Hart la decisión que adoptemos en estos casos, si bien quizá no pueda justificarse acabadamente *ex ante*, puede eventualmente ser “reivindicada” por los resultados y/o por la conformidad de otros (“vindicated by results” (Hart, 2013, p. 660)) que en el futuro estén sometidos al mismo predicamento al momento de decidir. Hart también retoma el problema en el Concepto de Derecho. Allí sostuvo una idea bastante similar, esto es, que en ciertos casos muy excepcionales en los que “las dudas que se presentan son acerca del ámbito y alcance preciso de los criterios mismos de validez jurídica, esto es cuando lo que está en juego es la textura abierta de la propia regla de reconocimiento”, los jueces obtienen su autoridad *ex post* (Scataglini, 2021, p. 114).

Parecería entonces que Hart, como yo, piensa que es posible que hechos futuros sirvan para validar decisiones presentes. De todos modos, más allá de esta coincidencia, entre mi idea y la de Hart hay una diferencia crucial. Hart cree que, en los casos en los que la decisión es “vindicated” retrospectivamente y los jueces obtienen su autoridad *ex post*, el derecho es “creado” por los jueces en sentido fuerte, ya que se trata de casos en los que al momento de decidir no hay ningún criterio jurídico a la luz del cual evaluar la corrección de esa decisión.¹⁴ Estos son casos, dice Hart (1961),

¹⁴ Scataglini (2021, pp. 113-114) piensa que en la obra de Hart hay una división tripartita de casos. Los casos fáciles y debatibles en los que el derecho es determinado, y los casos donde no lo es, los que a su vez se dividen en casos difíciles y casos límite. En estas dos últimas clases de casos Hart considera, de acuerdo con Scataglini, que no existe respuesta correcta y la diferencia que existe entre ellos es que mientras en los casos difíciles el juez ejerce discreción, en los casos límite su decisión es discrecional. La clasificación tripartita de Scataglini parece reconstruir adecuadamente el pensamiento de Hart. De todos modos, dado mis propósitos en este trabajo yo aúno la segunda y la tercera clase de casos por lo que tienen en común en Hart, más precisamente, que para Hart en ninguno de estos dos tipos de casos el derecho indica cómo deben ser decididos.

donde “all that succeeds is success” (p. 149),¹⁵ y si afirmamos en retrospectiva que los tribunales tuvieron la atribución de decidir la cuestión debatida del modo en que lo hicieron será, dice Hart, nada más que una “ficción piadosa” (p. 149).

Déjenme explicar ahora por qué la visión de Hart es problemática y por qué la objeción de Céspedes es insubstancial. Quien piense como Hart, esto es, quien crea que en ciertas circunstancias los jueces “crean” derecho en sentido fuerte, enfrentará una serie de importantes problemas. En primer lugar, deberá aceptar la cuestionable conclusión de que el poder de decidir un caso genera el derecho que le es aplicable, cuando parecería ser que la relación adecuada en un estado de derecho es inversa: donde el derecho rige, es el derecho aplicable a un caso el que genera el poder del juez para así decidirlo de ese modo. Por otro lado, quien piense como Hart no podría explicar la fenomenología de la práctica jurídica, pues incluso en los casos en que no existen suficientes antecedentes institucionales para imponer una decisión determinada, y como famosamente sostuvo Dworkin (1984), las partes de los casos argumentarán en favor de una u otra decisión por considerarla jurídicamente correcta, lo que solo tiene sentido si la práctica tiene criterios de corrección jurídica incluso para estos casos. Pero lo más relevante es que quien se resista a aceptar la existencia de un criterio jurídico de corrección y pregone, como Hart, que en ellos el juez “crea” derecho, socavará la aptitud del derecho para contribuir a realizar sus valores inmanentes. Efectivamente, si no hubiera un criterio que indicase que una decisión es correcta, si todo lo que se pudiera decir al respecto en estos casos es que “all that succeeds is success”, será imposible criticar jurídicamente lo decidido no solo *ex ante* sino también *ex post*. Esta imposibilidad será sin duda perjudicial, pues no habrá razones jurídicas a las que se puedan recurrir para incentivar a que los jueces usen “la razón y la imaginación... [para] descubrir” (Dworkin, 2022, p. 2) la decisión que pueda ser aceptada por jueces subsiguientes.

¹⁵ Curiosamente, esta expresión no está traducida en modo alguno en la canónica versión castellana del Concepto del Derecho traducida por Genero Carrió, como lo ha puesto de resalto Martin Bohmer (s/f).

En cambio, si aceptamos que incluso en los casos en los que no hay suficientes antecedentes institucionales aplicables existe un criterio de corrección –si, por ejemplo y como yo creo, aceptamos que una decisión es jurídicamente correcta si es consistente con las tradiciones interpretativas del pasado y, cuando estas no fueran suficientes para sindicar la respuesta correcta, con las que se han de desarrollar en el futuro–, crecerá la probabilidad de coherencia decisoria entre las decisiones presentes y futuras lo que, a su vez, facilitará la realización de los valores que constituyen el punto del derecho, esto es, la cooperación social, el cambio orgánico y la amistad cívica.

Antes de replicar otras críticas en las secciones siguientes quiero, de modo incidental y muy brevemente, mencionar una creencia, a mi criterio errónea, que creo que explica la resistencia de Céspedes a aceptar el criterio de corrección jurídica que propongo. Lo hago con la esperanza de que, al identificar la fuente del error, quizá sea más claro que no voy por un camino equivocado.

