

RESPUESTA SIMPLE A “LA LEY ES MÁS COMPLEJA”*

ANDRÉS ROSLER**

Le agradezco mucho a Pedro Caminos por haberse tomado el trabajo de escribir un estudio crítico de *La ley es la ley* y a *Lecciones y Ensayos* por haberme ofrecido la posibilidad de responderle. La tesis de Caminos es que el libro es un “magnífico” libro de filosofía política¹ aunque haya “fracasado” como una obra sobre filosofía del derecho.² Caminos no dice por qué el libro es “magnífico”, pero sí menciona por qué es un fracaso. Las razones principales de este último consisten en que si bien el libro intenta describir qué es el derecho, en el fondo termina proponiendo un modelo acerca de cómo debe ser. En otras palabras, el positivismo conceptual descrito en la obra está normativamente contaminado.³ Además, según Caminos, por momentos, el libro adolece de una “confusión conceptual”, aunque el propio Caminos sostiene que: “No se trata, en verdad, de una confusión sino de un argumento normativo”.⁴ A esto se suman los siguientes defectos: el libro defiende la tesis de que el derecho es derecho de autor⁵ y, por lo tanto, es incapaz de explicar el *common law* y/o concluye que el *common law* no es derecho,⁶ contradice lo que afirma otro libro de mi autoría,^{7 8} no advierte

* Recepción del original: 26/10/2021. Aceptación: 18/11/2021.

** Andrés Rosler es abogado recibido de la UBA, máster en Ciencia Política en FLACSO y doctor en Derecho por la Universidad de Oxford. Es profesor de Filosofía del Derecho en la Facultad de Filosofía y Letras de la UBA. Es investigador en la Carrera del Investigador Científico, CONICET.

1. CAMINOS, “La ley es más compleja. Comentarios a *La ley es la ley* de Andrés Rosler”, p. 275.
2. CAMINOS, “La ley es más compleja. Comentarios a *La ley es la ley* de Andrés Rosler”, pp. 279 y 305.
3. CAMINOS, “La ley es más compleja. Comentarios a *La ley es la ley* de Andrés Rosler”, p. 279.
4. CAMINOS, “La ley es más compleja. Comentarios a *La ley es la ley* de Andrés Rosler”, p. 290.
5. CAMINOS, “La ley es más compleja. Comentarios a *La ley es la ley* de Andrés Rosler”, p. 280.
6. CAMINOS, “La ley es más compleja. Comentarios a *La ley es la ley* de Andrés Rosler”, p. 284.
7. ROSLER, *Razones públicas: seis conceptos básicos sobre la república*, p. 91.
8. CAMINOS, “La ley es más compleja. Comentarios a *La ley es la ley* de Andrés Rosler”, p. 297.

y/o cae en la trampa de Dworkin.⁹ Voy a aprovechar la oportunidad para aclarar estos puntos. Ciertamente, no me sorprendería que el libro sea un fracaso, pero si lo es no se debe a lo que dice Caminos.

En primer lugar, Caminos está mucho más de acuerdo con el libro de lo que él reconoce. En efecto, según Caminos, “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”.¹⁰ Da la impresión de que Caminos aquí concede implícitamente en que “al menos” algunas sentencias sí tienen problemas de fundamentación que pueden ser resueltos sobre la base del concepto de derecho, lo cual en gran medida es exactamente la tesis central de *La ley es la ley*. Esto indicaría que “para el propio Caminos” en el fondo el libro no es un fracaso como teoría del derecho, salvo que lo que diga Caminos sea parte del fracaso también.

Cualquier lector puede apreciar que “según el libro” el problema principal que tiene el interpretativismo es que sostiene la tesis de la interpretación permanente, es decir, que todo el derecho es siempre un fenómeno interpretativo que no puede ser reducido a cuestiones conceptuales. De ahí que los problemas del interpretativismo no se deben exclusivamente a una teoría de la interpretación en especial o a que alguien defienda una teoría distinta de la interpretación, sino a la idea misma de la interpretación permanente: “Dworkin no puede demostrar que el derecho es interpretativo siempre, con independencia de cuál sea nuestra teoría de la interpretación”.¹¹ Voy a asumir, entonces, que el pasaje que acabo de citar de Caminos es solamente un *lapsus* y no corresponde a su pensamiento.

Algo similar ocurre cuando Caminos dice estar “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”.¹² En realidad, la teoría de que el derecho tiene autoridad no implica que los jueces tengan prohibido realizar razonamientos valorativos, sino que estos razonamientos valorativos deben estar previstos por el derecho o “al menos” no deben

9. CAMINOS, “La ley es más compleja. Comentarios a *La ley es la ley* de Andrés Rosler”, p. 303.

10. CAMINOS, “La ley es más compleja. Comentarios a *La ley es la ley* de Andrés Rosler”, p. 274. Énfasis agregado.

11. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, p. 141.

