

LA LEY ES MÁS COMPLEJA COMENTARIO A *LA LEY ES LA LEY* DE ANDRÉS ROSLER*

PEDRO CAMINOS**

I. INTRODUCCIÓN

Andrés Rosler fue mi profesor en el postgrado de ciencia política y sociología de FLACSO aproximadamente hace quince años. En ese momento, yo era un joven abogado, recién recibido, con más gusto por la historia de las ideas políticas que por la teoría del derecho. Rosler cambió eso. A partir de sus seminarios, aprendí a interesarme por la filosofía jurídica. Redescubrí temas y autores que, antes, me habían parecido tediosos y poco útiles. Puedo decir que ser su alumno fue decisivo en mi formación intelectual y que mi propia posición sobre el derecho es el resultado directo de sus enseñanzas.

Como suele ocurrir, llega el momento en que uno emprende un camino intelectual algo distinto al de quienes lo formaron. En mi caso, esa bifurcación llegó al poder estudiar con los profesores de la escuela genovesa. A partir de ese momento, sobre el trasfondo general que aprendí de Andrés Rosler, comencé a apreciar la importancia de la interpretación y la necesidad de contar con una teoría interpretativa para alcanzar una mejor comprensión del derecho. Cuando el énfasis pasa a la interpretación, sobre todo para los escépticos genoveses, los autores del derecho, como el mítico legislador de la tradición codificadora continental, mueren.

En gran medida, mi recorrido intelectual de los últimos años tiene como norte buscar una síntesis entre esas dos tradiciones de las que me nutrí. La

* Recepción del original 20/08/2020. Aceptación: 18/11/2020.

** Abogado. Profesor de derecho constitucional (UBA). Presidente de la Asociación Civil de Estudios Constitucionales (ACEC).

reciente publicación del tan esperado libro de Andrés Rosler sobre filosofía del derecho es una gran oportunidad para mí, pues, entrando en un diálogo con él, podré, quizás, acercarme más a mi objetivo. Por lo tanto, en el segundo apartado de este trabajo buscaré mostrar por qué el concepto de autor no es un elemento necesario en una concepción positivista, metodológicamente positivista, del derecho. Luego, en el tercer apartado, intentaré explicar por qué el positivismo, en el sentido indicado, tampoco requiere un modelo determinado sobre la función judicial. Finalmente, en el último apartado sugeriré que, si la empresa intelectual que se lleva a cabo no es metodológica, sino normativa, entonces es muy difícil que no termine siendo "interpretativista". Como paso preliminar a encarar la discusión sustantiva, en el siguiente apartado, haré algunas aclaraciones disciplinares y metodológicas.

Debo aclarar que estoy más de acuerdo con Rosler de lo que estas líneas permitirían pensar. En efecto, creo que el derecho es un fenómeno asociado al de la autoridad y de carácter institucional. No obstante, mantengo dos discrepancias sustantivas con sus conclusiones. En primer lugar, como ya anticipé, creo que es un error considerar que conceptualmente el derecho solo consiste en normas creadas de manera intencional por un autor. Luego, estoy en desacuerdo con la idea de que el concepto de derecho exige un determinado modelo de función judicial que necesariamente excluye la posibilidad de que los jueces realicen razonamientos valorativos en sus sentencias.

Estoy de acuerdo con Andrés Rosler en que nuestro país tiene serios problemas en lo que hace al funcionamiento de su poder judicial. Discrepo, sin embargo, en el diagnóstico que el autor sugiere. Ese desacuerdo se funda en dos razones. Primero, en que creo que la mala calidad de muchas decisiones judiciales no responde a que los jueces favorezcan a una u otra teoría. Me parece que hay problemas más estructurales, bastante más graves, que, en muchos casos, son más el resultado de la mala formación del personal judicial, de deficientes procesos de selección y de presiones políticas o de *lobbys* que de la sobreteorización que pueda expresarse en una sentencia. Rosler parece pensar que bastaría con que los jueces se vuelvan positivistas, en el sentido que él le da al término, para solucionar los problemas. Pero estos no pasan por ahí.

En segundo lugar, los problemas de fundamentación que exhiben muchas sentencias no pueden resolverse estipulando un concepto de derecho. Ello es así porque sus defectos son, básicamente, interpretativos. El problema, en todo caso, no es que los jueces tengan un concepto deficiente de derecho, sino que apelan a doctrinas incorrectas de la interpretación.

Entonces, si, como juristas, queremos hacer un aporte al mejoramiento de la administración de justicia, el campo de batalla no es el conceptual, sino el interpretativo. En este trabajo, sin embargo, no me detendré tanto en esa cuestión. Tan solo quiero mostrar por qué el diagnóstico que propone Rosler no está bien encaminado. Si fallamos en el diagnóstico, seguiremos sin encontrar soluciones para los problemas que nos aquejan.

II. UNA CUESTIÓN DISCIPLINAR

Muchas veces, comenzar por el final de una obra puede ser la mejor manera de entender la idea que ella pretende plasmar. El magnífico libro de Andrés Rosler *La ley es la ley* es un buen ejemplo de ello.¹ Toda obra interesante en el ámbito de la filosofía práctica tiene un enemigo cuya identificación colabora con la comprensión de esa obra. En el caso de *La ley es la ley*, el enemigo declarado es el "interpretativismo". Esta concepción incurriría en el pecado de denominar "interpretación" a actos de desobediencia del derecho o de creación de excepciones al derecho. Proceder de ese modo, dice el autor, importa una confusión que no es meramente conceptual. Además, afirma, puede ser políticamente peligrosa.²

Si, según Rosler, el enemigo es conceptualmente confuso y políticamente peligroso, entonces tenemos una buena razón para pensar que la propia posición del autor es también conceptual y política. En tal sentido, el autor desea reivindicar la tradición intelectual del *positivismo jurídico*. Dado que existen diversas concepciones sobre el positivismo jurídico, es importante identificar cuál de ellas es la que defenderá Rosler.³ El autor distingue al positivismo *conceptual* del *normativo*. De ese modo, afirma que:

"Un positivista *conceptual* es aquel que sostiene que la normatividad del derecho es independiente del razonamiento moral, mientras que un positivista *normativo* es aquel que cree que el derecho *debe ser así*."⁴

1. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*.

2. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, p. 185.

3. BOBBIO, *Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico*, pp. 84-106; NINO, *Introducción al Análisis del Derecho*, pp. 32-43; ATRIA, *La Forma del Derecho*, pp. 79-85.

4. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, p. 181.

De ese modo, Rosler está interesado en defender tanto al positivismo conceptual como al normativo. Sin embargo, el autor entiende que, si bien existe una conexión entre ambas concepciones, pues, a su juicio “*detrás de casi todo positivista conceptual exist[e] un positivista normativo*”, la elaboración de cada posición le correspondería a una disciplina distinta.⁵ El positivismo normativo sería la *filosofía política* subyacente al positivismo conceptual, y este último, en cambio, pertenecería al ámbito de la *filosofía del derecho*.⁶

Sólo el capítulo de las conclusiones del libro está explícitamente destinado a la filosofía política. En cambio, y salvo por ese capítulo final, el propio autor caracteriza a su obra del siguiente modo:

“[E]ste —al menos por ahora— no es un libro de filosofía política, ni siquiera sobre la historia del derecho, sino de filosofía del derecho, y en este preciso momento lo que nos interesa no es saber si tenemos buenas razones para obedecer al derecho (...) sino entender el positivismo jurídico, que sostiene una posición acerca de qué es el derecho y cómo funciona, no acerca de cómo debería ser o si está moralmente justificado.”⁷

Por lo tanto, el grueso de la obra está destinado a elaborar una concepción positivista sobre qué es el derecho y cómo funciona, con el fin de demostrar por qué configura una confusión conceptual llamar “interpretación” a actos de desobediencia o de introducción de excepciones al derecho. Por ello, dice el autor, el libro se inscribiría dentro de la filosofía del derecho, con excepción del último capítulo en el que incursiona en la filosofía política, es decir, en la explicitación de las razones que existirían para obedecer al derecho. Siendo así, los criterios para evaluar a la obra serán los de la teoría jurídica. Y, dado que el autor está interesado en presentar una concepción del positivismo jurídico que consiste en una posición acerca de “qué es el derecho y cómo funciona”, en última instancia sus méritos dependerán de que las proposiciones que conforman dicha teoría sean verdaderas, es decir, que ellas se ajusten al mundo.

5. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, p. 181.

6. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, p. 178.

7. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, p. 72.

II.A Monismo conceptual

Un primer punto que llama la atención en la obra es la adopción de un monismo conceptual. En efecto, si "detrás de casi todo positivista conceptual existe un positivista normativo" ello quiere decir que el positivismo normativo y el conceptual compartirían un mismo concepto de derecho. Sin embargo, esta idea, que parece intuitiva, y que recuerda a la secuencia de implicaciones que había propuesto Bobbio entre el positivismo ideológico, el teórico y el metodológico, plantea cierta perplejidad.⁸ En efecto, aun cuando fuera posible afirmar que el contenido proposicional del enunciado "El derecho argentino tiene normatividad" es idéntico al del enunciado "El derecho argentino debe tener normatividad", lo concreto es que, pragmáticamente, ambos enunciados no son equivalentes lo cual puede llevar a plantear alguna duda respecto a si el concepto de derecho presupuesto en cada caso es efectivamente el mismo o no. ¿Por qué? Por la sencilla razón de que, si bien en ambos enunciados hay una referencia al "derecho argentino", que asumimos sí tiene el mismo contenido proposicional en los dos casos, lo cierto es que el primer enunciado es descriptivo, posee valor de verdad y su dimensión de ajuste es de la palabra al mundo, es decir, que es verdadero si se ajusta a los hechos del mundo. El concepto de derecho utilizado para reconocer a cierto sistema normativo como "derecho argentino" es, entonces, un concepto también descriptivo.

En cambio, en el caso del segundo enunciado, si le pidiéramos a un positivista normativo que diga por qué el derecho argentino debería tener normatividad, probablemente explicitará una serie de razones que podríamos resumir en la frase "porque es derecho". Precisamente, el *motto* del libro, *La ley es la ley*, tiene sentido porque el uso de la palabra "ley" responde a una pragmática distinta en ambos casos.⁹ De ese modo, en el enunciado "El derecho argentino debe ser normativo *porque es derecho*", la palabra derecho destacada en cursiva está haciendo referencia a un concepto justificativo o evaluativo de derecho, uno que pretende que el mundo se ajuste a él, que prescribe cierto estado de cosas. Por lo tanto, el positivista normativo probablemente usará el mismo concepto de derecho

8. BOBBIO, *Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico*, pp. 84-106.

9. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, pp. 16, 91, 185.

que el positivista conceptual para identificar a un sistema normativo como "derecho argentino" pero, a continuación, utilizará otro concepto distinto, ya no descriptivo sino prescriptivo, para afirmar que el derecho argentino, identificado de acuerdo con el primer concepto, *debe ser* normativo.