Al teorizar, Céspedes como muchos otros, parten de la idea que el derecho, en una de sus posibles descripciones, no es más que el conjunto estático de decisiones que solo pueden derivarse de las normas jurídicas existentes en un momento dado. Si uno piensa de este modo sin duda rechazará un criterio de corrección jurídica como el de la validación retrospectiva que, de alguna manera y para ciertas circunstancias, depende del modo en que han de resolverse casos futuros. Pero este punto de partida es un error. La visión estática es un error.¹⁶ El derecho, gracias a lo que Hart (1961) llamó “reglas secundarias de adjudicación” (p. 133) y Schauer (1991) “reglas jurisdiccionales” (pp. 169-171)¹⁷ debe verse como una práctica deci-

¹⁶ El error que apunto en el texto no es solo de Céspedes. Grandes teóricos también incurrieron en él. En este sentido, Dyzenhaus (2022, pp. 385, 391 y 392) ha sostenido que el positivismo de Hart ha tenido inconvenientes para organizar una concepción del derecho convincente en razón de que ha enangostado el análisis de lo que el derecho es en virtud del carácter estático de su visión ignorando, por ejemplo, las sutilezas de la distinción propuesta por Radbruch entre el derecho sancionado (*Gesetz*, en alemán) y el derecho (*Recht*, en alemán) y la “estructura institucional del orden legal”. De acuerdo con Dyzenhaus (2022, p. 22) la verdadera división entre las teorías del derecho es la que parte de la distinción entre teorías estáticas y teorías dinámicas.

¹⁷ Véase Orunesu y Rodríguez (2025, pp. 239-248).

soria extendida en el tiempo que conjuga las normas presentes con decisiones presentes y futuras. Si concebimos al derecho de ese modo, resistirse a aceptar criterios de corrección jurídica que, como la validación retrospectiva, son en alguna medida y en ciertas circunstancias sensibles al modo en que se decidan casos futuros, debería debilitarse y, consecuentemente, Céspedes debería ser más empático con las ideas que aquí he expuesto.

5. Responsabilidades epistémicas asimétricas

Céspedes sostiene que aquellos que como Dworkin defienden el “derecho como integridad” tienen menos exigencias argumentativas para justificar su concepción del derecho, de tal modo que, entre ellos y yo, que defiendo que el criterio de corrección jurídica está relacionado con las tradiciones interpretativas, existen “responsabilidades epistémicas asimétricas” (2026, sección 6). De acuerdo con Céspedes, los partidarios del “derecho como integridad” están en una situación más fácil que la mía, pues cuando los antecedentes institucionales de un país y sus principios immanentes no son suficientes pueden recurrir a la moral y ésta, por ser mucho más general y abstracta que los antecedentes institucionales, hace menos probable que los jueces se enfrenten con circunstancias en las que no existe algún material sobre la base del cual decidir.

No es claro por qué yo tengo un deber argumentativo mayor frente a partidarios del “derecho como integridad”, pues no es claro que esta visión evite más fácilmente las dificultades que pueden presentarse. Si hay un desafío intelectual exigente es el de identificar qué es lo que la moral crítica requiere. El hecho de que la moral sea más general y abstracta que el derecho, contrariamente a lo que sugiere Céspedes, no hará menos probable que los jueces se enfrenten con circunstancias en las que no existe suficiente material sobre la base del cual decidir; más bien ocurre todo lo contrario. La mayor abstracción y generalidad de la moral es justamente lo que hace en parte necesario recurrir a consideraciones jurídicas para decidir. Por otro lado, es curioso que Céspedes considere que la carga argumentativa está en quien propone una manera de resolver los casos difíciles mediante referencias a hechos institucionalizados y su normatividad inmanente

cuando ellos pueden ser comprobados y compartidos por todos. De todos modos, como la plausibilidad de la crítica de Céspedes y la de mi respuesta a la cuestión de quién tiene responsabilidades epistémicas mayores es comparativa, pido a los lectores que nuevamente suspendan su evaluación de mi respuesta a la imputación de Céspedes hasta que en la última sección, en lo que será una sucinta crítica a la posición de Céspedes, me refiera a los problemas epistémicos del “derecho como integridad” (en especial, a la injustificada creencia de que los jueces son epistémicamente superiores, moralmente hablando).

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

Tampoco problematiza mi visión el hecho de que, como afirma Céspedes, en algunas circunstancias “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” (2026, sección 7). Mi concepción de la adjudicación y el derecho tiene lugar para ese tipo de “reinterpretación”, pues siempre existe la posibilidad que “se deje de lado algún particular antecedente institucional” (sección 7) y de afirmar que una línea de casos fue erróneamente decidida pues se basó en una interpretación defectuosa de materiales previos a la luz de una mejor comprensión de cuáles entre ellos son institucionalmente relevantes. En otras palabras, no toda reevaluación del material institucional precedente debe ser vista como el resultado de las particulares convicciones morales de los jueces. Las “reinterpretaciones” mencionadas por Céspedes no son necesariamente un síntoma de que las tradiciones no son determinativas de cómo se debe juzgar.

Aunque no sea un argumento central de Céspedes, quiero aclarar que el hecho de que yo crea que los valores inmanentes del derecho son su contribución a la cooperación social, el cambio orgánico y a recrear la amistad cívica, no me convierte en modo alguno, como alega Céspedes, en un utilitario. Lo que caracteriza al pensamiento utilitario es su resis-

tencia para tomar seriamente en cuenta la distinción interpersonal, esto es, que moralmente hablando somos seres separados unos de otros de tal modo que los costos en términos de derechos para algunos de nosotros de las decisiones sociales no pueden ser moralmente compensados solo por ventajas para otros.¹⁸ Mi visión, o la de quien como yo crea que los jueces deben abstenerse de recurrir a sus propias consideraciones morales al juzgar, no requiere negar la relevancia de la distinción interpersonal y, por lo tanto, no necesita ser utilitaria.