12. CAMINOS, “La ley es más compleja. Comentarios a *La ley es la ley* de Andrés Rosler”, p. 274.

ser incompatibles con la autoridad del derecho. Muchas veces, estos valores quedan positivizados o, devienen parte del razonamiento normativo. Obviamente, en última instancia, la decisión última de seguir el derecho vigente es de naturaleza valorativa, pero esto último es una tautología. Según el interpretativismo, en cambio, la valoración es siempre indispensable para identificar el derecho vigente.

Visto en su mejor luz, el interpretativismo es una teoría sobre qué hacen y/o deben hacer los jueces frente a los casos difíciles, lo cual explica el papel preponderante que Dworkin le asigna a la moralidad política. Esto puede ser muy útil para los jueces de los tribunales superiores (aunque últimamente hasta los tribunales superiores tienen que tratar casos que no son difíciles), pero no puede cumplir satisfactoriamente con las necesidades de una teoría general del derecho, particularmente en lo que atañe a un Estado de derecho democrático. Además, si el interpretativismo no es una teoría general del derecho, no hace ninguna diferencia ya que muy pocos negarían que en caso de que existieran diferentes alternativas jurídicas habría que elegir aquella que es la mejor —aunque si existe una alternativa mejor el caso no es tan difícil como parecía—. ¹³

I. LA CONTAMINACIÓN DEL DERECHO

Caminos tiene razón en que, como suele pasar, el libro tiene dos trabajos. Por un lado, se trata de un libro sobre filosofía del derecho. Ese es el propósito de los primeros cuatro capítulos sobre iusnaturalismo, positivismo jurídico e interpretativismo. Por el otro lado, en el último capítulo —que también cumple dos trabajos ya que a la vez sirve como conclusión— el libro incursiona en el terreno de la filosofía política:

“Hasta aquí, la filosofía del derecho. En estas páginas finales quisiera detenerme brevemente en la filosofía política que subyace al positivismo jurídico. La insistencia en que el derecho pretende tener autoridad no es meramente una cuestión legal, que solo debería interesar a quienes estudian y/o practican el derecho, sino que es asimismo fundamentalmente política”. ¹⁴

13. FINNIS, “On Reason and Authority in Law’s Empire”, pp. 371-372.

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

De ahí que soy el primero en reconocer que el positivismo jurídico está políticamente contaminado. Los orígenes de esta teoría del derecho no podrían ser más políticos. Voy a volver a este punto más abajo. Sin embargo, el atractivo del positivismo jurídico se debe a su énfasis en que la normatividad del derecho no depende de consideraciones políticas, o en todo caso —tal como se puede apreciar en su línea fundadora— el proyecto político del positivismo consiste en separar el derecho de la política. Incluso los jueces más interpretativistas que creen haber dado con una respuesta correcta, una interpretación en su mejor luz, etc., no nos permiten que “interpretemos” sus decisiones —es decir, que las valoremos—, sino que exigen que reconozcamos su autoridad, que los obedezcamos, sobre todo en caso de que no nos haya convencido su interpretación, valoración, etc. Lo mismo vale obviamente para quienes hacen énfasis en la ponderación del derecho. Tal como se puede apreciar al final del capítulo IV sobre el interpretativismo: “el discurso interpretativista en lugar de ser antipositivista bien puede describirse como una especie de positivismo encubierto o judicial, amén de que desemboca en el tan vilipendiado —por antidemocrático— ‘gobierno de los jueces’”.¹⁵

Caminos también cree que el libro está políticamente contaminado debido a que, en lugar de describir lo que hacen los jueces, a la vez estoy diciéndoles lo que tienen que hacer.¹⁶ En otras palabras, no es solo un libro para los que se interesan en la teoría del derecho, sino que además es un libro para los jueces. Esto lo tomo como un elogio francamente ya que no imaginé que el libro podría ser de interés para los tribunales. Jamás hubiera imaginado que a los tribunales les podía interesar un libro que defiende una tesis que se supone es muy conocida por los participantes de la práctica, a saber, la idea de que el derecho tiene autoridad y pretende ser obedecido hasta por los jueces, particularmente cuando estos últimos pertenecen a un diseño institucional democrático.

No es imposible que el diseño institucional mismo les dé todo el poder a los jueces, como por ejemplo parece suceder en los sistemas neoconstitucionalistas;¹⁷ sin embargo, dado que el diseño institucional

15. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, p. 175.

16. CAMINOS, “La ley es más compleja. Comentarios a *La ley es la ley* de Andrés Rosler”, p. 289/290.

17. Dicho sea de paso, es curioso que, tal como lo indica el título mismo del último libro de Bernd Rüthers, en Alemania los jueces del Tribunal Federal Constitucional han ido más

tiene autoridad, desde el punto de vista de la teoría del derecho expuesta en *La ley es la ley* no habría mucho que objetar. El problema con el neoconstitucionalismo y con el interpretativismo es que pretenden tener razón con independencia de lo que dispongan los sistemas jurídicos.