El pluralismo conceptual sobre el derecho no es una novedad. Probablemente, su más célebre defensor haya sido Carlos Santiago Nino quien procuró disolver la controversia entre iusnaturalismo y positivismo precisamente señalando que cada concepción utiliza un concepto diferente de derecho. Nino lo expresó de la siguiente manera:

"Mientras que en el contexto de estudios sociológicos, históricos, antropológicos, de derecho comparado, no hay duda de que la expresión "derecho" se emplea con el significado que los positivistas proponen, es probable que en el discurso de los jueces y abogados prácticos algunas veces se use la expresión de acuerdo con la concepción iusnaturalista, o sea haciendo alusión a normas que deben ser reconocidas y observadas, que tienen necesariamente fuerza obligatoria moral".

"Si esto fuera así, no se podría decir que una de las dos concepciones en pugna —el positivismo o el iusnaturalismo— es la única que describe correctamente el uso común de la expresión 'derecho'."¹⁰

Por cierto, este pluralismo conceptual podría ser reemplazado por un intento de mostrar que no hay diversos conceptos de derecho, sino que un mismo concepto abarcaría diversas dimensiones, incluyendo una fáctica y otra ideal. En tal sentido, Robert Alexy argumentó, precisamente, que todo derecho incorpora una dimensión ideal en virtud de la cual tendría una pretensión de corrección.¹¹

Sin embargo, el objetivo de Alexy es mostrar que existen conexiones conceptuales entre el derecho y la moral. Su agenda es obviamente anti-positivista. De manera tal que, si Rosler desea mantener *kosher* a su propuesta, debería rechazar el monismo integrador de Alexy. Pero, si lo hace, tendrá que admitir también que el positivista normativo puede valerse del concepto descriptivo de derecho que utiliza el positivista conceptual para

10. NINO, *Introducción al Análisis del Derecho*, p. 39; DWORKIN, *Justice in Robes*, pp. 1-5, 223-240.

11. ALEXY, *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*, pp. 76-81, 127-130.

identificar al derecho de un país, al precio de que, en ese caso, deberá aceptar un pluralismo conceptual *a la Nino*, pues es evidente que, para justificar la obediencia al derecho, deberá valerse de otro concepto de derecho, esta vez de naturaleza normativa o justificativa. Si esto fuera así, Rosler estaría equivocado al sostener que "detrás de casi todo positivista conceptual hay un positivista normativo". Lo verdadero parecería ser lo contrario, es decir, que el presupuesto normativo presupone al positivismo conceptual.¹²

En síntesis, el hecho de que Rosler apele al monismo conceptual sobre el derecho es una razón para que estemos alerta frente a la posibilidad de que su positivismo conceptual esté *normativamente contaminado*, y que, en lugar de desarrollar una concepción sobre qué *es* el derecho, termine elaborando una propuesta sobre cómo *debe ser* el derecho. En otras palabras, que haya fracasado en su intención de escribir una obra de filosofía del derecho en lugar de una de filosofía política. Cabe recordar que la distinción entre la tarea intelectual de describir al derecho que es y la de proponer cómo debe ser forma parte del núcleo duro del positivismo jurídico desde sus inicios.¹³

II.B El relleno de las empanadas

Supongamos que un filósofo de la gastronomía argentina decide escribir un libro que se llame *El concepto de la empanada criolla*. En esa obra, procurará dar cuenta de los rasgos específicos de las empanadas criollas argentinas. Cómo está preparada su masa, cuáles son los ingredientes que componen su relleno, cuál es el modo habitual de cocinarlas, con qué se las suele acompañar. Su objetivo no es únicamente describir la manera en que usualmente se preparan las empanadas criollas en la Argentina, sino elaborar un *concepto*. De ahí que su deseo sea el de establecer cuáles son las características que debe reunir cierta preparación de comida para poder afirmar que estamos frente a una empanada criolla argentina.

Probablemente, el mayor desafío estará en el relleno. En algunas provincias, las empanadas tienen papa, en otras, aceitunas, e, incluso, no faltan las que le ponen pasas de uva. Teniendo en cuenta esa variedad, hay cier-

12. RODRÍGUEZ, "En Defensa del Positivismo Conceptual".

13. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of...*, p. 294. Para una clara presentación de las ideas de Bentham, véase Alejandro CALZETTA, "El Método de Análisis de Jeremy Bentham".

tos ingredientes que son accidentales o contingentes. En cambio, parecería que todas las versiones de la empanada criolla argentina tienen carne de vaca con alguna clase de cebolla, blanca o de verdeo, y pimentón. Estos ingredientes parecerían ser necesarios o constitutivos de las empanadas criollas en la Argentina. Por lo tanto, si nuestro filósofo gastronómico desea elaborar un concepto de empanada criolla que sea útil para describir la cocina argentina típica, deberá incluir en dicho concepto a los ingredientes que llamamos necesarios, con exclusión de los accidentales. De otro modo, si dijera que una empanada incluye necesariamente papa, entonces solo las empanadas jujeñas podrían ser llamadas "empanadas", y todas las demás empanadas del resto de las provincias, cuyo relleno no tiene papa, no merecerían ese nombre. Dado que su intención es elaborar un concepto descriptivo de empanada criolla, el éxito de su empresa estará dado por el grado en que su propuesta se ajuste al mundo, y no al revés. Si incluye entre los ingredientes del relleno a uno de los accidentales, entonces su concepto no estará mal construido, pero no será útil para la empresa de describir o identificar a las empanadas, pues nos proporcionará una imagen distorsionada del mundo: por ejemplo, la de considerar empanadas criollas únicamente a las jujeñas.

Rosler se propone hacer algo parecido con el positivismo jurídico, a saber, "examinar los cinco ingredientes indispensables de toda receta positivista del derecho: autoridad, fuente, autores, reglas y jueces".¹⁴ El objetivo central de esta reseña es señalar que uno de los ingredientes, el de autor, no es necesario para el positivismo, sino que es meramente accidental, que los ingredientes de autoridad y reglas serían más adecuadamente presentados bajo una descripción alternativa y que el ingrediente final de Rosler, el que se refiere a los jueces, ocupa un lugar diferente en la lista. En síntesis, la principal objeción que le formularemos a la obra es que el concepto de derecho positivista que ofrece no será de utilidad para describir al mundo pues, al incluir un ingrediente accidental entre los necesarios, excluirá del ámbito del derecho a muchos sistemas normativos que, pese a todo, solemos considerar jurídicos.

Del mismo modo, si una concepción positivista incluyera necesariamente al ingrediente autor, entonces prácticamente la totalidad de los filósofos del derecho contemporáneos que se consideran positivistas, inclu-

14. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, p. 58.

yendo a Hart y a Raz, estarían equivocados. Aunque, por supuesto, existe la posibilidad de que Rosler esté en lo cierto con respecto al positivismo, y todos los demás autores estén equivocados, una situación tan peculiar debería activar el funcionamiento de nuestras antenitas de vinil. No está de más recordar ese viejo chiste de una persona que ingresa con su auto a una autopista en contramano, la radio anuncia "Hay un loco yendo a contramano por la autopista", y el conductor afirma: "Pero si no es uno, son miles". Las cantidades no son constitutivas de la verdad, pero a veces pueden darnos un indicio sobre en dónde está la verdad. O, en todo caso, mostrarnos que estamos frente a una verdad revolucionaria, profundamente innovadora. Dado que la intención de Rosler es recuperar una tradición que él creó perdida, entonces su libro no debería ser portador de una verdad innovadora o revolucionaria. Si lo fuera, la obra nos estaría proponiendo una nueva concepción, quizás emparentada con el positivismo tradicional, pero diferente de él.

III. EL AUTOR COMO INGREDIENTE ACCIDENTAL

III.A Autoridad sin autor

De acuerdo con Rosler, el concepto de autoridad es central para una concepción positivista del derecho y, por eso, el resto de los ingredientes de la receta positivista terminan remitiendo a él.¹⁵ La noción de autoridad que se presenta en *La ley es la ley* no es otra que la elaborada por Joseph Raz.¹⁶ Básicamente, una persona A cree que otra persona B tiene autoridad sobre la materia Δ si, y solo si, A cree que tiene una razón para hacer lo que B le dice respecto de Δ solamente porque B se lo dice.¹⁷ Bajo esta presentación, parecería que la noción de autoridad requiere indispensablemente de un autor, es decir, de la persona B, que le dice a A lo que debe hacer, es

15. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, pp. 58-59.

16. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, pp. 58-70; RAZ, *The Morality of Freedom*, pp. 23-69; RAZ, *The Authority of Law: Essays on law and morality*, pp. 3-27; RAZ, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, pp. 210-237.

17. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, p. 63.

decir, que emite órdenes, directivas o mandatos. Por esa razón, de manera enfática, Rosler afirma que:

“Todo derecho, en efecto, es derecho de autor, y la autoría debe ser intencional. [...] Ninguna disposición en o por sí misma tiene autoridad jurídica (se trate de la ley en sentido amplio —que incluye, por supuesto, la Constitución— o la ley en sentido estricto) sin haber sido creada y comunicada por su autor.”¹⁸

Esta afirmación es audaz pero también, lamentablemente, es falsa. Pero, como paso previo a mostrar su falsedad, me interesa señalar que no hay conexión conceptual entre autor y autoridad. Para ello, es preciso indicar por qué la presentación del concepto de autoridad que propone Rosler es defectuosa y desarrollar una alternativa. La que se elaborará aquí proviene de las propias filas del positivismo jurídico contemporáneo, es decir, de Hart y Raz.

La razón por la cual la presentación del concepto de autoridad que propone *La ley es la ley* es defectuosa es la siguiente: en la relación entre A y B respecto a Δ , lo que determina que la directiva de B respecto de Δ tenga autoridad *es la creencia de A*, es decir, el modo en que A actúa de acuerdo con esa directiva, únicamente porque B la emitió. En el fenómeno de la autoridad, si uno está interesado en *describir* el comportamiento de las personas que pertenecen a un grupo social, lo relevante es analizar cómo los miembros de tal grupo acatan las directivas. Precisamente por ello, Hart explicó la noción de normatividad afirmando que los miembros de un grupo adoptan cierta actitud de *aceptación* frente a estándares de conducta. En su célebre discusión sobre el tema, lo que diferencia a un hábito de una regla es que las segundas poseen una dimensión interna, es decir, que las personas desarrollan dicha actitud, que está ausente en los hábitos.¹⁹

Si queremos elaborar un concepto *descriptivo* de derecho, uno que permita identificar cuál es el derecho de cada país, necesitamos establecer qué es lo que las personas de ese país consideran que tiene autoridad, es decir, cuáles son las directivas que obedecen con exclusión de otra consideración. El énfasis en el autor podría entenderse si nuestro interés no fuera descriptivo, sino *prescriptivo*: la identidad del autor sería relevante para

18. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, p. 79.