Lo que sí constituye un cargo que debo responder es la imputación de que mi posición es antidemocrática. Céspedes apropiadamente afirma que yo, por razones democráticas, censuro a quienes consideran que los jueces se encuentran habilitados a recurrir a sus propias convicciones morales al momento de decidir casos,¹⁹ pero indica que dicha objeción se vuelve en mi contra. Si por razones democráticas los jueces no deben recurrir a sus convicciones morales, afirma Céspedes, tampoco deberían recurrir a las tradiciones interpretativas forjadas por los mismos jueces. La crítica es ingeniosa pero inadecuada. Existen diferencias democráticamente relevantes entre juzgar un caso de acuerdo con las convicciones morales propias, algo que sostengo que no debe hacerse, y juzgarlo de acuerdo con las tradiciones interpretativas de la judicatura en general, lo cual considero obligatorio.

Las objeciones democráticas a los jueces que trascienden el derecho para abreviar sus decisiones en la moral no se pueden extender, como intenta Céspedes, a quienes se esmeran por identificar el derecho aplicable a los casos en el material normativo provisto por las tradiciones interpretativas de la comunidad a la que pertenecen. Ello es así por dos razones. En primer lugar, quien juzga de acuerdo con tradiciones interpretativas no juzga de acuerdo con sus convicciones, sino que se somete a criterios decisoriales que no controla. Por el contrario, quienes juzgan de acuerdo con sus propias convicciones morales imponen a otros su propio juicio individual. En segundo lugar y más relevante que lo anterior, el sometimiento a tradiciones interpretativas presupone y expresa un grado de fidelidad a los

¹⁸ Williams (1973) es quien ha formulado el argumento canónico de que el utilitarianismo colapsa la distinción entre individuos.

¹⁹ En la última sección de manera sucinta insistiré con dicha crítica.

antecedentes institucionales que fueron convertidos por los mecanismos democráticos en derecho que la decisión de acuerdo con lo moralmente relevante no presupone ni expresa pues, por definición, ella es irreverente respecto de dichos antecedentes.

7. Casos constitucionales

En esta sección Céspedes dispara desde una trinchera distinta. No pretende señalar errores substantivos o metodológicos sino que aspira a mostrar que, en virtud de la actitud reverente hacia las tradiciones institucionales, yo no puedo dar cuenta de lo que en la práctica interpretativa parece suceder, más precisamente, cambios jurisprudenciales que no pueden justificarse por remisión a tradiciones interpretativas pero que, no obstante ello, se constituyen en piedras angulares del desarrollo del derecho o, para ponerlo de un modo más afín a mi propia visión, del inicio de nuevas tradiciones interpretativas.

Para probar su punto, Céspedes se refiere a un caso resuelto por el Tribunal que integro y a otro resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos, jurisdicción que elige debido a la proximidad de nuestros respectivos sistemas constitucionales. El argumento de Céspedes pretende poner a mi visión entre Escila y Caribdis. Su idea es que, si yo concluyese que son jurídicamente correctas las decisiones que se adoptaron en estos casos, estaría negando aquello en lo que creo, porque implicaría reconocer que la tradición no es dispositiva; pero tampoco puedo afirmar lo contrario, esto es, que fueron erróneamente decididos, porque ello me impediría dar cuenta del fenómeno del cambio jurisprudencial que sin duda ha existido y existe en los sistemas jurídicos que conocemos.

El tratamiento de Céspedes de lo decidido por estos tribunales no sustenta bien su crítica. En el caso resuelto en el año 2017 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que cita Céspedes –*Schiffrin*–, la mayoría, con mi disidencia, votó apartarse de lo decidido en *Fayt*. Céspedes sostiene que la Corte se enfrentaba con “dos niveles de tradición superpuestos, dos líneas interpretativas incompatibles entre sí” (2026, sección 8.2) por lo que, según Céspedes, cualquier decisión requería recurrir a considera-

ciones extrajurídicas. A mi criterio esta conclusión no es correcta. El mero hecho de que existiera la posibilidad de ofrecer argumentos enfrentados acerca de cómo resolver *Schiffrein* no muestra en modo alguno que en ese momento en el sistema jurídico argentino hubieran “dos líneas interpretativas” (sección 8.2) contradictorias. Céspedes parece reconocer esta aseveración cuando afirma que mi disidencia se ajusta “con mayor naturalidad y presenta una justificación (de la decisión) más plausible” (sección 8.2) del caso que la Corte debía adjudicar. Este reconocimiento socava la idea de que previamente existían dos tradiciones interpretativas igualmente meritorias al punto de que, sin recurrir a una lectura moral, el caso no podía ser resuelto. Si mi disidencia tenía un mejor ajuste con las tradiciones interpretativas, ella era la respuesta jurídicamente correcta, por lo que las consideraciones morales no eran necesarias.

Respecto de la decisión adoptada por la Corte de Estados Unidos que refiere Céspedes, *Brown*, estoy, a pesar de no ser de modo alguno experto en el derecho de ese país, relativamente convencido de que puede explicarse de un modo diferente al que él sugiere. Céspedes sostiene que *Brown* es el producto de la mejor “lectura moral de la Constitución” de los Estados Unidos, más precisamente, de la visión de la Constitución que “volvía a la comunidad norteamericana la mejor comunidad política que podía ser” (2026, sección 8.1). En virtud de esta interpretación, cree que *Brown* muestra que es inevitable recurrir a argumentos morales, pues si se siguiese el *dictum* de *Plessy Brown* no podría haberse decidido como se decidió, y afirma que una concepción que no explica a *Brown* no puede ser correcta.