Por otro lado, me temo que, a pesar de lo que cree Caminos, el libro lamentablemente es de bastante “utilidad para describir el mundo”,¹⁸ ya que el capítulo sobre interpretativismo es un reflejo del comportamiento de no pocos jueces al menos en la Argentina: “Hoy en día... [el modelo] que refleja en gran medida la práctica jurídica es el interpretativismo, mientras que el positivismo se ha transformado en un programa y por momentos en una utopía, muy probablemente la causa de Catón”.¹⁹

Tal como aclaro en el libro, esto no se debe causalmente a que los jueces sean especialistas en filosofía del derecho —lo cual es una buena noticia—, sino a que, por lo general, lo que hacen coincide con el modelo del interpretativismo.²⁰ A pesar de lo que dice Caminos, mi “diagnóstico”²¹ no es que el único problema que tiene la práctica actual del derecho al menos en la Argentina sea el interpretativismo. Obviamente, como dice Caminos, existen graves problemas estructurales en relación con la designación de los jueces, las presiones políticas y *lobbies*, etc. Sin embargo, en el libro no hablo de la designación de los jueces, las presiones, etc., porque trato de concentrarme en asuntos de teoría del derecho. Mi punto es que, aunque no existiera problema estructural alguno, el interpretativismo seguiría siendo un problema. Ese es mi “diagnóstico”.

Como en el libro no me ocupo de las razones extrajurídicas por las cuales el interpretativismo ha ganado la batalla cultural del discurso jurídico, voy a aprovechar la oportunidad para mencionar muy brevemente las tres más importantes: la crisis de representatividad del poder legislativo, la polarización y la leyenda negra del positivismo. Dado que los parlamentos

lejos todavía de lo que les permite su propio sistema neoconstitucionalista. Ver RÜTHERS, *La revolución secreta. Del Estado de derecho al Estado judicial. Un ensayo sobre Constitución y método*.

18. CAMINOS, “La ley es más compleja. Comentarios a *La ley es la ley* de Andrés Rosler”, p. 280.

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

20. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, pp. 122 -123.

21. CAMINOS, “La ley es más compleja. Comentarios a *La ley es la ley* de Andrés Rosler”, p. 274.

o congresos han dejado de representar a la sociedad, esta última espera que los jueces se conviertan en sus paladines y apliquen inmediatamente principios y valores. La polarización ideológica refuerza la crisis de representatividad e irónicamente hace que los jueces impongan sus decisiones invocando interpretaciones correctas o ponderaciones que nadie puede rechazar razonablemente. Finalmente, todavía impera el prejuicio de que el positivismo fue la filosofía del derecho del nazismo, a pesar de que el nazismo claramente mostró su predilección por el antipositivismo, sea en su forma que hoy llamaríamos "neoconstitucionalista" o en su variante interpretativista.²² Sin embargo, hasta el día de hoy son los positivistas los que tienen que dar explicaciones.

Me da la impresión de que a Caminos le interesa mostrar que el positivismo fracasa cuando se muestra como una teoría descriptiva del derecho ya que, en el fondo, como sucede con todos los fenómenos culturales, el derecho no es una realidad independiente de las creencias de los que participan en él, sino que toda descripción está contaminada por los propósitos de los actores, sus intereses y deseos, etc. Se podría decir lo mismo sosteniendo que, antes de convertirse en un sistema jurídico que se remonta a una primera fuente cuya tarea principal es resolver los desacuerdos sustantivos de sociedades polarizadas, el derecho positivo del Estado fue un proyecto político. El proyecto descriptivo del positivismo "entonces" sería un fraude ya que la autoridad del derecho entonces no es un reflejo de un objeto preexistente, sino que fue puesta en el objeto y solamente por eso la descripción es correcta.

22. Michael Stolleis explica que: "Como la doctrina constitucional de la República Federal temprana se pensó a sí misma como decididamente antipositivista y siempre explicó que el positivismo arrastraba la culpa de la 'perversión del derecho' nacionalsocialista, el 'buen' antipositivismo continuó ininterrumpidamente. El 'orden de valores' de la Ley Fundamental, que posibilitó el contacto con los valores suprapositivos y entonces nuevamente infiltró 'puntos de entrada' en el derecho válido, pareció garantizar un futuro democrático y conforme al Estado de derecho. Que los nacionalsocialistas y sus constitucionalistas también se presentaban como decididos antipositivistas y asimismo hablaron de 'puntos de entrada', pareció ser ciertamente un desarrollo colateral marginal, si no es que esta circunstancia fue directamente reprimida". STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland...*, p. 200. Bernd Rüthers llega a la misma conclusión: "El derecho heredado de la República de Weimar fue adaptado a los objetivos del Estado nacionalsocialista mediante 'interpretación' o, por mejor decir, mediante el añadido de los principios fundamentales de la ideología nacionalista". RÜTHERS, *Derecho degenerado. Teoría jurídica y...*, p. 122.

Aunque concediéramos esta suposición, las teorías antipositivistas eventualmente también tienen que recurrir a la autoridad del derecho, pero sin poder explicarla ya que se trata de discursos que giran alrededor del razonamiento valorativo, interpretaciones correctas, ponderaciones, etc. El positivismo, en cambio, describe al derecho como una práctica social con autoridad que puede ser identificada sin recurrir al razonamiento moral y que, de hecho, puede ser injustificada o ilegítima.