19. HART, *The Concept of Law*, pp. 56-57.

evaluar su legitimidad y, en su caso, si tenemos efectivamente razones para obedecerlo. Pero, de acuerdo con la separación de tareas que propone *La ley es la ley*, esto último sería una actividad propia de la filosofía política y no de la filosofía del derecho. Así las cosas, el modo en que Rosler presenta la noción de autoridad, destacando el papel de quien emite la directiva, sería un síntoma de la contaminación normativa del concepto positivista de derecho que se propone en el libro.

Por lo tanto, lo que resulta indispensable para explicar, en un sentido descriptivo, a la autoridad son las creencias o las actitudes de quienes obedecen. Una vez que aceptamos este giro podemos llegar incluso a admitir que el autor *no es necesario* para una explicación tal de la autoridad. Supongamos que unos extraterrestres que, por un azar cósmico, hablan castellano y utilizan el alfabeto latino, visitan la Tierra. Estos extraterrestres tienen mucha imaginación y juegan a inventar civilizaciones con religiones extrañas. Uno de ellos, en particular, imagina una cultura cuya religión prohíbe la adoración de ídolos. La idea les parece tan graciosa, que uno de ellos graba con su rayo láser en la ladera de una montaña la siguiente frase: "No adoraréis ídolos". Los extraterrestres abandonan luego la Tierra. Muchos siglos después, un grupo de nómades hispanohablantes, que saben leer y escribir y que adoran a unos ídolos de madera con forma de animales, llegan a la proximidad de la montaña. Luego de leer la frase, destruyen a sus ídolos y, a partir de ese momento, deciden nunca más adorarlos. Consideran que la inscripción en la montaña tiene autoridad. Sin embargo, no conocen a su autor, el cual no tuvo la intención de emitir ninguna directiva, sino de hacer una broma. No obstante, esta última circunstancia no es en absoluto un obstáculo para afirmar que la inscripción es autoritativa para nuestros nómades. Por lo tanto, el concepto de autoridad no incluye necesariamente al de un autor que de manera intencional emite mandatos.

III.B Derecho sin autor

Por cierto, Rosler podría replicar que la noción de autoridad en general tal vez no requiera de un autor, pero que la autoridad *jurídica* sí lo necesita. El positivismo jurídico afirmaría así que el derecho es conjunto de normas creado de manera intencional por un autor que pretende tener autoridad. Ahora bien, si esto fuera así, entonces el concepto positivista de derecho sería análogo a un concepto de empanada criolla que afirme que su relleno incluye papas. En efecto, si esta fuera efectivamente la posición

del positivismo, tal concepción estaría proponiendo que un elemento accidental del fenómeno jurídico, el derecho legislado, sea un "ingrediente indispensable" del concepto. Correlativamente, el positivismo afirmarí que los sistemas jurídicos en los que no hay derecho legislado, como ocurre con el *common law*, no son sistemas jurídicos y ellos quedarían fuera del concepto de derecho.

Estas conclusiones me dejan perplejo. Con el concepto supuestamente positivista de derecho que propone *La ley es la ley* tendríamos que afirmar que una parte muy importante de lo que habitualmente entendemos como la práctica jurídica de Inglaterra, Escocia, Canadá, Australia, Nueva Zelanda y la mayoría de los estados de Estados Unidos, entre otros países, *no es derecho*. En este punto podemos preguntarnos, entonces, cuál sería la utilidad de un concepto que no solo no colabora con una adecuada comprensión del fenómeno jurídico, sino que la distorsiona. La única defensa que Rosler esgrime frente a esta acusación está en una nota al pie:

Sistemas como el del *common law* parecen contradecir la idea de que todo el derecho es derecho de autor. Sin embargo, hasta el *common law* le reconoce a la obra legislativa un papel preponderante, sobre todo en los últimos años.²⁰

Sin embargo, esto no es una defensa. Los sistemas jurídicos contemporáneos, de hecho, tienden a una *convergencia* que combina elementos de derecho legislado y no legislado. Hay estudios de derecho comparado que muestran el modo en que el uso de precedentes judiciales considerados obligatorios se ha vuelto común en sistemas de derecho civil o continental. Por lo tanto, la práctica de los sistemas jurídicos occidentales consiste más en la integración entre el derecho legislado y el derecho judicial, que en la exclusividad o primacía de alguno de ellos.²¹ También hay propuestas doctrinarias de utilizar mecanismos típicos del *common law*, como la creación judicial del derecho, como un complemento para la interpretación del derecho legislado.²² En cualquier caso, y más allá de la convergencia que

20. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, p. 58 n. 2.

21. FARBER & FRICKEY, "In the Shadow of the Legislature: The Common Law in the Age of the New Public Law"; STRAUSS, "On Resegragating the Worlds of Statute and Common Law"; FON & PARISI, "Judicial Precedents in Civil Law Systems: A Dynamic Analysis"; SHOENBERGER, "Change in the European Civil Law Systems: Infiltration of the Anglo-American Case Law System of Precedent into the Civil Law System".

22. CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, pp. 163-166.

se da como fenómeno relativamente reciente, lo cierto es que, en general, los expertos en derecho comparado suelen afirmar que la distinción entre la tradición del *common law* y la del derecho civil o continental se explica menos en contenidos normativos diversos que en las diferentes creencias de los participantes en las respectivas prácticas.²³

Pero, y este es el punto central, los sistemas que pertenecen a la tradición del *common law* son importantes para esta discusión porque no se componen únicamente por derecho legislado. Que a ese derecho no legislado se sume el derecho legislado no borra la existencia del primero. Por lo tanto, o bien tendríamos que afirmar que el derecho no legislado no es derecho, o bien que el concepto supuestamente positivista de derecho que propone Rosler no es útil para describir las prácticas jurídicas contemporáneas (ni tampoco las no contemporáneas). Lo primero es contraintuitivo y, en todo caso, no está adecuadamente justificado en *La ley es la ley*. Lo segundo sugiere que no deberíamos aceptar el concepto de derecho propuesto en el libro, al menos como concepto descriptivo.

Adicionalmente, existe evidencia de que, al menos en algunas jurisdicciones de *common law*, la creciente utilización de derecho legislado por un período de tiempo cada vez mayor provocó una *modificación de las prácticas interpretativas de los tribunales, que habrían pasado a cumplir un rol de "actualizadores" de legislación antigua, adoptando técnicas de interpretación no literales u originalistas*. En otros términos, la forma de operar judicialmente con leyes escritas habría comenzado a asimilarse a la más típica del *common law*. Esto es un hecho social, con el que podemos estar a favor o en contra, pero que no podemos ignorar.²⁴

El propio Joseph Raz, el padre de la criatura, tuvo en cuenta la existencia del derecho no legislado para sugerir que su concepción de la autoridad del derecho no requiere de un autor. Precisamente por ello, Raz prefiere hablar de la pretensión de autoridad *del* derecho en lugar de afirmar que tal pretensión es esgrimida por el creador del derecho. De ese modo, el derecho tiene autoridad si proporciona una *razón protegida para la acción*, es decir, una razón para realizar la acción que ella indica y para excluir a, al menos algunas, razones con las que podría entrar en conflicto. A su vez, el

23. MERRYMAN & PÉREZ-PERDOMO, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, pp. 39-47; CARRIÓ, "Sobre las creencias de los juristas y la ciencia del derecho".

24. CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, pp. 31-43.

derecho tiene autoridad *efectiva* si sus destinatarios, o al menos algunos de ellos, lo consideran como una razón protegida.²⁵

Esto confirma que, para un positivista interesado en describir el derecho que es, se debe recurrir a la noción de autoridad efectiva, es decir, identificar qué es aquello a lo cual cierto grupo social considera como razones protegidas para la acción. El grupo puede *crear* que esas razones protegidas tienen un autor y que fueron creadas intencionalmente, pero de allí no se sigue que, de hecho, lo tengan. En tal caso, se podría argumentar que el elemento necesario para un concepto positivista de derecho es que los miembros de un grupo crean que las razones protegidas para la acción tienen un autor y fueron creadas intencionalmente. Sin embargo, basta con encontrar con un grupo que no tenga tal creencia, que es lo que típicamente ocurre con las creencias de los juristas del *common law*, para echar por tierra la pretensión de incluir a un elemento tal como ingrediente indispensable de un concepto positivista de derecho.

Además, el pasaje de la nota al pie citado más arriba también sugiere otro síntoma de la contaminación normativa del concepto de derecho elaborado por Rosler. En efecto, la defensa que el autor esgrime en aquella nota al pie es que los sistemas del *common law*, al reconocer el papel preponderante del derecho legislado "sobre todo en los últimos años", estarían *ajustándose* a su propuesta. Cuando un concepto tiene la pretensión de que el mundo se ajuste a él, entonces estamos frente a un concepto normativo, y no a uno descriptivo. La exclusión del *common law* del ámbito de lo jurídico en *La ley es la ley* es indicativa de que la dirección de ajuste del libro no es de la palabra al mundo, es decir que el concepto no pretende dar cuenta de cómo son las cosas, sino el inverso. Y el supuesto reconocimiento en el *common law* del papel preponderante del derecho legislado mostraría que cada vez hay más partidarios de esa propuesta normativa. Más abajo, volveré sobre las razones que explican la llamativa exclusión del *common law* de la concepción positivista propuesta en la obra.

25. RAZ, *The Authority of Law por The Authority of Law: Essays on...*, p. 29; RAZ, *Between Authority and Intepretation...*, p. 348.

IV. LOS PODERES DE LOS JUECES Y EL CONCEPTO DE DERECHO

IV.A Reglas y principios: lo que los jueces no deberían hacer

Otro de los ingredientes que, según *La ley es la ley*, es indispensable para el positivismo jurídico consiste en que las normas jurídicas son reglas y no principios. En este punto, debemos repasar el contenido del libro con especial cuidado en gran medida porque el uso de los términos "regla" y "principio" que es habitual en la literatura no coincide exactamente con el que les da el autor. Ese uso heterodoxo provoca, a su vez, cierta confusión en el tratamiento del tema.