Aunque, como dije, no soy un experto en el derecho constitucional estadounidense, no me parece que la caracterización que hace Céspedes de *Brown* sea adecuada. Cuando la decisión en *Brown* es adecuadamente reconstruida, puede ser vista como una decisión explicable sin necesidad de recurrir a consideraciones morales.²⁰ *Brown* puede verse de un modo

²⁰ Céspedes no está solo en su caracterización de *Brown*. Muchos autores creen como Céspedes que fue una decisión inspirada por razones morales. Así, por ejemplo y entre otros, Eskridge (1989); Horowitz (1992, pp. 1870-1969); Primus (1996, pp. 447-450). Es cierto también que muy poco después de *Brown* la Suprema Corte revocó la desegregación en lugares públicos diferentes a las escuelas mediante la mera cita de *Brown*, lo que sugiere que revocaban a *Brown* en razón de concebirlo moralmente inaceptable (véase *Gayle v. Browder*,

distinto al propuesto por Céspedes, esto es, como una decisión sustentada en razones que ya estaban implicadas en las tradiciones interpretativas de los antecedentes institucionales de los Estados Unidos.²¹ En efecto, es posible pensar que *Brown* no se fundó en la negación por razones morales de las premisas que constituían el *dictum* de *Plessy*, esto es que la discriminación en lugares públicos no era necesariamente antijurídica siempre que el estado garantizase instalaciones o prestaciones iguales a personas blancas y negras, sino, más bien, en una cuestión de hecho que no se había tenido en cuenta en *Plessy* ni en su progenie: que la segregación en las instituciones educativas, dado todo lo que se sabía al momento de decidir el caso, afectaba la Enmienda XIV pues no garantizaba la misma educación para niños blancos y niños negros.

Lamentablemente no puedo dejar mi respuesta a Céspedes aquí pues en su argumentación los casos tienen solo un propósito ejemplificativo. Por ello, porque no es el final de la discusión, es preciso investigar si es verdad que, como sugiere Céspedes, estoy obligado a elegir entre dos alternativas cuando ambas socavan mi posición (nuevamente: entre aceptar que son correctas ciertas decisiones que se apartan de los precedentes, como lo hacen de acuerdo con Céspedes *Schiffirin* y *Brown*, lo que implicaría conceder que las tradiciones interpretativas no son el criterio último para determinar el derecho; y resistirme a aceptar *Schiffirin* y a *Brown* como decisiones correctas, lo que parecería implicar que *Schiffirin* y *Brown* nunca podrían haber sido la piedra inaugural de una nueva tradición interpretativa).

La primera alternativa de la supuesta encrucijada no es inevitable. Contrariamente a lo que sugiere Céspedes, la corrección de una nueva decisión

1956). De todos modos, no hay opinión unánime aquí. Otros muchos autores adjudican especial relevancia a las investigaciones psicológicas en la autoestima de los niños negros arrojadas por los “two-doll studies” que se citan en la decisión y que impedían pensar que “separados pero iguales” brindaba una igual educación para todos, tal como ello era exigido por la enmienda XIV. Así, McConnell (1995, pp. 947 y 1132). Dworkin (2022), por el caso, reconoce que la opinión unánime escrita por el juez Warren “no rechazó la fórmula ‘separados pero iguales’” ni “tampoco dijo abiertamente que la Corte invalidaba el fallo *Plessy*” sino que “se apoyó en la controvertida evidencia sociológica para demostrar que las escuelas con segregación racial no podía, por esa sola razón, ser equitativas” (p. 32).

²¹ Ver, *McLaurin v. Oklahoma State Regents* 339 US 637; *Sweatt v. Painter* 339 US 629; *Spinnell v. Board of Regents* 332 US 631; *Missouri ex rel. Gaines v. Canada*, 305 US 337.

—por ejemplo, *Brown*— que se aparta de decisiones precedentes no implica siempre y necesariamente que las tradiciones interpretativas no merezcan nuestra adhesión. Hay apartamientos de decisiones precedentes que no solo no debilitan sino que robustecen la idea que las tradiciones deben ser dispositivas. Efectivamente, como ya he sugerido en la sección anterior, a veces un tribunal se puede apartar de algunas decisiones precedentes en el entendimiento de que ellas no solo no son parte de la práctica interpretativa bien entendida sino que, por el contrario, constituyen errores interpretativos que pueden ser ignorados (siempre que no se hayan consolidado como parte del canon de interpretación). En otras palabras, algunas veces los apartamientos pueden ser explicados como rectificaciones justificadas a la luz de una teoría del error de las decisiones precedentes que debe contener todo sistema jurídico. Obviamente, la articulación de una teoría del error en una particular comunidad jurídica es una cuestión bien complicada, entre otras razones porque algunos errores históricos, en virtud de la fuerza que debemos asignarles a los precedentes y a los valores que su seguimiento puede producir, con el correr del tiempo y sujeto a algunas condiciones que no es preciso describir aquí, dependiendo de la jurisdicción de la que se trate, pueden mutar en buen derecho.

Existe de todas maneras otra razón, mucho menos explorada por la teoría jurídica pero igualmente muy importante, que también nos muestra que la corrección de una decisión que se aparta de una tradición interpretativa no implica necesariamente ni que la tradición de la cual la decisión se aparta haya sido incorrecta ni que la decisión que se adopta sea incorrecta y, por lo tanto, que no es el caso que todo apartamiento del pasado debilita necesariamente la proposición que afirma que debemos seguir las tradiciones interpretativas. En efecto, el estándar de corrección de la respuesta a la pregunta de cuál es la interpretación correcta puede variar no solamente, y como se dijo en el párrafo precedente, por el descubrimiento de que en realidad ciertas decisiones del pasado son erróneas, sino también por la existencia de nuevas razones en favor de una interpretación determinada que antes no estaban disponibles simplemente porque no eran concebibles dado los límites argumentativos de la práctica y, por lo tanto, no podían determinar el modo en que se debía decidir ni, en virtud de ello, implicar que las decisiones pasadas eran incorrectas.