En realidad, es el interpretativismo el que pretende hablar de derecho cuando en realidad está hablando de política y a veces incluso de literatura clásica. Salta a la vista que la metáfora dworkiniana de la novela en cadena está estrechamente vinculada con la manera en que T. S. Eliot entiende la interpretación de los clásicos precisamente en el ensayo citado por Dworkin.²³ Allí, Eliot explica que el sentido histórico compele a un hombre a escribir no meramente con su propia generación en sus huesos, sino con el sentimiento de que la totalidad de la literatura de Europa desde Homero y, dentro de ella, la totalidad de la literatura de su propio país, tienen una existencia simultánea y componen un orden simultáneo. Este sentido histórico —que es un sentido de lo intemporal, así como de lo temporal y de lo intemporal y de lo temporal juntos— es lo que hace que un escritor sea tradicional. Y, al mismo tiempo, es lo que hace que un escritor sea más agudamente consciente de su lugar en el tiempo, de su propia contemporaneidad.²⁴

Eliot agrega que lo que sucede cuando una nueva obra de arte es creada es algo que sucede simultáneamente a todas las obras de arte que la precedieron. Los monumentos existentes forman un orden ideal entre ellos mismos, que es modificado por la introducción de la nueva (realmente nueva) obra de arte entre ellos. El orden existente está completo antes de que llegue la nueva obra; para que el orden persista después del acontecimiento de la novedad, la totalidad del orden existente debe ser alterado, aunque lo sea tan ligeramente; y de este modo las relaciones, proporciones, valores de cada obra de arte respecto de la totalidad son reajustados; y esto es conformidad entre lo viejo y lo nuevo. Quien quiera que haya aprobado esta idea de orden, de la forma de lo europeo, de la literatura inglesa, no creará que sea absurdo que el pasado deba ser alterado por el presente tanto como el presente está dirigido por el pasado.²⁵

23. ELIOT, “Tradition and the Individual Talent”, p. 61.

24. ELIOT, *Selected Essays*, p. 14.

25. ELIOT, *Selected Essays*, p. 15.

No solo es curioso que el razonamiento judicial sea entendido como un canon de autores clásicos de la literatura europea, sino que más curioso todavía es que el canon tradicional tenga resultados progresistas: “[Dworkin] es antirrevolucionario en sus métodos, pero revolucionario en sus propósitos”.²⁶ En todo caso, la novela en cadena quizás sea útil para hablar del Antiguo Testamento, de Homero y Virgilio, tal vez de Shakespeare, por qué no del derecho romano o incluso constituciones que datan de hace siglos, pero no tiene mayor sentido usarlo como modelo para un sistema continental con una constitución reformada hace una generación y cuyas leyes se renuevan constantemente.²⁷

II. DERECHO DE AUTOR

Caminos se opone a la conexión necesaria entre derecho y autor al sostener que:

“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”.²⁸

Asimismo, Caminos cree que, si bien mi intención es recuperar una tradición perdida, en realidad el libro termina siendo “portador de una verdad innovadora o revolucionaria”²⁹ ya que me aparto de Hart y de Raz.

Sin embargo, tal como lo puede apreciar cualquiera que lea el libro, Raz está bastante lejos de ser el padre de la criatura. La concepción maximalista de la autoridad, a la que pertenece la teoría de Raz, se remonta por lo menos hasta el siglo XVI y *Los seis libros de la república* de Jean Bodin: “la ley ordena, no persuade”,³⁰ y/o la vida y obra de Michel de L’Hospital

26. SCRUTON, *Fools, Frauds, and Firebrands. Thinkers of the New Left*, p. 277.

27. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad...*, pp. 161-163

28. CAMINOS, “La ley es más compleja. Comentarios...”, p. 285.

29. CAMINOS, “La ley es más compleja. Comentarios a *La ley es la ley* de Andrés Rosler”, p. 281.

30. En rigor de verdad, Bodin hace referencia a las epístolas de Séneca, a quien le atribuye la idea de que la ley “ordena, no discute. Nada me parece más ridículo que una ley con un preámbulo. Amonéstame, dime qué es lo que quieres que haga; no aprendo, sino que obedezco”. SÉNECA, *Ad Lucilium. Epistulae Morales*, p. 37. En

según quien "la ley ordena; ella no está hecha para instruir; ella no tiene necesidad de convencer",³¹ y "en todo caso" hasta el siglo XVII, como lo muestra el eslogan de Hobbes, que es el título de la sección inicial del capítulo II sobre autoridad y autor: *Authoritas, non veritas, facit legem*. Además, es obvia la conexión que existe entre Raz y Hobbes. Por un lado, el propio Hart sostiene que:

"no creo que yo habría visto toda la importancia de las consideraciones de Hobbes sobre estos tópicos (i.e. razones legales autoritativas) si yo no hubiera tenido el beneficio de la obra de Joseph Raz sobre lo que él denomina 'razones exclusionarias' que se parecen en muchos aspectos a la noción que he tomado de Hobbes".³²