De acuerdo con Rosler:

"Dado que el positivismo se aferra a la idea de que todo derecho es derecho de autor (véase Marmor, 2001: 49), para el positivismo no hay mucho que discutir: en última instancia, el derecho consiste en reglas o normas jurídicas, que a su vez pueden contener o referirse a principios. Se podría decir que el criterio restrictivo de admisión del positivismo en relación con los principios se debe a que o bien los principios no tienen un autor, o bien a que, aunque lo tuvieran, dicho autor sería irrelevante ya que lo que importa de un principio es su contenido, no su fuente. Huelga acotar que, según el positivismo jurídico, si el principio proviniera de la fuente apropiada, se convertiría por eso mismo en legal, y no porque es un principio".²⁶

En esta presentación preliminar, parecería que el autor considera que las reglas son normas jurídicas, es decir, el producto de una creación deliberada de un autor, mientras que los principios son estándares que no fueron creados deliberadamente por un autor. Este uso de la distinción entre reglas y principios se acerca bastante a uno de los que utilizó Ronald Dworkin en *Taking Rights Seriously*. En efecto, en dicha obra, Dworkin sostuvo que la autoridad o el peso de un principio no puede ser demostrada del mismo modo en que sí puede ser demostrada la validez de una regla, identificándola como parte de una ley del Congreso.²⁷

26. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, p. 88.

27. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, p. 36.

Sin embargo, la distinción se vuelve vidriosa cuando el propio Rosler afirma que una regla "puede contener" a un principio. Parecería, entonces, que, según *La ley es la ley*, el autor del derecho puede intencionalmente convertir a un principio en una regla. Este uso de la pareja conceptual resulta extremadamente confuso porque parecería que lo único relevante para distinguir a una regla de un principio sería la existencia o inexistencia de un autor. Si esto es así, entonces la palabra "regla" se está usando como sinónimo de derecho legislado, y la palabra "principio" como sinónimo de estándar de conducta no legislado. Pero, en tal caso, no se entiende qué quiere decir que una regla "contiene" a un principio: si está legislado, no es un principio. Para que tenga sentido afirmar que una regla "contiene" a un principio, este último concepto tiene que referirse a otra cosa distinta a si tiene o no un autor.

Por ello, Rosler recurre a un segundo criterio para diferenciar entre reglas y principios: el tipo de razonamiento que se pone en juego en cada caso en el momento de su aplicación. De ese modo, el autor argumenta que, en el caso de las reglas, se utiliza un razonamiento *normativo* y, en el de los principios, uno *valorativo*. El razonamiento valorativo sobre un objeto se concentra en su contenido o sus propiedades. El valor del objeto sería, así, transparente o dependiente de su contenido. Esta clase de razonamiento buscaría responder a la pregunta ¿Es tal objeto valioso? El razonamiento normativo, en cambio, pretendería responder a la pregunta sobre si una acción es o no obligatoria, y para ello lo haría de un modo que resulta opaco respecto del valor de la acción. Así, por ejemplo, podemos evaluar a un libro, recurriendo a un razonamiento valorativo, teniendo en cuenta su contenido, la forma en que está escrito, el estilo de su redacción y su calidad como obra. En cambio, si fuéramos estudiantes de filosofía del derecho y el programa de la materia indicara que *La ley es la ley* es parte de la bibliografía obligatoria, entonces deberíamos leerlo, tendríamos una razón para leerlo que es independiente de su contenido, es decir, de su valor.²⁸

Ciertamente, ambos tipos de razonamiento pueden estar vinculados. La decisión de adoptar una regla podría ser la conclusión de un razonamiento valorativo. Así, el profesor del curso de filosofía del derecho habría considerado que *La ley es la ley* es una gran obra de filosofía del derecho,

28. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad...*, pp. 89-91.

que presenta los temas tradicionales de la disciplina de manera innovadora y clara. Y, por todo eso, la incluye en la bibliografía obligatoria. De ese modo, los estudiantes del curso están frente a una regla, la obligación de leer *La ley es la ley*, que cuenta con, al menos, una *razón subyacente*: la evaluación de la obra que hizo el profesor recurriendo a principios. En este punto, Rosler destaca que las reglas suelen ser utilizadas precisamente para resolver los desacuerdos valorativos. Si los estudiantes tuvieran que decidir colectivamente cuál es la bibliografía que deben leer, es probable que aparezcan entre ellos discrepancias valorativas con respecto a cuáles son los mejores libros o los más interesantes. La elaboración de una bibliografía obligatoria por parte del profesor indica el curso de acción, sin que por ello desaparezca la controversia valorativa, por supuesto.

Por lo tanto, afirma Rosler:

“[P]ara que las reglas puedan cumplir con esta tarea, tienen que contar con un grado significativo de autonomía en relación con nuestros valores, ya que si tuviéramos que apelar a ellos —las razones que subyacen a las reglas— para resolver nuestros desacuerdos valorativos, no tendría sentido apelar a las reglas y mucho menos decir que tenemos un desacuerdo valorativo en primer lugar.”²⁹

En este punto, Rosler incurre en una contradicción, pues si una regla puede “contener” a un principio, entonces parecería que no es un rasgo necesario de las reglas que ellas tengan autonomía respecto de los valores. Más allá de eso, ahora el autor se acerca bastante al uso habitual de la distinción entre reglas y principios en la literatura contemporánea.³⁰ Sin embargo, su argumento confunde tres cosas que deben ser diferenciadas con mayor claridad: la identificación de las normas jurídicas, el carácter excluyente o autoritativo del derecho y el tipo de razonamiento que los jueces deben encarar. En efecto, Rosler parece pensar que las tres cosas son

29. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, p. 92.

30. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, pp. 24-28; ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, pp. 44-110; ATIENZA & RUIZ MANERO, *A Theory of Legal Sentences*, pp. 1-43; ALEXANDER & SHERWIN, *Demystifying Legal Reasoning*, pp. 31-63, 88-103; SCHAUER, *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*, pp. 13-35; TWINING & MIERS, *How to Do Things with Rules: A Primer of Interpretation*, pp. 80-89; SUNSTEIN, “Problems with Rules”, pp. 961-962, 966-967.

equivalentes, es decir, que una vez que identificamos a una norma creada de manera intencional por un autor, ella es una razón protegida, que excluye a las consideraciones valorativas y, por lo tanto, los jueces solo estarían autorizados a desarrollar razonamientos normativos.

Como vemos, toda la discusión sobre reglas y principios tiene como objetivo, en *La ley es la ley*, determinar cómo *deben* razonar los jueces. No por nada dicha discusión está ubicada en el mismo capítulo en el que se presenta cuál es el rol de los tribunales y funge como un prólogo a tal presentación. Ahora entendemos por qué el concepto positivista de derecho que defiende el autor está normativamente contaminado. La intención genuina del libro es *prescribir* cómo los jueces deben resolver casos. Joseph Raz ya había advertido hace muchos años que, si "*una doctrina sobre la naturaleza del derecho es identificada con una teoría de la decisión judicial, se convierte en una teoría moral*".³¹

Esto explica, entonces, la confusión conceptual descrita anteriormente. No se trata, en verdad, de una confusión sino de un argumento normativo: como el derecho debe ser únicamente creado de modo intencional por un autor, entonces está prohibido incorporar en un razonamiento jurídico a otros estándares que no sean los creados por el autor y, al mismo tiempo, está prohibido que los jueces evalúen mediante un razonamiento valorativo a las normas creadas por el autor, y solo deberían aplicarlas mediante un razonamiento normativo. El carácter normativo o ideológico, y no conceptual o descriptivo, de esta posición ya fue sostenido por Max Weber a comienzos del siglo veinte, al analizar la ideología del derecho natural dieciochesco para la cual "*todo el derecho legítimo surge de su promulgación*".³² Esta propuesta normativa puede ser muy interesante; incluso, hasta podría ser moralmente correcta. Pero está claro que el concepto supuestamente positivista que surge de ella no pretende ayudarnos a describir y comprender cuál es el derecho de un país. Lo que no es claro es por qué se quiere mostrarlo como si pudiera ayudarnos a hacer tal cosa.

Un positivista preocupado por comprender el derecho que es, y no por prescribir cómo debe ser, distinguirá entre la identificación del derecho, su carácter autoritativo y los tipos de razonamientos que los jueces están autorizado a desarrollar. Asumamos, por ahora, que el derecho solo incluyera

31. RAZ, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, p. 209.

32. WEBER, *Economy and Society. An Outline of Interpretive Sociology*, p. 868.

a las normas creadas intencionalmente por un autor. La identificación del derecho resultaría relativamente sencilla. Sin embargo, el carácter autoritativo o excluyente del derecho se aplica a otras consideraciones, *sean ellas reglas o principios*. En efecto, la distinción entre reglas y principios es estructural y no depende de su fuente.

Para caracterizar a las reglas, adoptaré los rasgos que Georg von Wright propone para las normas, entendidas como prescripciones. En primer lugar, las normas poseen un *carácter*, es decir que ellas mandan, prohíben o permiten. En segundo lugar, las normas tienen un *contenido*, que es aquello que está mandado, prohibido o permitido. En principio, el contenido consiste en actos, pero también podría tratarse de actividades. Luego, en tercer lugar, las normas tienen ciertas *condiciones de aplicación* que consisten en el estado de cosas que, de ocurrir en el mundo, permite la realización del acto que conforma el contenido de la norma. De ese modo, frente a la prescripción "Cerrar la ventana", que la ventana esté abierta es una condición de aplicación. En ocasiones, pueden agregarse condiciones de aplicación ulteriores, por ejemplo: "Si llueve, cierre la ventana". Finalmente, las normas tienen una *ocasión*, es decir, indican el momento y el lugar de su aplicación.³³

Los principios operan de un modo distinto. Existen muchísimas definiciones respecto de qué son, cuál es su estructura y cómo deben ser aplicados. Aquí solo me interesará ofrecer una caracterización rápida. Los seres humanos *evaluamos* el resultado de las acciones utilizando diversos parámetros. Entre ellos se incluyen los *valores*. Un valor nos permite calificar al resultado de una acción, o de una clase de acciones, como *bueno* o *malo*, así como también comparar a dos o más acciones, o clases de acciones, según sus resultados, y elaborar una escala que vaya de la *mejor* a la *peor*. No todos los valores poseen una dimensión normativa o práctica. Los valores estéticos, por ejemplo, pueden ser la razón por la cual consideramos que una obra de arte es mejor que otra, y, por ello, la consideramos más bella. Sin embargo, algunos valores, a los que llamaré principios, sí poseen tal dimensión. Esta última consiste en que la evaluación puede servir para justificar, o reprochar, una acción ocurrida en el pasado, o para prescribir la realización de una acción en el presente o el futuro.³⁴