Lo decidido por la Suprema Corte de Canadá en el caso *Carter v. Canadá* (2015)²² es un ejemplo pertinente y muy ilustrativo de lo que quiero decir. Los actores habían puesto en cuestión la legalidad de unos artículos del Código Criminal que prohibían el suicidio asistido. Con anterioridad, en el año 1993, la Suprema Corte de Canadá había decidido el caso *Rodriguez v British Columbia*, donde por una mayoría exigua dispuso que los artículos del Código Criminal en cuestión (que según quedó determinado en el proceso era proteger a las personas vulnerables de ser inducidas a cometer un suicidio o solicitar ayuda para hacerlo en momentos de debilidad), a pesar de que privaban al actor de su derecho a la seguridad personal e infringían su derecho a la igualdad (reconocidos ambos en la Carta Canadiense de los Derechos y las Libertades en las secciones 7 y 15 respectivamente), lo hacían de un modo compatible con la sección 1, esto es, con los principios de justicia fundamental demostrable en una sociedad libre y democrática, por lo que eran válidos. Los demandados en *Carter v. Canadá* afirmaron que *Rodriguez v. British Columbia* gobernaba el caso y que, por lo tanto, *Carter* debía decidirse del mismo modo. La Cámara de Apelaciones falló en favor de los demandados, pero la Suprema Corte revocó la decisión. Para así resolver, argumentó que en *Carter* se plantearon cuestiones legales inéditas que no se habían planteado en *Rodriguez* y que los cambios en las circunstancias y en la evidencia alteraron fundamentalmente los parámetros del debate, lo que autorizaban al juez de grado a reconsiderar las decisiones anteriores de tribunales más elevados. Entre otras cosas, y lo que es relevante aquí, sostuvo que la nueva concepción de “sobre-inclusividad” de una ley, que debía evitarse para satisfacer las exigencias de los principios de justicia de una sociedad libre y democrática (los únicos que pueden justificar la restricción de un derecho tal como lo dispone la sección 1. de la Carta de Derechos), ahora, a diferencia de lo que sucedía antes y como resultado de una serie de decisiones previas a *Carter* pero posteriores a *Rodriguez*, exigía preguntarse si la ley cuestionada interfería con una conducta en particular que no tenía relación con los objetivos de dicha ley, en cuyo caso la restricción no podía ser validada. El punto

²² Agradezco a Sophia Moreau haberme indicado la relevancia de este caso para el argumento que desarrollo en el texto.

importante es que la Suprema Corte de Canadá se apartó de lo decidido en *Rodriguez* en razón de que la nueva concepción de “sobre-inclusividad” no estaba vigente al momento de decidir *Rodriguez*, pues fue desarrollada con posterioridad a esa decisión, pero sí lo estaba al momento de decidir *Carter*. La nueva concepción de “sobre-inclusividad” determinaba cómo debía decidirse *Carter* pero en modo alguno implicaba que la decisión en *Rodriguez* hubiera sido equivocada, ni tampoco que alguna de las dos decisiones, ni la de *Carter* ni la de *Rodriguez*, sugiriera que era un error honrar las tradiciones interpretativas al momento de decidir casos. Lo que explica el cambio no es la corrección de apartarse de una tradición interpretativa sino el hecho de que se pueden haber generado razones, que no estaban disponibles con anterioridad, que nos pueden habilitar a decidir hoy de manera distinta al modo en que antes decidíamos (la nueva concepción de sobre-inclusividad en *Carter*).²³

Incidentalmente, permítanme destacar que el fenómeno al que apunto no es privativo del derecho. En muchas prácticas sociales ocasionalmente surgen nuevas razones en favor de una particular respuesta a un problema que antes no estaban disponibles, sin que ello implique que el modo en el que el problema se resolvía en el pasado hubiera sido erróneo. Sucede en nuestras prácticas morales. Thomas Nagel, por ejemplo, ha argumentado que la moral progresa, entre otras maneras, mediante el surgimiento de nuevas razones, las que debido a su novedad no podrían haber determinado nuestra previa manera de pensar, moralmente hablando. En este sentido, de acuerdo con Nagel (2023), por ejemplo, antes de que se considerase que las condiciones de la legitimidad política eran las que serían exigibles por seres iguales, autónomos y racionales, nadie podía honestamente representarse que las únicas restricciones moralmente admisibles a la libertad de expresión impuestas por un gobierno a sus súbditos fuesen las que podrían derivarse de una extensión del Principio del Daño de Mill (dicho principio, según Nagel, es el más plausible para determinar lo moralmente requerido

²³ Es interesante destacar que Dworkin parece coincidir con la idea de que el estándar de corrección de la respuesta a la pregunta acerca de cuál es la interpretación correcta pueden variar por la existencia de nuevas razones. Así, en el *Imperio del Derecho* (Dworkin, 2022), sostuvo que “tal vez... (la teoría a la luz de la cual se decidió Plessy)... haya sido adecuada bajo criterios de equidad y ajuste... [pero]... no es adecuada ahora” (p. 381).

en dicha área). En el arte parece suceder lo mismo. T. S. Eliot (2020),²⁴ en una de las pocas obras citadas por Dworkin en *El Imperio del Derecho* (2022), ha defendido la idea que una nueva obra de arte puede cambiar las “relaciones, proporciones, valores de cada obra” precedente sin que sea necesario afirmar que el mundo del arte estaba antes incompleto. Esta creencia presupone que a pesar de que hoy, gracias a una nueva obra, podemos ver distinto a las obras anteriores, ellas no eran necesariamente trucas al momento de su creación. Ambas proposiciones solo pueden afirmarse al mismo tiempo si aceptamos que nuevas razones que antes no estaban disponibles pueden cambiar nuestro juicio presente sin que ello implique dejar de considerar como adecuado lo que previamente aceptábamos con otra manera de pensar.