Por el otro lado, Hart mismo interesaba a sus discípulos en la obra de Hobbes.³³

Tampoco se suele tener en cuenta la estrecha conexión del propio Hart con Hobbes. Tal como lo muestra el cuaderno de trabajo de Hart que sirvió de base para su célebre libro sobre el concepto de derecho:

"sus pensamientos estaban organizados primariamente alrededor del meticuloso desarrollo de lo que él sentía que era la idea clave que solo emerge en el quinto capítulo del libro. Esto era la idea de reglas válidas en razón de su fuente —su origen institucional en actos creación humana de reglas— como el núcleo del concepto de derecho".³⁴

En las palabras de Hart, "la noción de una regla vinculante, válida en virtud de su 'fuente', no de su contenido". Y entre los muy pocos que acompañan a Hans Kelsen en la lista de autores mencionados por Hart en su cuaderno de trabajo figuran John Austin, Jerome Frank, Thomas Hob-

realidad, es Posidonio a quien corresponden estas palabras, con lo cual la idea de que el derecho tiene autoridad se remonta por lo menos al siglo I a. C.

31. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, pp. 62-63.

32. HART, *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, p. 244.

33. LACEY, *A Life of H. L. A. Hart. The Nightmare and the Noble Dream*, p. 161.

34. LACEY, *A Life of H. L. A. Hart. The Nightmare and the Noble Dream*, p. 227.

bes y Howard Warrender,³⁵ siendo este último el autor de *The Political Philosophy of Hobbes. His Theory of Obligation*. La idea del punto de vista interno de Hart es notablemente similar a la interpretación que hace Warrender del foro interno hobbesiano.

Por lo demás, el propio Raz critica a Dworkin porque este último cree que “puede haber leyes (*laws*) que no expresan el juicio de alguien acerca de lo que sus súbditos deben hacer, ni son presentadas expresando tal juicio”.³⁶ Esta crítica de Raz a Dworkin se debe a que, según Raz, “una directiva puede ser autoritativamente vinculante solo si es, o al menos es presentada como, la visión de alguien de cómo sus súbditos se deben comportar”.³⁷

Obviamente, Caminos puede tener razón, aunque sus citas de Raz no sean del todo precisas, y yo puedo estar equivocado, aunque esté siguiendo a Raz. Es por eso que conviene recordar que en el libro propongo un retrato del positivismo que si bien “le debe mucho a varios autores (Hart, Raz, Marmor)”, “es bastante más expresionista de lo que parece”.³⁸ El expresionismo del retrato se debe a la imagen estándar del positivismo en nuestros días y a que mi retrato se remonta hasta los orígenes del positivismo y de ahí mi esperanza de que “al finalizar el libro quede claro que el positivismo es mucho más que una reflexión sobre los sistemas normativos”.³⁹ Se podría decir entonces que mi libro es revolucionario como dice Caminos,⁴⁰ aunque en el sentido inicial de la expresión, es decir, en el sentido de que propone un regreso completo, una vuelta al origen. Irónicamente, sin embargo, en sus inicios el proyecto político del positivismo jurídico era revolucionario, ya que rechazaba el *statu quo* medieval.⁴¹

Según el positivismo normativo o por qué no hobbesiano, el derecho supone la existencia de un autor, un agente —de ahí la idea de “soberanía”— que crea el derecho. Esto se debe a que según este positivismo

35. LACEY, *A Life of H. L. A. Hart. The Nightmare and the Noble Dream*, p. 227.

36. RAZ, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, p. 224.

37. RAZ, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, p. 218.

38. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, p. 21.

39. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, p. 21.

40. CAMINOS, “La ley es más compleja. Comentarios a *La ley es la ley* de Andrés Rosler”, p. 281.

41. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, pp. 180, 181-184.

la tarea principal del derecho es resolver conflictos antes que buscar una respuesta correcta, o en todo caso la respuesta correcta es la que da el soberano. Huelga decir que originariamente el soberano era una persona física, pero luego esta misma teoría fue adoptada por el pensamiento democrático debido a que parecía hecha a medida para la aparición del pueblo como un sujeto político. Esto se puede apreciar, por ejemplo, no solo en el *Leviatán* de Hobbes y en el *Contrato Social* de Rousseau, sino particularmente en toda discusión sobre el poder constituyente. No es casualidad entonces que un profundo conocedor de Carl Schmitt como Norberto Bobbio sea consciente de que el positivismo no es solo un método y una teoría de la legalidad, sino que además es un proyecto político o normativo.⁴²

En realidad, Caminos podría haberme criticado por haber incurrido en una contradicción. En efecto, el soberano podrá crear el derecho, pero no puede crearse a sí mismo, no al menos en el caso de los seres humanos. De ahí que en el libro figure que el derecho entendido como una práctica social constitutiva no tiene autor.⁴³ Y habiendo explicado en la sección "Centro de convenciones"⁴⁴ en qué consiste una práctica social constitutiva, al inicio de la sección "Derecho de autor", recapitulo esa explicación del modo siguiente:

"Hasta aquí hemos visto que el derecho tiene autoridad y que, en última instancia, dicha autoridad proviene de una convención social. Ahora bien, esta convención tiene que indicar a su vez una primera fuente estrictamente legal, una institución encargada de crear el derecho. Todo derecho, en efecto, es derecho de autor, y la autoría debería ser intencional. En derecho, entonces, la autenticidad es decisiva".⁴⁵

Sin embargo, para sostener que me contradigo habría que atribuirme no solo la idea de que el derecho del Estado moderno es derecho de autor, sino además la idea de que hay un autor *causa sui*, que se causa a sí mismo, es un motor inmóvil y/o la idea de que existe un derecho divino, etc. En efecto, a menos que creamos en el derecho divino de los reyes o que el

42. BOBBIO, *Iusnaturalismo y positivo jurídico*, p. 101.

43. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, p. 75.

44. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad...*, pp. 74-78.

45. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad...*, pp. 78-79.

derecho es natural en sentido estricto, todo derecho requiere la existencia de una práctica social o una convención, que se caracteriza por no ser intencional. Sin embargo, sobre la base de esta convención o práctica social constitutiva, el derecho creado sí es intencional. Por eso hablo de fuente en sentido amplio (en referencia a la práctica social constitutiva) y en sentido estricto (en referencia al derecho positivo).

Caminos tampoco parece haberse percatado de que en el libro aclaro precisamente que:

“Por supuesto, en última instancia, toda disposición jurídica descansa sobre una fuente que no es jurídica en sí misma, ya que de otro modo ella misma debería descansar sobre una fuente anterior, y así sucesivamente, lo cual nos llevaría a un regreso al infinito. Es decir que, así como hay un primer trabajador, también hay un primer legislador, pero incluso este primer legislador —o constituyente, como se lo suele llamar modernamente— lo es porque existe una convención social que lo reconoce como tal”.⁴⁶

Reveladoramente, Hobbes sostiene que “los pactos y contratos por los cuales las partes del cuerpo político fueron hechas, ensambladas y unidas, se parecen al *Fiat* o *Hagamos al hombre* pronunciado por Dios en la creación”.⁴⁷ Pero es solo una analogía, y su teoría puede ser adaptada o secularizada mediante la idea de convención social, que después de todo no está tan alejada del planteo contractualista. Como dice Rousseau, “siempre hace falta remontarse hasta una primera convención”.⁴⁸

Caminos también sostiene que “*La ley es la ley* pretende excluir del ámbito del derecho al *common law*”.⁴⁹ Sin embargo, en varias oportunidades en mi libro aclaro que no es sobre el *common law*⁵⁰ ya que mi explicación se refiere a o supone la existencia de un sistema jurídico “continental”, “civil”, “soberano”, etc. Que yo no trate el *common law* no significa que el *common law* no sea derecho.

Así y todo, incluso el *common law* depende en última instancia del

46. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, p. 73.

47. HOBBS, *Leviathan. 2. The English and the Latin Texts* (i), p. 16.

48. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, p. 73.

49. CAMINOS, “La ley es más compleja. Comentarios...”, p. 294.

50. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad...*, pp. 19, 58, 130.

comportamiento de ciertos agentes institucionales en particular, a saber, los jueces. Marmor, por su parte, que desarrolla la posición de Raz al defender una “concepción personal de autoridad”⁵¹ y al igual que Raz (y Hart, para el caso) sí se está refiriendo al *common law*, reconoce que “la concepción personal de la autoridad no encaja del todo con los casos puros de derecho consuetudinario”. Sin embargo, “las costumbres sí reflejan la visión de la mayor parte de la comunidad acerca de cómo se deben comportar; en otras palabras, la costumbre no es simplemente una regularidad del comportamiento reconocida por la comunidad como tal”. Esta “regularidad del comportamiento” es:

“considerada como vinculante por la comunidad, como una norma a la cual ellos mismos deben adherir. En otras palabras, me parece que la costumbre bien puede ser considerada como una estructura informal de una expresión colectiva que, en ciertos aspectos importantes, es equivalente a las estructuras formales de la toma colectiva de decisiones, tales como el voto mayoritario”.⁵²

III. RAZONES PÚBLICAS

Si bien Caminos no advierte la aparente contradicción entre la idea de práctica social constitutiva y la idea del derecho de autor (lo cual quizás se deba, otra vez, a que Caminos en el fondo no cree que adhiero al intencionalismo extremo que me atribuye), sí cree 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*”, debido a que en este segundo libro figura que en una república la Corte Suprema es “la verdadera sede de la autoridad” lo cual implica que un tribunal de esta clase ejerce “una suerte de poder constituyente constante”.⁵³ Caminos lo expresa en estos términos:

51. MARMOR, *Positive Law and Objective Values*, p. 89.

52. MARMOR, *Positive Law and Objective Values*, p. 110.

53. CAMINOS, “La ley es más compleja. Comentarios...”, p. 299.

“El Rosler de *Razones públicas* reconoce que es posible (y, si se adhiere al 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 puede 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?”.⁵⁴