33. VON WRIGHT, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, pp. 70-92.

34. VON WRIGHT, *The Varieties of Goodness*, pp. 114-135; ALEXY, *A Theory of Constitution-*

Si el principio se refiere al resultado de una clase de acciones, entonces él puede formar parte de una razón para la adopción de una regla, es decir que, en ese caso, el principio sería parte de una razón subyacente.³⁵ El razonamiento que conduce de un principio a una regla se denomina *concretización*, y consiste en identificar el resultado de una clase de acciones y evaluar cierta propiedad P_1 , presente en él, como buena o mala. Si la propiedad P_1 es buena, entonces existe una razón para realizar la clase de acciones que conduce al estado de cosas que incluye a P_1 . Si la propiedad P_1 es mala, entonces existe una razón para omitir la realización de la clase de acciones cuyo resultado incluye a P_1 . Si bien algunos principios pueden ser formulados de manera categórica, en el sentido de que las acciones recomendadas por ellos deben ser realizadas con independencia total del contexto en el que se encuentre el agente, en muchas ocasiones la posibilidad de razonar con principios requiere de la identificación de los contextos en los que su uso resulte *apropiado*.³⁶

Ahora bien, aclarada cuál es la estructura de las reglas y los principios, queda claro que su origen, que cuenten o no con un autor, es irrelevante como criterio para clasificar a un estándar como perteneciente a una u otra categoría. El mandato bíblico de no adorar ídolos es una regla, tiene un autor, está formulado por escrito en un libro y, sin embargo, si el derecho de un estado consagra la libertad de cultos, estará jurídicamente permitido que una persona adore ídolos y el mandato bíblico estará excluido de las consideraciones que un juez puede tomar en cuenta en función del carácter autoritativo del derecho. Del mismo modo, y según vimos esto es algo que el propio Rosler admite, el derecho puede incorporar un principio. El autor puede intencionalmente crear una norma jurídica cuyo contenido sea un principio. Por lo tanto, la identificación de las normas jurídicas puede llevarnos a encontrar que algunas de ellas son reglas y otras son principios. Al mismo tiempo, el carácter autoritativo no excluye a otras consideraciones por su estructura, es decir únicamente si se trata de principios, si no por

al Rights, pp. 86-110; ATIENZA & RUIZ MANERO, *A Theory of Legal Sentences*, pp. 120-140. Para una visión crítica, ALEXANDER & SHERWIN, *Demystifying Legal Reasoning*, pp. 88-103. 35. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, 59-60; TWINING & MIERS, *How to Do Things with Rules: A Primer of Interpretation*, pp. 87-89; RICHARDSON, "Specifying Norms as a Way to Resolve Concrete Ethical Problems"; SUNSTEIN, "Problems with Rules", pp. 966-967.

36. GÜNTHER, *The Sense of Appropriateness. Application Discourses in Morality and Law*.

la clase de consideración de que se trate: toda razón para la acción que no pueda ser identificada como norma jurídica, sin que importe si la razón tiene forma de regla o de principio, queda excluida del razonamiento jurídico.

La pregunta verdaderamente importante, entonces, es cómo deben razonar los jueces en aquellos casos en los que una norma jurídica *sí tiene la forma de un principio*. El libro no es en absoluto claro en este punto, precisamente porque Rosler une la noción de regla a la de razonamiento normativo y a la de creación intencional por un autor. Uno tiene la sensación de que, en virtud de esas equivalencias, hay dos alternativas. Una primera posibilidad sería la de considerar que un enunciado incluido en una constitución que estipule, por ejemplo, que "La dignidad humana es uno de los principios fundamentales del estado" no es, en verdad, una norma jurídica, sino una mera declaración política, y que por ello no tendría mayores efectos en el razonamiento judicial.³⁷ Una vieja manera de formular esta idea era la de sostener que ciertas cláusulas de una constitución son meramente programáticas y no operativas. Esta opción le plantea al positivista normativo un problema fatal: el de convertirse en un *sommelier* de disposiciones constitucionales, que decide por sí mismo cuáles son las cláusulas de una constitución que merecen el nombre de derecho y cuáles no. Parece una estrategia bastante extraña para alguien interesado en defender la autoridad del derecho.

Una segunda posibilidad podría consistir en señalar que tales disposiciones son normas jurídicas pero que ellas tienen como destinatarios exclusivos al legislador y no deben ser aplicadas judicialmente. Pero, en ausencia de una disposición expresa de la constitución que indique cuáles son las cláusulas que no pueden ser aplicadas judicialmente, y sobre todo en presencia de una disposición que diga que los jueces deben resolver las causas "que versen sobre puntos regidos por la Constitución", sin ulterior distinción, entonces parecería que el positivista normativo no tendría más alternativa que aceptar que los jueces deben aplicar las normas constitucionales que tengan forma de principios. En el contexto del control judicial de constitucionalidad esto significa, ni más ni menos, que los jueces pueden evaluar las leyes creadas por el legislador utilizando los principios constitucionales. El carácter autoritativo del derecho seguiría operando porque los jueces tendrían que valerse únicamente de esos principios y no de otros.

37. BULYGIN, "Alexy y el Argumento de la Corrección", p. 48.

En síntesis, la posibilidad de que los jueces utilicen razonamientos valorativos autorizados por el derecho depende del contenido del derecho, es decir si éste incorpora o no principios, y también de cuáles sean las normas que regulan la función judicial, pues podría ocurrir que el derecho incorpore principios, pero una regla les prohíba expresamente a los jueces aplicarlos. Pero, y esto es lo fundamental, *un concepto positivista de derecho no excluye a los razonamientos valorativos del ámbito del razonamiento jurídico*. Solamente excluye a razones para la acción que no puedan ser identificadas como normas jurídicas. Finalmente, si, como vimos más arriba, el sistema jurídico de un país admite junto con el derecho legislado al derecho no legislado, entonces existe la posibilidad de que ese sistema incorpore principios que no fueron creados de manera intencional por un autor. Nada de esto es contrario al positivismo jurídico, entendido como empresa preocupada por comprender al derecho.

IV.B Lo que los jueces están autorizados jurídicamente a hacer

Llegados a este punto, se entiende también por qué *La ley es la ley* pretende excluir del ámbito del derecho al *common law*. En efecto, como el propio autor admite en otra nota al pie, los jueces de tales sistemas estarían autorizados a invocar normas no legisladas al fundamentar sus sentencias: "*Tal vez en el common law un juez pueda invocar un principio como si fuera parte del derecho con independencia de norma alguna*".³⁸ Por lo tanto, el *common law* contradice la principal tesis conceptual del libro, a saber, que la función judicial se define como la actividad de apelar a razonamientos normativos únicamente con base a las reglas creadas de manera intencional por un autor que pretende tener autoridad. En efecto, la actividad típica de un juez del *common law* comprende el *overruling*, es decir, a reemplazar a una norma jurídica por otra, y el *distinguishing*, es decir, a introducir una excepción a una norma jurídica. Recordemos que el objetivo del libro es demostrar que es un error conceptual llamar "interpretación del derecho" a "desobedecer al derecho" e "introducir una excepción al derecho". La estrategia de *La ley es la ley* para alcanzar ese objetivo es acotar el concepto de derecho de una manera tal que el *common law* quede fuera del ámbito de lo jurídico. Y, así, sostener que los jueces, cuando actúan ju-

38. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad...*, p. 88, n. 1.

rídicamente, no pueden reemplazar a una norma jurídica ("desobedecer") o introducir excepciones.

Sin embargo, el *common law* es una evidencia clara de que sistemas normativos que habitualmente consideramos jurídicos autorizan a los jueces a modificar el derecho. Por lo tanto, sostener que es un elemento necesario del concepto de derecho que la función judicial esté definida de manera tal que esté prohibido que los tribunales modifiquen el derecho vigente al momento de la decisión judicial es otro ejemplo de que *La ley es la ley* incluye ingredientes accidentales en el concepto de derecho. Lo que los jueces pueden o no hacer con relación al derecho vigente al momento de resolver un caso es algo que depende de *cómo estén regulados jurídicamente los poderes de los tribunales*.

En síntesis, la diferencia entre un sistema jurídico predominantemente de derecho legislado y otro con predominio de los precedentes radica de manera sustancial en la forma en que están regulados los poderes de los jueces para introducir excepciones en el derecho vigente: casi o totalmente nula en el primero y siempre posible en el segundo.³⁹ La redefinición del concepto de derecho que sugiere *La ley es la ley* es un intento de eliminar, por vía conceptual, ciertos poderes de los tribunales del ámbito de lo jurídico. De acuerdo con esta estrategia argumentativa, si dentro de una práctica jurídica los jueces reconocieran una doctrina de la obligatoriedad de los precedentes como una fuente de derecho, entonces habría que concluir que están equivocados: dicha parte de la práctica no podría ser llamada derecho. Sin embargo, si existe una convención social en torno al reconocimiento de la obligatoriedad de los precedentes, la tesis de las fuentes sociales, que defiende todo positivista conceptual que se precie de tal, debería conducir a admitir que ello forma parte del derecho.⁴⁰ El punto es muy relevante también porque la creación judicial del derecho es una instancia de producción *no intencional* de normas.⁴¹ Lo cual confirma que, *pace* Rosler, no todo derecho es el resultado de un acto intencional ejecutado por un autor. Un positivista conceptual debería prestar atención al dato y no borrarlo de su comprensión teórica del fenómeno jurídico mediante un *fiat* estipulativo.

39. RAZ, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, p. 195.

40. CROSS, "The House of Lords and the Rules of Precedent", pp. 153-154, 157; RAZ, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, p. 184, n. 170.

41. RAZ, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, p. 207.

El hecho de que la creación judicial del derecho no sea incompatible con una concepción conceptualmente positivista del derecho abre la puerta para, finalmente, entender un poco mejor por qué no es un pecado mortal utilizar el término "interpretación" para actos judiciales de modificación normativa o de introducción de excepciones en el derecho vigente. Hace ya más de cuarenta años, Joseph Raz sostuvo que, en un sistema de *common law*, como el derecho inglés, la creación judicial del derecho no es *ex nihilo*, sino que responde, en primer lugar, al ejercicio de un poder jurídicamente regulado y, en segundo lugar, que los procedimientos o razonamientos que se siguen para ello también dependen de otros contenidos del derecho previamente establecido. De ese modo, aun en los supuestos en los que un caso no cuente con regulación jurídica, para resolverlo, un tribunal tendrá en cuenta el modo en que el derecho sí resuelve otros casos similares. Por cierto, un tribunal puede, en ocasiones, resolver de un modo radicalmente innovador. Pero, y especialmente en el *common law*, que se precia de promover cambios incrementales en el derecho, lo más probable es que la nueva solución sea construida por analogía con normas jurídicas previamente existentes. De ahí que, según Raz, aun cuando la creación y la aplicación del derecho son efectivamente dos actividades diferentes, existe una continuidad entre ellas. Este dato es el que, al menos en un sistema de *common law*, autorizaría a utilizar el término "interpretación" incluso para las actividades del *overruling* y del *distinguishing*, además de para la creación de derecho en casos no regulados. Dicho uso, por lo demás habitual entre juristas y operadores jurídicos, no puede ser descartado como irrelevante para un positivista conceptual, y ello es lo que ocurriría si aceptáramos el concepto supuestamente positivista que propone *La ley es la ley*.⁴² En obras bastante más recientes, Raz directamente sostiene que hay cuatro factores relevantes en el ámbito de la interpretación del derecho: la autoridad, la continuidad, la equidad y el desarrollo del derecho. Ellos incidirían en el modo en que los jueces deben encarar la actividad interpretativa y, en particular los últimos dos, serían los que justificarían la elaboración de interpretaciones innovadoras.⁴³ RAZ llega incluso a afirmar que el derecho "*está hecho para ser interpretado*".⁴⁴ La fuente intelectual

42. RAZ, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, pp. 206-209.

43. RAZ, *Between Authority and Interpretation: On the...*, pp. 232-237.

44. RAZ, *Between Authority and Interpretation: On the...*, p. 232.

del antiinterpretativismo de Rosler termina convirtiéndose en el interpretativista menos pensado.