8. Derecho y tradición: una defensa tardía, un contraataque final y mis conclusiones

En las secciones precedentes me he ocupado de contestar las críticas de Céspedes. He usado la idea de la validación retrospectiva para mostrar que no es correcto pensar que ineludiblemente necesitamos recurrir a consideraciones morales para resolver algunos casos, más precisamente, aquellos para los cuales no hay suficientes antecedentes institucionales determinativos de una solución. Espero que las razones que ofrecí y la ventaja que nos puede ofrecer la validación retrospectiva como criterio de corrección jurídica –entre otras cosas, por su aptitud para modelar en el sentido adecuado la conducta decisoria de los jueces– hayan sido convincentes y, con ello, que estén dispuestos a aceptar la relevancia determinante de las tradiciones interpretativas al momento de juzgar.

Honrando lo que dije al comienzo, me gustaría en esta sección criticar la visión propia que Céspedes, casi sin decirlo, ofrece a los lectores. En efecto, en algunos pasajes de modo implícito y en su última sección de modo explícito, sostiene que a los efectos de realizar objetivos valiosos impuestos por la moralidad a veces se requiere que los jueces se aparten

²⁴ Agradezco a Andrés Rosler haberme sugerido prestar atención a esta idea de T.S. Eliot.

de los antecedentes institucionales recibidos. Por ello, aun cuando en una muestra de buen tino reconoce que es necesario matizar las objeciones que me dirigió y admite que la adhesión a las tradiciones decisorias es en alguna medida plausible –pues nos ayuda a impedir “que el reconocimiento de errores históricos se vuelva una práctica recurrente” (2026, sección 7) haciendo imposible “cualquier interpretación coherente y sistemática de la práctica jurídica” (sección 9)–, Céspedes afirma que debemos estar dispuestos a aceptar un rol para la magistratura diferente al que yo tengo en mente, permitiendo que los jueces incursionen al decidir en la reflexión moral. En consecuencia, Céspedes pregona que debe abandonarse toda pretensión de que los jueces se comporten como meros “autómatas aplicadores de normas inequívocas”. Su idea, obviamente, no es que los jueces se conviertan en gurús morales, pero sí que adopten una concepción del derecho que ofrezca “la suficiente rigidez para garantizar el florecimiento de la cooperación social” pero también “la flexibilidad necesaria para permitir un paulatino cambio” (sección 7) moral.

Tengo dudas de que el “derecho como integridad” sea una concepción que combine de modo estable la “lealtad a la historia institucional” con la “necesidad de interpretar críticamente esa herencia” (sección 9). Tiendo a pensar que en última instancia en los casos difíciles la “dimensión de justificación” dominará las decisiones y desestabilizará la combinación, haciendo prevalecer la “necesidad de interpretar críticamente” (sección 9) el pasado institucional. Mi convicción es aún más firme en la versión del “derecho como integridad” que parece defender Céspedes, la más popular por estos lares.²⁵ Esa dominancia se ve claramente, por ejemplo, en el modo en que Céspedes caracteriza y evalúa las decisiones en *Brown*. Allí celebra que se haya abandonado *Plessy* dado que ello era necesario, afirma Céspedes, por razones morales y a pesar de consideraciones de “ajuste”, para que la comunidad norteamericana sea “la mejor comunidad política que

²⁵ Mi visión no es universalmente aceptada, ni muchos menos. De hecho, algunos autores sostienen que el “derecho como integridad” es demasiado deferente al pasado y que concede demasiada importancia al “ajuste”. Véase Greene (2012, pp. 118-123). Raz (1994, p. 208) también ha hecho el mismo punto. En este sentido ha afirmado que la necesidad de honrar la *dimensión de ajuste* determina que los hechos contingentes del pasado legal resuelvan el caso independientemente de que ellos indiquen la mejor solución moral.

podía ser”.²⁶ De todos modos, no voy a disputar este aspecto del “derecho como integridad” pues, para finalizar esta ya larguísima réplica, quiero detenerme muy sucintamente en los problemas de la visión de Céspedes que me parecen decisivos para mostrar que su convicción central de que el derecho debe ser moralmente modelado no puede prosperar.

A mi entender, la adhesión de Céspedes a la idea de que el derecho debe aspirar a realizar objetivos sociales impuestos por la moralidad no deriva de la relevancia práctica de la moral, esto es, del hecho que la moral nos imponga, por ejemplo, deberes categóricos de actuar, sino de la idea que el punto de la práctica en que consiste el derecho es regulativo de los valores que la práctica debe instanciar. Yo creo, como Céspedes, que efectivamente el punto de la práctica jurídica es regulativo. Como bien ha sostenido Raz (2009), no podemos entender el derecho “a menos que entendamos que tiene cierta tarea” y que precisamente “debe ser juzgado... por cómo la realiza” (pp. 177-178).²⁷ De modo que no atacaré a Céspedes por esta convicción. El problema de Céspedes es otro: que el punto del derecho no es ni puede ser el que sugiere, y ello por varias razones que resumiré a continuación.

En primer lugar, la visión de que el punto del derecho es hacer de nuestra comunidad lo mejor que moralmente pueda ser presupone y requiere virtudes en los jueces que no siempre están presentes. Habilitar a los jueces a concretar valores morales a través del derecho solo puede ser plausible si tuviéramos razones de peso para confiar en que los jueces sean especialmente expertos en esa dimensión. Pero no hay ningún indicio que nos permita pensar de esa manera. Nada sugiere que los jueces tengan capacidades epistémicas morales especiales superiores a las de, por ejemplo, otros funcionarios de una democracia moderna. Es verdad que los jueces

²⁶ Céspedes confía que los jueces advertirán que si recurren con asiduidad a sus convicciones morales se afectará la cooperación social pero salvo que los jueces suscriban una posición como la que intento defender en este trabajo no podrán llegar a la convicción de que es necesario abdicar de su compromiso de hacer lo que la práctica requiere para que pueda ser la mejor, moralmente hablando para comportarse del modo en que se comportaría un juez que entiende que su mandato es respetar las tradiciones adjudicativas de su comunidad.