Si bien Caminos hace referencia generosamente a mi libro sobre el republicanismo clásico, lamentablemente, Caminos tampoco tiene en cuenta que, aunque lo que digo en *La ley es la ley* contradijera el retrato republicano que figura en *Razones públicas*, dicha contradicción no sería un problema en absoluto. Después de todo el primero es un libro de teoría del derecho y el segundo es un libro sobre teoría política, para ser más precisos un retrato histórico-conceptual (aunque bastante casero) del republicanismo clásico, y como todo retrato debe ser fiel al retratado; por lo tanto, que un retrato contradiga una teoría no es un problema. Sí es un problema que el retrato contradiga al retratado. Además, no podemos ignorar que el positivismo jurídico acompaña siempre al Estado moderno, mientras que salta a la vista que el republicanismo clásico no pudo haber conocido al Estado moderno, y es por eso que Hobbes lo critica tanto.⁵⁵

Por lo tanto, incluso si asumiéramos que existe la contradicción a la que se refiere Caminos, en lugar de ser un defecto sería una virtud, ya que se trata de la relación entre un libro sobre la teoría del derecho del Estado moderno (*La ley es la ley*) y un libro sobre el republicanismo clásico (*Razones públicas*).

Además, Caminos pasa por alto que en el capítulo sobre el interpretativismo consta que el derecho suele experimentar cierta incertidumbre debido a que:

“los jueces tienen un poder normativo para, por así decir, cambiar el derecho y revisarlo en numerosas ocasiones (como ocurre con

54. CAMINOS, “La ley es más compleja. Comentarios...”, p. 299.

55. ROSLER, “El enemigo de la república: Hobbes y la soberanía del Estado”.

el control de constitucionalidad), y este poder proviene del mismo sistema judicial, no de la interpretación valorativa de los jueces”.

De ahí que:

“si los jueces a veces tienen que recurrir a la interpretación valorativa, se debe a una indicación del derecho, por así decir, no a que los jueces sean coautores del derecho ni a que el derecho sea una novela en cadena. En realidad, en general sabemos cuál es el derecho válido, aunque no estemos seguros de si los jueces lo van a poner en práctica”.⁵⁶

Otra vez, los jueces crean derecho porque son jueces, no porque tengan una respuesta o interpretación correctas:

“En cierto sentido, la última palabra la tienen los tribunales, pero eso se debe a que el propio sistema normativo lo ha dispuesto de ese modo, y no a que haya un tribunal que nos asegure que puede proveernos una respuesta correcta que muestra al derecho bajo su mejor luz, ni tampoco se debe a que el derecho sea una novela en cadena”.⁵⁷

Un positivista hobbesiano no tendría, entonces, mayores problemas en explicar que el propio derecho le atribuye a los jueces una función cuasi constituyente. Quizás no sea deseable, pero no hay dudas de que es derecho.

IV. LA TRAMPA DE DWORKIN

Según Caminos existe, además, una “trampa dworkiniana”, según la cual “si uno decide entablar un diálogo con Dworkin, debe hacerlo aceptando las reglas de juego definitivas por él. Por lo tanto, no hay forma de salir victorioso de esa batalla”.⁵⁸ Si Caminos tiene razón, esto es un muy

56. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, p. 165.

57. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, p. 167.

58. CAMINOS, “La ley es más compleja. Comentarios a *La ley es la ley* de Andrés Rosler”, p. 304/305.

serio defecto de la teoría de Dworkin, ya que solamente predica para el coro, para quienes ya piensan como él antes de entrar en contacto con su pensamiento. No puede persuadir a quienes parten de premisas diferentes. Quien hace hincapié en la autoridad, en cambio, puede mostrar que hasta los que prefieren invocar respuestas e interpretaciones correctas tienen que recurrir a la autoridad para explicar por qué debemos obedecer una disposición jurídica con la cual no estamos de acuerdo.

Por otro lado, la trampa dworkiniana es muy peligrosa políticamente, ya que, en las palabras de Caminos,

“quienes no estén de acuerdo con el modo en que él [Dworkin] mostró la relación entre integridad y legalidad de todos modos pueden permanecer en el barco del derecho como integridad”.⁵⁹

En otras palabras, Dworkin invita a los jueces a que interpreten el derecho en su mejor luz porque supone que los jueces ven el derecho en la misma luz que él: “En casi todos los escritos de Dworkin Ud. va a encontrar este alegato a favor del activismo judicial, siempre y cuando los activistas sean progresistas [*political liberals*]”.⁶⁰ De ahí que, aunque creamos que la moralidad política de Dworkin muestra al derecho en su mejor luz, su teoría es políticamente peligrosa ya que no explica cómo apagar la luz cuando los jueces tienen una concepción de la moralidad política distinta a la de Dworkin:

“hoy en día el interpretativismo suele estar acompañado por el progresismo, pero, como se puede apreciar, no hay nada que impida que el interpretativismo, o si se quiere el activismo judicial, juegue para el equipo contrario. En otras palabras, el derecho el ‘giro lingüístico’ puede doblar a la izquierda o a la derecha. Todo depende de quién maneje el volante”.⁶¹

Este es el guante que Adrian Vermeule, no sin razón, ha recogido con mucho gusto recientemente.⁶² Dado que Dworkin usa el método literario

59. CAMINOS, “La ley es más compleja. Comentarios a *La ley es la ley* de Andrés Rosler”, p. 304.

60. SCRUTON, *Fools, Frauds, and Firebrands. Thinkers of the New Left*, p. 53.

61. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, p. 152.