La obvia objeción con la que nos encontraríamos aquí es que, en un sistema de derecho legislado, los jueces no tendrían un poder tal. Pero que lo tengan o no es algo que no depende de cómo definamos o clasifiquemos al sistema, sino que es consecuencia de las normas que integran al sistema. Decimos que un país pertenece a la tradición del *common law* porque las normas de su sistema jurídico contienen una doctrina de la obligatoriedad de los precedentes y les reconocen poderes de creación normativa a los jueces. En cambio, decimos que un país pertenece a la tradición del derecho continental si sus normas no incluyen una doctrina del precedente obligatorio y no les reconocen poderes nomogenéticos a los tribunales. La clasificación de un sistema jurídico requiere que primero identifiquemos a sus normas. No hay ningún obstáculo conceptual para que un sistema jurídico que establezca al derecho creado intencionalmente por un autor como su fuente principal de derecho les reconozca al mismo tiempo a los tribunales ciertos poderes para apartarse de la solución legislativa, al menos en determinados casos.

De hecho, esa posibilidad condujo a que, dentro del positivismo contemporáneo, se introdujera el concepto de "derrotabilidad" y se desarrollara un muy prolífico debate no solo sobre el concepto en sí, sino también, precisamente, sobre la posibilidad de que la noción de derrotabilidad de las normas jurídicas implicara desafío para el propio positivismo jurídico. Muchas veces, para identificar cuál es la disciplina a la que pertenece una obra, es importante ver con qué otros autores u obras dialoga. El silencio de *La ley es la ley* sobre todo este debate constituiría otro indicio de que el libro no tiene un interés en afiliarse a la filosofía del derecho.⁴⁵

En esa línea, ¿qué ocurriría si el sistema jurídico incluyera una constitución que incorpora a varios principios a su texto y, al mismo tiempo, les reconociera a los jueces el poder de evaluar, utilizando tales principios, a las leyes que dicta el congreso para determinar si las normas legislativas,

45. ALCHOURRÓN, Fundamentos para una Teoría General de los Deberes; BAYÓN & RODRÍGUEZ, Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales; FERRER BELTRÁN & RATTI, The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility; NAVARRO & RODRÍGUEZ, Deontic Logic and Legal Systems, pp. 185-195; MACCORMICK, "Defeasibility in Law and Logic"; SARTOR, "Defeasibility in Legal Reasoning"; NAVARRO & RODRÍGUEZ, "Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas".

sean ellas reglas o principios, serán finalmente aplicadas en las sentencias? El control judicial difuso de constitucionalidad se aproxima mucho a un sistema así. Según el modo en que se desarrolle el razonamiento empleado por un tribunal, una ley podría ser considerada completamente inconsistente con un principio constitucional, con lo cual la decisión se asemejaría a un *overruling*, o, en cambio, se podría considerar que lo que es incompatible con el principio es la forma en que la ley se aplicó al caso, con lo cual estaríamos en un supuesto análogo al de un *distinguishing*. En ambos supuestos, el tribunal estaría "desobedeciendo" a la ley o creando una excepción a ella, pero, al mismo tiempo, lo estaría haciendo en virtud de una norma jurídica que le otorga poderes para ello y, además, utilizando un razonamiento valorativo autorizado por la constitución. Con lo cual, no se ve cuál sería la objeción a llamar "interpretación" a esta actividad. El "cambio" normativo se fundaría en normas jurídicas, los principios constitucionales, que son autoritativos porque se tiene en cuenta a los principios formulados en la constitución, y no a estándares normativos que no sean jurídicos. Si, además, el tribunal realiza dicha actividad teniendo en cuenta precedentes judiciales relativos al modo en que se interpretó previamente a aquellos principios, entonces la analogía entre un sistema de control judicial difuso de constitucionalidad y el modo en que Raz caracteriza al *common law* en el derecho inglés quedará completa. En otras palabras, una práctica constitucional como la argentina, en la que los precedentes judiciales tienen un rol fundamental, no tiene nada de "antipositivista".⁴⁶

Por lo tanto, el carácter apropiado del término "interpretación" para esta clase de actividades no puede ser excluido conceptualmente, sino que dependerá de rasgos accidentales de cada sistema jurídico. En un sistema jurídico en el que los jueces no tengan *ningún poder de creación normativa*, quizás sea posible considerar un error conceptual grave llamar "interpretación" a un acto que no es otra cosa que desobediencia del derecho. Pero restaría ver si existe, o si alguna vez existió, un sistema jurídico en el cual efectivamente los jueces carezcan completamente de poderes de esa naturaleza. Tal vez, el derecho romano arcaico de la *stipulatio* haya sido así.⁴⁷ Lo que es importante, más allá de todo, es que el hecho de que los jueces cuenten con poderes de creación normativa o no es un dato acci-

46. CAMINOS, "Precedentes Judiciales en el Derecho Constitucional".

47. ATRIA, *On Law and Legal Reasoning*, pp. 143-146.

dental del fenómeno jurídico y, por lo tanto, un concepto de derecho que se pretenda descriptivo no puede incluirlo como un rasgo necesario. Si lo hace, entonces deberemos abandonar a toda teoría que se valga de un concepto así pues no se ajustará al mundo y entonces dará lugar a proposiciones falsas

Es sumamente curioso que las construcciones conceptuales que Rosler elabora en *La ley es la ley* contradicen a la concepción republicana del derecho constitucional que defendió en *Razones Públicas*, su anterior libro. Allí, con cita de Hannah Arendt, sostuvo que, en una república, la Corte Suprema es "*la verdadera sede de la autoridad*", la que se traduce "*en una suerte de poder constituyente constante*". A continuación, en nota al pie, agrega que, en un sistema tal, "*los jueces tienen la última palabra, merced al control judicial de constitucionalidad*".⁴⁸

El Rosler de *Razones Públicas* reconoce que es posible (y, si se admite el republicanismo, incluso deseable) que la autoridad final recaiga en los jueces quienes tienen un poder de creación del derecho, el "poder constituyente constante", que ejercen al controlar la constitucionalidad de las leyes. El Rosler de *La ley es la ley* niega que pueda llamarse derecho al creado por los jueces. ¿Una república no puede tener derecho entonces? ¿El positivismo normativo, según el cual los jueces no deberían tener poderes de creación normativa, es incompatible con el republicanismo? ¿Cuál de los dos Rosler tiene razón?

Un genuino positivista conceptual primero trataría de describir la regulación de los poderes de los tribunales para entender qué es lo que los jueces pueden hacer de acuerdo a derecho. Lo que un positivista conceptual no haría es elaborar un concepto normativo de derecho y sostener que los deberes de los jueces se derivan de su teoría en lugar del derecho vigente. Pero esto es precisamente lo que hace *La ley es la ley*. Esto confirma, entonces, que la obra es, de principio a fin, un espectacular trabajo de filosofía política *sobre* el derecho y no un libro de filosofía *del* derecho. Ciertamente, alguien podría señalar que estas distinciones disciplinares son artificiales. Diré algo sobre esa objeción más abajo. Sin embargo, deseo recordar que es el propio autor el que propuso la división del trabajo entre la filosofía del derecho y la filosofía política. Por lo tanto, estamos evaluando a la obra de acuerdo con los mismos estándares de éxito que

48. ROSLER, "Razones Públicas: seis conceptos básicos sobre la república", p. 200 y n. 97.

propuso su autor. Como obra de filosofía del derecho, *La ley es la ley* no cumple con su promesa. Como trabajo de filosofía política, la satisface, incluso en forma supererogatoria.

V. LA TRAMPA DWORKINIANA

Hablar de la filosofía del derecho de Ronald Dworkin es sumamente complejo. Toda la obra dworkiniana se desarrolló por un período de tiempo de varias décadas, durante el cual siempre pareció existir un núcleo duro de ideas, pero expresado con formulaciones diversas y con una variedad de matices que, en ocasiones, justificaría poner en duda la tesis de que se trata de una única posición. En este trabajo no deseo efectuar una reconstrucción acabada de la propuesta de Dworkin, ni mucho menos defenderla de sus críticos. Pero sí me interesa mostrar que la propuesta conceptual de *La ley es la ley* podría llegar a caer en la "trampa dworkiniana". Es decir que, al defender una propuesta positivista normativa, y no meramente conceptual, Rosler estaría siguiendo el manual de instrucciones de Dworkin, por lo cual, lejos de refutar al "interpretativismo", *La ley es la ley* podría ser calificado como un libro que confirma a tal concepción.

V.A Los dos niveles de la propuesta de Dworkin y la trampa dworkiniana

Como es sabido, en *Law's Empire*, Dworkin sostuvo que el concepto de derecho es interpretativo. Ello quiere decir que para usar el derecho se requiere llevar adelante un ejercicio de lo que Dworkin denominó interpretación constructiva:

"En gran medida, la interpretación constructiva consiste en adscribirle un propósito a un objeto o práctica con el fin de convertirlo en el mejor ejemplo posible del género o la clase al cual se considera que pertenece."⁴⁹

A simple vista, entonces, la interpretación constructiva requiere: (i)

49. DWORKIN, *Law's Empire*, p. 52.

identificar un objeto o práctica como perteneciente a un género o clase; y (ii) adscribirle un propósito con el fin de convertirlo en el mejor ejemplo posible de ese género o clase. Dworkin llama a estos dos momentos de la interpretación "ajuste" y "justificación", respectivamente. En el ámbito específico del derecho, Dworkin sostiene que, en la primera etapa, tiene lugar lo que él llama "preinterpretación", en la cual son identificadas las normas que, preliminarmente, se considera que conforman el contenido de la práctica jurídica. Dworkin reconoce que, en esta etapa, "*algún tipo de interpretación es necesario*", pero también afirma que, por lo general, existe un importante grado de consenso entre los miembros de la comunidad jurídica.⁵⁰

Creo no equivocarme demasiado al decir que el momento preinterpretativo consiste principalmente en la enumeración de ciertas disposiciones contenidas en documentos normativos y de otras fuentes posibles, como sentencias judiciales, junto con una primera adscripción de significado a tales disposiciones (y fuentes alternativas) que permite, precisamente, establecer que ellas formulan normas que son *prima facie* relevantes para la solución de un problema práctico. Es posible también que, de un modo quizás implícito, se efectúe alguna sistematización, ya sea para indicar si el problema práctico corresponde a un caso regulado o a una laguna normativa, o determinar la inexistencia jurídica de alguna de las normas o destacar la existencia de alguna relación de jerarquía material entre normas.