²⁷ Hart, por el contrario, era escéptico respecto de la idea que el derecho tiene un punto “más allá de proveer guías de conducta y estándares de criticismo por esa conducta”. Véase Hershovits (2015).

en un país que funcione han seguramente accedido a la judicatura después de haber recibido un entrenamiento especial para reconocer y aplicar normas jurídicas, que las normas jurídicas no son estructuralmente diferentes, aunque a veces sí diferentes sustantivamente, de las normas morales, y que el contexto en el que desarrollan su actividad –los procesos judiciales– es especialmente propicio para descubrir el punto de la imparcialidad entre las pretensiones en pugna. Pero nada de ello los habilita a desentrañar las intrincadas consideraciones que regulan el modo en que, desde el punto de vista de la moral crítica, nos debemos comportar unos con otros.

En segundo lugar, la posición de Céspedes parece no dar cuenta de que, en las condiciones de la modernidad, caracterizada por un irreducible pluralismo acerca de lo correcto y del bien,²⁸ nuestras sociedades tienen enormes dificultades para ponerse de acuerdo en cuáles son las exigencias morales. Independientemente de que los jueces no están equipados mejor que el resto de los ciudadanos para identificar lo moralmente requerido, habilitarlos para hacerlo e introducirlo en el derecho parece ignorar que la dificultad para ponernos de acuerdo al respecto ha sido precisamente lo que ha dado al derecho la preminencia que hoy tiene como mecanismo regulativo de nuestra vida social. Es, por otro lado, una estrategia auto-frustratoria: trasladaría un problema idiosincrásico de la moral al derecho, con la casi segura consecuencia de que las decisiones judiciales moralizadas a la luz de lo que los jueces consideran moralmente correcto se verán como partisanas y, por ello, socavarán la confianza en la imparcialidad de los tribunales aumentando el desencantamiento con el derecho, todo lo cual dificultará la realización de los mismos valores que se intentan implantar.²⁹ Esta consecuencia es particularmente perjudicial pues, dado lo que somos, en el proceso de transformación social el derecho viene primero, tiene

²⁸ Una concepción de lo correcto es una elaboración articulada de las respuestas a la pregunta de cómo debemos vivir en relación con los demás. Una concepción del bien, en cambio, responde a la pregunta acerca de qué le da valor a la vida.

²⁹ Schapiro (2001), ha enfatizado la misma idea. Ha indicado la superioridad del derecho sobre la moral como mecanismo para regular la convivencia en el medio de la diversidad. En este sentido ha afirmado que en virtud de que los hechos sociales son determinables no por la deliberación moral sino por la observación empírica conavientan el peligro de que el “process of legal discovery will defeat the very purpose of having law” (p. 275).

una especie de prioridad léxica sobre los valores de la moralidad crítica. La realización de los valores morales a escala social, paradigmáticamente la realización de la justicia distributiva, presupone una sociedad donde imperen de un modo más o menos general los valores de la legalidad que son lo primero que debe lograr realizar una comunidad política pues como lo afirmó Bernard Williams (2005), el “orden, la protección, la seguridad, la confianza y las condiciones de la cooperación” son “la condición de la solución, en realidad del planteamiento, de todos las demás” problemas sociales (p. 3).

Finalmente, las ideas de Céspedes respecto del rol de la magistratura no se pueden aceptar por el siempre recurrente y obvio problema de la falta de legitimidad democrática, que Céspedes conoce bien pues me lo imputa en el capítulo que titula “¿El “derecho como tradición” justifica nuestra práctica jurídica?” (2026, sección 7) y que he contestado en la sección VI de este trabajo. La trillada idea es que los jueces carecen de la legitimidad necesaria para modelar sus decisiones jurídicas en términos de lo que consideran moralmente exigible por la sencilla razón de que estas consideraciones no han sido incorporadas al derecho por ninguno de sus mecanismos iusgenerativos. Confiar a los jueces la posibilidad de moralizar el derecho implicaría restringir la potestad de la comunidad de gobernarse a sí misma en los términos de las decisiones que ella, a través del derecho, ha adoptado. Obviamente, esta crítica a la posición de Céspedes no implica en modo alguno que la moralidad no deba guiar nuestro comportamiento como sociedad. El que los jueces no deben ser los paladines de la moralización de la sociedad no implica que nadie no deba serlo. Hay áreas y asuntos de gobierno en los que la moralidad tiene y debe tener un lugar preponderante. Así, en una democracia constitucional el voto de los representantes de la voluntad popular, los actores centrales en la creación del derecho, debe estar siempre inspirado por convicciones morales. Pero de todos modos, no puede confundirse, como lo hace la posición de Céspedes, el rol de la moralidad en el *demos* en el *foro* pues, aunque la buena política debe ser animada por consideraciones de moralidad, el buen derecho debe ser solo animado por los valores de la legalidad, esto es, la cooperación social, el cambio orgánico y la amistad cívica.