62. VERMEULE, “Beyond Originalism”, 31/03/2020.

conservador de T. S. Eliot para obtener resultados progresistas en derecho, quizás los conservadores legales quieran que se les devuelva su método.

Quizás la trampa dworkiniana consista en que el derecho es un fenómeno político y, por lo tanto, toda teoría del derecho también lo sea en última instancia:

“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 tal concepción”.⁶³

Pero, tal como figura en la conclusión del libro, los positivistas jurídicos línea fundadora como L’Hospital y Bodin eran plenamente conscientes de este hecho. No por nada eran llamados “*politiques*”, ya que por razones políticas pretendían separar la normatividad del derecho de cuestiones morales, teológicas o que hoy incluso llamaríamos simplemente “políticas”. El mote de “político” era inicialmente peyorativo, debido a que la posición conciliatoria de estos juristas se atribuía a sus supuestas lecturas de *El príncipe* de Maquiavelo, a pesar de que, irónicamente, si hay una palabra que no aparece en esa obra es precisamente política y sus derivados.⁶⁴

El grito de guerra del jurista humanista Alberico Gentili, primer profesor de derecho civil en Oxford a fines del siglo XVI y a cuyas clases de derecho internacional asistiera muy probablemente Thomas Hobbes a comienzos del siglo XVII, era precisamente: *Silete theologi in munere alieno!* (“¡Cállense teólogos en tareas ajenas!”).⁶⁵ En medio de profundos desacuerdos valorativos y políticos en general, no tiene sentido insistir en respuestas correctas o ponderaciones morales. Otra vez, Caminos ignora que en la conclusión del libro consta que:

“es por razones morales que subordinamos parte de nuestras creencias morales y políticas a la autoridad del Estado de derecho en democracia. Solamente un anarquista puede darse el lujo de no reconocer la autoridad del derecho”.⁶⁶

63. CAMINOS, “La ley es más compleja. Comentarios...”, p. 300.

64. ROSLER, *Razones públicas: seis conceptos básicos sobre la república*, p. 91.

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

66. ROSLER, *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, p. 182.

Es por razones políticas entonces que tenemos que separar al derecho de la política y exigimos que la ley sea la ley.

BIBLIOGRAFÍA

- BOBBIO, Norberto, *Iusnaturalismo y positivo jurídico*, Trotta, 2015, Madrid, traducción de DÍAZ, Elías, GARZÓN VALDÉS, Ernesto, GREPPI, Andrea & RUIZ MIGUEL, Alfonso.
- CAMINOS, Pedro, “La ley es más compleja. Comentarios a *La ley es la ley* de Andrés Rosler”, en *Lecciones y Ensayos*, Nro. 107, pp. 273-310.
- DWORKIN, Ronald, *Law’s Empire*, Harvard University Press, 1986, Cambridge.
- ELIOT, Thomas S., *Selected Essays*, Harcourt, Brace and Company, 1948, Nueva York.
- FINNIS, John, “On Reason and Authority in Law’s Empire”, en *Law and Philosophy*, VI, 1987, pp. 357-380.
- HART, Herbert L. A., *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford University Press, 1982, Oxford.
- HOBBS, Thomas, *Leviathan. 2. The English and the Latin Texts (i)*, Oxford University Press, 2012, Oxford.
- LACEY, Nicola, *A Life of H. L. A. Hart. The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford University Press, 2004, Oxford.
- MARMOR, Andrei, *Positive Law and Objective Values*, Oxford University Press, 2001, Oxford.
- RAZ, Joseph, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford University Press, 1994, Oxford.
- ROSLER, Andrés, “El enemigo de la república: Hobbes y la soberanía del Estado”, en HOBBS, Thomas, *Elementos filosóficos. Del ciudadano*, Hydra, 2010, Buenos Aires.
- , *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.
- RÜTHERS, Bernd, *Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich*, Marcial Pons, 2016, Madrid, traducción de GARCÍA AMADO, Juan A.

——, *La revolución secreta. Del Estado de derecho al Estado judicial. Un ensayo sobre Constitución y método*, Marcial Pons, 2020, Madrid, traducción de CAMPOS ZAMORA, Francisco J.

SCRUTON, Roger, *Fools, Frauds, and Firebrands. Thinkers of the New Left*, Bloomsbury, 2015, Londres.

SÉNECA, Lucio A., *Ad Lucilium. Epistulae Morales*, William Heinemann, 1925, Londres, ed. bilingüe latín-inglés, Vol. III, ed. Richard M. Gummere.

VERMEULE, Adrian, “Beyond Originalism”, *The Atlantic*, 31/03/2020, <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/03/common-good-constitutionalism/609037/>, consultado el 06/04/2023.