La segunda etapa consiste en el momento de la interpretación, en sentido estricto. De acuerdo con Dworkin, el intérprete determinará "*una justificación general de los principales elementos de la práctica identificados en la etapa preinterpretativa*".⁵¹ Como vimos, la forma en la que, según Dworkin, se lleva adelante esa justificación consiste en la adscripción de un propósito al objeto. Por lo tanto, el intérprete deberá pensar no tanto en cuál es la función que cierta parte del derecho cumple, sino, más bien, en cuál propósito debería satisfacer para ser *valiosa*.

En caso de que hubiera justificaciones rivales, Dworkin considera que la elección entre ellas está regulada por una serie de valores políticos, entre los cuales ocupa un lugar muy especial el valor de la integridad: "*Solamente sostengo la idea de que el caso en favor de la integridad es fuerte*

50. DWORKIN, *Law's Empire*, pp. 65-66.

51. DWORKIN, *Law's Empire*, p. 66.

en la segunda, y más política, dimensión de la interpretación".⁵² Este valor exige que las decisiones actuales de los funcionarios públicos, y de los jueces en particular, sean consistentes con las decisiones pasadas, pero no únicamente respecto de las normas jurídicas expresas creadas a través de leyes o precedentes, sino también en relación a las justificaciones generales que se hubieran dado en el pasado, es decir, los principios generales, que Dworkin de manera poco precisa llama "principios de moralidad personal y política", que están presupuestos en dichas normas.⁵³

La integridad obliga a los operadores jurídicos a que tengan en cuenta a otros valores, como la justicia, la equidad y el debido proceso. Vale la pena citar a la fuente directamente:

"El principio adjudicativo de la integridad instruye a los jueces a identificar los derechos y deberes jurídicos, tanto como sea posible, sobre la base de asumir que fueron creados por un único autor, la comunidad personificada, y que expresan una concepción coherente de la justicia y de la equidad. (...) De acuerdo con el derecho como integridad, las proposiciones normativas sobre el derecho son verdaderas si ellas aparecen en, o se siguen de, los principios de justicia, equidad y debido proceso que provean la mejor interpretación constructiva de la práctica jurídica de la comunidad."⁵⁴

De ese modo, siempre es *posible*, pero en absoluto necesario, que la etapa interpretativa, en sentido estricto, desemboque en una actividad de construcción y, eventualmente, de *reinterpretación* y *resistematización* de los elementos de la práctica, identificados, interpretados y sistematizados en el momento preinterpretativo. Por lo tanto, el meollo de la cuestión parece ser, para utilizar un par conceptual propuesto por Fernando Atria, establecer ante cada problema jurídico una decisión entre la *certidumbre*, es decir, darle una solución que sea lo más respetuosa posible de los resultados de la etapa preinterpretativa, y el carácter *apropiado* de esa decisión, o sea, que ella tenga en cuenta a la totalidad de las reglas y principios que son relevantes para el problema jurídico.⁵⁵

52. DWORKIN, *Law's Empire*, p. 216.

53. DWORKIN, *Law's Empire*, pp. 95-96.

54. DWORKIN, *Law's Empire*, p. 225.

55. ATRIA, *On Law and Legal Reasoning*, pp. 91-92.

En la terminología de Schauer, se trata de discutir si en la instancia de aplicación de las normas se utilizará un modelo "atrincherado" (formalismo), en el cual prevalece la autonomía semántica de la norma creada por el legislador, o uno "conversacional" (antiformalismo), en el cual adquieren relevancia lo que Schauer denomina razones subyacentes a la creación de la norma. De ese modo, el modelo "conversacional" dará lugar a un procedimiento de toma de decisiones *particularista*, mientras que el modelo atrincherado es la base de un procedimiento decisorio *fundado en reglas*.⁵⁶ Es importante reiterar que esta distinción *no es ni cointensiva ni coextensiva con la que existe entre positivismo y antipositivismo*. En efecto, si las propiedades que el aplicador tiene en cuenta en la instancia de aplicación son aquellas que el legislador utilizó para otras normas jurídicas, y no se derivan de algún sistema moral, entonces nada hay aquí de antipositivismo.

En lo sucesivo, me referiré con el término "formalismo" al modelo normativo que sostiene que debe privilegiarse a la certidumbre, mientras que "antiformalismo" será utilizado para la posición contraria. De acuerdo con una visión muy difundida, Dworkin sería el campeón del antiformalismo. Quien adhiera a posiciones dworkinianas o "interpretativistas" debería ser necesariamente antiformalista. Esta visión está equivocada pues la obra de Dworkin debe ser leída cuidadosamente. En efecto, en obras posteriores a *Law's Empire*, Dworkin rescató del olvido al ideal que él llamo "legalidad" y que, en gran medida, es la llave para llegar a conclusiones interpretativas formalistas.⁵⁷ En estas obras posteriores, Dworkin despejó un malentendido habitual sobre la tarea intelectual que había encarado en *Law's Empire*: la concepción del derecho como integridad es un programa teórico que indica cómo llevar adelante una argumentación normativa, pero que no conduce necesariamente a un resultado antiformalista.

En *Law's Empire*, Dworkin propuso los elementos de ese programa, pero, además, también llevó adelante una argumentación específica. El resultado de ese argumento fue, ciertamente, una elaborada imagen antiformalista del derecho. Sin embargo, es perfectamente posible aceptar el programa del derecho como integridad y llevar adelante una argumentación que tenga un resultado distinto. Esta posibilidad fue admitida por el propio Dworkin al advertir que, en *Law's Empire*, él había mostrado una "relación

56. SCHAUER, *Playing by the Rules. A Philosophical...*, pp. 38-52, 77-78.

57. DWORKIN, *Justice in Robes*, pp. 140-186; DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, pp. 400-415.

posible" entre los valores de la integridad y la legalidad. Pero ello no implicaba que no fueran posibles otras relaciones entre tales valores, incluyendo una en que la legalidad tuviera más peso. De ese modo, sostuvo Dworkin, quienes no estén satisfechos con el modo en que él mostró la relación entre integridad y legalidad de todos modos pueden permanecer en el barco del derecho como integridad.⁵⁸

Una forma posible de llevar adelante ese mayor compromiso con el valor de la legalidad podría consistir en considerar que, por ejemplo, las disposiciones de la Constitución que se refieren a las competencias de los poderes del gobierno responden a algún valor político que también es interpretativo. Del mismo modo, también permitiría distinguir entre derechos constitucionales "legislativos" y derechos constitucionales "jurídicos". Esta última distinción se basaría en algún valor político que indicaría que hay ciertos derechos que deben ser reconocidos únicamente mediante leyes, y otros podrían ser reconocidos directamente por los jueces. Sorprendentemente, entonces, Dworkin, a quien se señala como el campeón del activismo judicial y de la sobreinterpretación de la constitución, admite que su enfoque teórico podría dar lugar a la distinción entre cláusulas constitucionales programáticas y operativas, y a que consideraciones relacionadas con la estructura de gobierno, como podría ser la autoridad de la democracia y la división de poderes, justifiquen la decisión de los jueces de mostrarse deferentes frente a la legislación en algunos casos o estimar que ciertos problemas resultan "no justiciables".⁵⁹

Como vemos, el derecho como integridad es compatible con el formalismo. De ahí que, cuando se desea "refutar" a Dworkin es importante tener en mente cuál es el objeto del ataque. Aquí es donde aparece la *trampa dworkiniana*, a la que podemos definir de la siguiente manera. Uno puede objetar las conclusiones antiformalistas de *Law's Empire*. En tal caso, puede tratar de defender el formalismo. Pero, si lo hace siguiendo el método propuesto por Dworkin, entonces el ataque será una confirmación más que una refutación. En cambio, uno podría sostener que la teoría del derecho no debe proponer una doctrina de la decisión judicial. Pero, en tal caso, no habrá una refutación, sino una delimitación diferente de la actividad intelectual. La trampa dworkiniana consiste en que, si uno decide entablar un

58. DWORKIN, *Justice in Robes*, p. 178; DWORKIN, *Law's Empire*, pp. 226-227.

59. DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, pp. 409-410, 413-415.

diálogo con Dworkin, debe hacerlo aceptando las reglas de juego definidas por él. Por lo tanto, no hay forma de salir victorioso de esa batalla.

V.B I Can't Get No Satisfaction/'Cause I Try and I Try and I Try and I Try

La ley es la ley tiene varios objetivos. El principal es defender una concepción sobre cómo los jueces deben resolver casos. Para ello, propone un concepto de derecho, que, según vimos, es normativo y que considera que solo las normas creadas intencionalmente por un autor pueden ser calificadas como "derecho", de manera tal que los jueces deben limitarse a aplicar las que sean jurídicas según esa definición. Finalmente, el modo de aplicar las normas jurídicas es a través del tipo de razonamiento que el autor llama "normativo" con exclusión del razonamiento valorativo. De paso, el libro también pretende refutar al "interpretativismo", es decir, a la peculiar forma en la que Rosler reconstruye a la concepción del derecho de Ronald Dworkin. En esta última sección, espero mostrar por qué el autor no consigue cumplir con sus objetivos.

El primer punto relevante es el monismo conceptual por el que apuesta Rosler. El positivismo distingue entre un concepto descriptivo de derecho, que permite dar cuenta del derecho que *es*, y un concepto prescriptivo de derecho, que permite elaborar una propuesta sobre cómo *debe ser* el derecho. Rosler, en su obra, se refiere a un único concepto de derecho, que sería común tanto al positivismo conceptual como al normativo. Sin embargo, como ya vimos, el concepto elaborado en el libro fracasa si su dirección de ajuste es descriptiva, pues no se ajusta al mundo. Ello es así porque excluye del ámbito del derecho a sistemas normativos que habitualmente consideramos jurídicos, como aquellos que pertenecen a la tradición del *common law*.