Bibliografía

- Bohmer, M. (s/f) Lost in translation. Sobre la traducción castellana de El Concepto de Derecho. Manuscrito inédito en poder del autor.
- Céspedes, T. (2026). Derecho y tradición: sobre la concepción del derecho del Juez Carlos Rosenkrantz, *Discusiones*, 36(1).
- Dyzenhaus, D. (2022). *The Long Arch of Legality*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Danto, A. (1981). *The Transfiguration of the Commonplace: A Philosophy of Art*. Cambridge: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1977). *Taking Rights Seriously*. Londres: Duckworth.
- Dworkin, Ronald, (1984). *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel.
- Dworkin, R. (2022). *El imperio del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Eliot T.S. (21 de marzo de 2020). La tradición y el talento individual. *El Sudamericano*. Recuperado de: <https://elsudamericano.wordpress.com/2020/03/21/la-tradicion-y-el-talento-individual-por-t-s-eliot>.
- Eskridge, W. N. (1989). Metaprocedures, *Yale Law Review*, 98, 945-974.
- Finnis, J. (1984) The Authority of Law in the Predicament of Contemporary Social Theory, *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, 1(1), 115-138.
- Gaido, P. (2025). No Place for Law as an Ultimate Justificatory Reason: Revisiting Raz's and Waldron's Accounts on Justification in the Legal Field. En D. Dei Vecchi, S. Figueroa Rubio, P. Rapetti y C. Redondo (eds.), *Law and the Unity of Practical Reasoning* (pp. 173-184). Oxford: Hart Publishing.
- Greenberg, M. (2006). ¿How facts make law? *Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin*. En S. Hershovitz (ed.), *Exploring Law's Empire: the jurisprudence of Ronald Dworkin* (pp. 157-198). New York: Oxford University Press.
- Greenberg, M. (2014). The Moral Impact Theory of Law, *Yale Law Journal*, 123, 1288-1342.
- Greene, A. S. (2012). *Against Obligation: The Multiple Sources of Authority in a Liberal Democracy*. Cambridge: Harvard University Press.
- Hart, H. L. A. (1961). *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press.

- Hart, H. L. A (1983). *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press.
- Hart, H. L. A. (2013). Discretion, *Harvard Law Review*, 127, 652-665.
- Hershovits, S. (2015). The end of Jurisprudence, *Yale Law Journal*, 124, 1160-1204.
- Horowitz, M. (1992). *The Transformation of American Law, 1870-1960. The Crisis of Legal Orthodoxy*. New York: Oxford University Press.
- Iosa, J. y Rapetti, P. (2022). Estudio Preliminar: el Imperio del Desacuerdo. En R. Dworkin. *El imperio del derecho* (pp. 15-59). Barcelona: Gedisa.
- McConnell (1995). Originalism and the Desegregation Decisions, *Virginia Law Review*, 81, 947-1140.
- Nagel, T. (2023). *Moral Feelings, Moral Reality, and Moral Progress*. New York: Oxford University Press.
- Nino, C. S. (1991). The Epistemological Moral Relevance of Democracy. *Ratio Juris*, 4(1), 36-51.
- Nino, C. S. (1985). La validez del derecho. Buenos Aires: Astrea.
- Orunesu, C. I. y Rodríguez, J. L. (2025). Schauer on Jurisdictional and Constitutive Rules, *Rivista di filosofia del diritto*, 2, 239-248.
- Primus, R. (1996). Brooding Omnipresence: Totalitarianism in Postwar Constitutional Thought, *Yale Law Journal*, 106, 447-450.
- Portalís, J. E. M. (2014). *Discurso Preliminar Pronunciado sobre el Proyecto de Código Civil*. Madrid: Editorial Universidad Carlos III.
- Postema, G (1994). Law's Autonomy and Public Practical Reason. En R. P. George, *The autonomy of law: essays on legal positivism* (pp. 79-118). New York: Oxford University Press.
- Raz, J. (1986). *The morality of Freedom*. New York: Oxford University Press.
- Raz, J. (1990). *Practical Reason and Norms*, 2da ed. Princeton: Princeton University Press.
- Raz, J. (1994). *Ethics in the Public Domain*. New York: Oxford University Press.
- Raz, J. (2007). Sobre la autoridad e interpretación de las constituciones: algunas ideas preliminares, *Anuario de filosofía y teoría del derecho*, 1, 3-72.
- Raz, J. (2009). *Between Authority and Interpretation: On the Theory of law and Practical Reason*. Oxford: Oxford University Press.

- Redondo, C. (1998). El Carácter Práctico de los Deberes Jurídicos, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 21, 355-370.
- Rosenkrantz, C. (2006). La Autoridad del Derecho y la Injusticia Económica y Social, *Discusiones*, 6, 17-57.
- Scataglini, M. G. (2021). *Seguimiento de Reglas: el “Aguijón Pragmático” en la Teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Schapiro, S. (2001). *Legality*. Cambridge: Harvard University Press.
- Schauer, F. (1991). *Playing by the Rules*. Oxford: Oxford University Press.
- Waldron, J. (2012). *Dignity, Rank, and Rights (The Berkeley Tanner Lectures)*. New York: Oxford University Press.
- Williams, B. (2005) *In the Beginning Was the Deed: Realism and Moralism in Political Argument*. Princeton: Princeton University Press.
- Williams, B. (1973). A Critique of Utilitarianism. En B. Williams y J. J. C. Smart, *Utilitarianism: For and Against* (pp. 77-150). Cambridge: Cambridge University Press.

Jurisprudencia

- 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 340:257, 28/3/2017, “*Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ acción meramente declarativa*”.
- Corte Suprema de los Estados Unidos, 163 U.S. 537, 18/3/1896, *Plessy v. Ferguson*.
- Corte Suprema de los Estados Unidos, 347 U.S. 483 17/5/1954, *Brown v. Board of Education*.
- Corte Suprema de Canadá, 2015 SCC 5, 6/2/2015, *Carter v. Canada (Attorney General)*.
- Corte Suprema de Canadá, 3 SCR 519, 30/9/1993, *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*.