Por lo tanto, el libro no cumple con su objetivo explícito de ser una obra de filosofía del derecho. El concepto de derecho que propone es normativo. Ahora bien, como propuesta normativa, el libro incurre en una contradicción performativa. En efecto, dado que los poderes de los tribunales están jurídicamente regulados, antes de decir cómo los jueces *deben* razonar o resolver casos, un positivista normativo debería identificar las normas que regulan la competencia de los jueces. Sin embargo, el libro directamente propone un modelo de función judicial con total independencia de las normas jurídicas que definen a dicha institución. En otras palabras,

La ley es la ley no sigue la misma receta que recomienda.

La situación descripta en el párrafo anterior revela una inconsistencia pragmática que, a mi juicio, es letal para el argumento del libro. En efecto, al final del día, *La ley es la ley* está realizando una valoración de la función judicial. Está afirmado por qué un poder judicial que funcione de cierta manera es valioso o bueno y por qué uno que no se ajuste a ese modelo es malo. Pero el corazón argumentativo del libro es que, como tenemos desacuerdos sobre las valoraciones, debemos recurrir al razonamiento normativo para actuar de manera coordinada para superarlos.

Las normas que definen las atribuciones de los tribunales son tan parte del derecho como el Código Penal. Aquellas normas están pensadas para resolver el problema del desacuerdo valorativo sobre cuál es el mejor modelo de funcionamiento de los tribunales. Si ello es así, ¿por qué el autor esquiva el razonamiento normativo sobre la función judicial y expone un razonamiento valorativo? Una respuesta posible aquí es que el autor está en desacuerdo con las normas jurídicas que regulan dicha función. Pero ello significaría, entonces, que a pesar de que ellas no se ajustan a su concepto normativo de derecho, de todos modos, podrían ser identificadas como parte del derecho argentino. Entonces, al final del día, Rosler debería admitir el dualismo conceptual.

La otra alternativa es que Rosler se aferre al monismo conceptual y que sostenga que si las normas que regulan la función judicial no coinciden con su propia valoración sobre cómo debería estar regulada dicha función, entonces ellas no tendrían carácter jurídico. Si Rosler siguiera este camino, estaría aseverando que los deberes *jurídicos* de los tribunales no se derivarían de las normas jurídicas vigentes sino de la *mejor concepción* sobre el rol institucional de los jueces. Si esta fuera la opción por la que se decanta el autor, resultaría muy difícil distinguir su propuesta de la Dworkin. En efecto, si Rosler argumentara que la mejor manera de entender al derecho es como un conjunto de reglas creadas intencionalmente por un autor con el propósito de permitir la acción esquivando los desacuerdos valorativos, y tal parece ser su concepción sobre lo que el derecho *debe ser*, entonces resulta, ni más ni menos, que la propuesta de *La ley es la ley* es "interpretativista". A un objeto le adscribe una justificación relacionada con aquello que lo hace valioso. A partir de esa justificación, realiza una interpretación, en sentido estricto, de la cual deriva ciertos deberes jurídicos de los tribunales como, por ejemplo, que solo deben tener en cuenta a las normas jurídicas y que está prohibido que desarrollen razonamientos valorativos.

Rosler podría escapar a esta alternativa si afirmara que los deberes que él prescribe para los tribunales son morales y no jurídicos. Pero ello terminaría de confinar su obra al ámbito de la filosofía política o moral.

En síntesis, las alternativas son las siguientes. Como obra de filosofía política, que prescribe cómo razonar sobre el derecho, las conclusiones del libro sobre la función de los tribunales son autofrustrantes porque no cumplen con sus propias prescripciones. Para determinar cuáles son los deberes jurídicos de los tribunales un positivista normativo debería escribir un trabajo de dogmática procesal y, eventualmente, constitucional. Sin embargo, el libro dedica todo un capítulo a la función judicial sin hacer la menor alusión al derecho vigente en ningún país, e incluso desconociendo la regulación existente en países como el Reino Unido, Australia, Nueva Zelanda y la mayoría de los estados de Estado Unidos. Por otra parte, como obra de filosofía del derecho, el libro no es positivista porque rechaza el dualismo conceptual. Y, como refutación del "interpretativismo", fracasa también porque sigue la receta metodológica propuesta por Dworkin, o sea: derivaría deberes jurídicos a partir de la mejor concepción sobre el derecho. Al final, al autor le termina pasando lo que a Mick Jagger y Keith Richards: no puede obtener satisfacción, a pesar de intentarlo, intentarlo, intentarlo e intentarlo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, Carlos E., *Fundamentos para una Teoría General de los Deberes*, Marcial Pons, 2010, Madrid.
- ALEXANDER, Larry & SHERWIN, Emily, *Demystifying Legal Reasoning*, Cambridge University Press, 2008, Nueva York.
- ALEXY, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2002, Oxford, traducción de RIVERS, Julian.
- , *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*, Clarendon Press, 2002, Oxford, traducción de LITSCHESKI PAULSON, Bonnie & PAULSON, Stanley L.
- ATIENZA, Manuel & RUIZ MANERO, Juan, *A Theory of Legal Sentences*, Kluwer, 1998, Dordrecht, traducción de ZIMMERLING, Ruth.
- ATRIA, Fernando, *On Law and Legal Reasoning*, Hart, 2001, Oxford.
- , *La forma del derecho*, Marcial Pons, 2016, Madrid.
- BAYÓN, Juan Carlos & RODRÍGUEZ Jorge Luis, *Relevancia normativa en la*

- justificación de las decisiones judiciales. El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*, Universidad Externado de Colombia, 2003, Bogotá.
- BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Clarendon Press, 1991, Oxford, edición de BURNS, JAMES H. & Hart Herbert L. A.
- BOBBIO, Norberto, *Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico*, Laterza, 2011, Roma.
- BULYGIN, Eugenio, "Alexy y el Argumento de la Corrección", en ALEXY, Robert & BULYGIN, Eugenio, *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral*, Universidad Externado de Colombia, 2001, Bogotá, traducción de GAIDO, Paula.
- CALABRESI, Guido, *A Common Law for the Age of Statutes*, Harvard University Press, 1982, Cambridge (Massachusetts).
- CAMINOS, Pedro A., "Precedentes judiciales en el derecho constitucional", en *Jurisprudencia Argentina, Dossier Derecho Constitucional*, Vol. 7, 2018, pp. 21-46.
- CARRIÓ, Genaro R., "Sobre las creencias de los juristas y la ciencia del derecho", en *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, Vol. 1, N° 2, 2004, pp. 111-126.
- CROSS, Rupert, "The House of Lords and the Rules of Precedent", en HACKER, Peter M. S. & RAZ Joseph (eds.), *Law, Morality, and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Clarendon Press, 1977, Oxford.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977, Cambridge (Massachusetts).
- , *Law's Empire*, Belknap Press, 1986, Cambridge (Massachusetts).
- , *Justice in Robes*, Belknap Press, 2006, Cambridge (Massachusetts).
- , *Justice for Hedgehogs*, Belknap Press, 2011, Cambridge (Massachusetts).
- FARBER, Daniel A. & FRICKEY, Philip P., "In the Shadow of the Legislature: The Common Law in the Age of the New Public Law", en *Michigan Law Review*, Vol. 89, 1991, pp. 875-906.
- FERRER BELTRÁN, Jordi & RATTI, Giovanni Battista (eds.), *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*, Oxford University Press, 2012, Oxford.
- FON, Vincy & PARISI, Francesc "Judicial Precedents in Civil Law Systems: A Dynamic Analysis", en *International Review of Law and Economics*, Vol. 26, 2006, pp. 519-535.

- GÜNTHER, Klaus, *The Sense of Appropriateness. Application Discourses in Morality and Law*, State University of New York Press, 1993, Albany, traducción de FARRELL, John.
- HART, Herbert L. A., *The Concept of Law*, 3ª ed., Oxford University Press, 2012, Oxford.
- MACCORMICK, Neil, "Defeasibility in Law and Logic", en BANKOWSKI, Zenon, WHITE, Ian & HAHN, Ulrike (eds.), *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*, Kluwer, 1995, Dordrecht.
- MERRYMAN, John Henry & PÉREZ-PERDOMO, Rogelio, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, 3ª ed., Stanford University Press, 2007, Stanford.
- NAVARRO, Pablo E. & RODRÍGUEZ, Jorge Luis, "Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas", en *Isonomía*, Vol. 13, 2000, pp. 61-85.
- , *Deontic Logic and Legal Systems*, Cambridge University Press, 2014, Cambridge.
- NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Astrea, 1980, Buenos Aires.
- RAZ, Joseph, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, 1979, Oxford.
- , *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, 1986, Oxford.
- , *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, edición revisada, Clarendon Press, 1995, Oxford.
- , *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford University Press, 2009, Oxford.
- RICHARDSON, Henry S., "Specifying Norms as a Way to Resolve Concrete Ethical Problems", en *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 19, N° 4, 1990, pp. 279-310.
- RODRÍGUEZ, Jorge Luis, *Lógica de los sistemas jurídicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, Madrid.
- , "En defensa del positivismo conceptual", en GALLEGO SAADE, Javier (ed.), *El derecho y sus construcciones. Diálogos con La forma del derecho de Fernando Atria*, Palestra, 2020, Lima.
- ROSLER, Andrés, *Razones públicas. Seis conceptos básicos sobre la república*, Katz Editores, 2016, Buenos Aires.
- , *La ley es la ley. Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, Katz Editores, 2019, Buenos Aires.
- SARTOR, Giovanni, "Defeasibility in Legal Reasoning", en *Rechtstheorie*, Vol. 24, 1993, pp. 281-316.

- SCHAUER, Frederick, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Clarendon Press, 1991, Oxford.
- , *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Harvard University Press, 2009, Cambridge (Massachusetts).
- SHOENBERGER, Allen, "Change in the European Civil Law Systems: Infiltration of the Anglo-American Case Law System of Precedent into the Civil Law System", en *Loyola Law Review*, Vol. 55, 2009, pp. 5-21.
- STRAUSS, Peter L., "On Resegragating the Worlds of Statute and Common Law", en *Supreme Court Review*, Vol. 9, 1994, pp. 429-540.
- SUNSTEIN, Cass R., "Problems with Rules", en *California Law Review*, Vol. 83, N° 4, 1995, pp. 953-1026.
- TWINING, William & MIERS, David, *How to Do Things with Rules. A Primer of Interpretation*, 5ª ed., Cambridge University Press, 2010, Nueva York.
- VON WRIGHT, Georg Henrik, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Routledge & Kegan Paul, 1963, Londres.
- , *The Varieties of Goodness*, Routledge & Kegan Paul, 1963, Londres.
- WEBER, Max, *Economy and Society. An Outline of Interpretive Sociology*, University of California Press, 1978, Berkeley, traducción de FISCHOFF, Ephraim & otros, Vol. II.