

Rosler, Andrés, *La ley es la ley: autoridad e interpretación en la Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Katz, 2019, 206 pp.

El libro que tengo el gusto de reseñar fue escrito por Andrés Rosler, Doctor en Derecho por la Universidad de Oxford, Investigador Independiente del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) de Argentina, y Profesor Titular de Filosofía del Derecho en la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires. La actualidad y relevancia de la obra saltan a la vista porque se trata de una investigación que se incorpora de lleno a los debates contemporáneos sobre la dimensión interpretativa del Derecho.

Como es sabido, resulta casi un lugar común que uno de los problemas centrales de la teoría y Filosofía del Derecho contemporánea es la teoría de la interpretación del Derecho. No me refiero solo a la relevancia que tiene la interpretación de normas jurídicas en el supuesto de “casos difíciles”. Alexy, Ferrajoli, Dworkin y Esser han puesto de relieve, por medio de diversas estrategias argumentativas, que la interpretación constituye una parte significativa de nuestro Derecho y no meramente un fenómeno excepcional. O, parafraseando a Dworkin, el Derecho es una práctica interpretativa desde su creación hasta su aplicación¹. El giro copernicano radica en que el problema de la interpretación ya no es un fenómeno periférico de la práctica jurídica, sino que el mismísimo caso central del concepto de Derecho es de naturaleza interpretativa.

La estrategia argumentativa de Rosler para presentar y cuestionar esa centralidad del concepto interpretativista del Derecho se estructura a partir de un orden histórico-conceptual; es decir, se presenta y discute al interpretativismo a partir de las concepciones teóricas que le han precedido. De esta manera, el primer capítulo aborda una descripción de la tradición iusnaturalista, pero a partir de un autor que es uno de sus máximos referentes internacionales desde hace varias décadas: John Finnis.

1 Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Cambridge, Mass. Harvard University Press, 31-35.

La elección de poner el epicentro en la obra del profesor emérito de la Universidad de Oxford quizá no satisfaga a todos los iusnaturalistas, pero ciertamente es una decisión justificada en tanto y en cuanto John Finnis representa uno de los epígonos de la tradición iusnaturalista y, en lo que respecta al trabajo que se reseña, su teoría jurídica no ha sido fuertemente debatida por otros autores de esa tradición. Lo que ha sido más cuestionado de la labor intelectual de Finnis, especialmente por otros iusnaturalistas, ha sido su teoría política.

En resumen, el primer capítulo de Rosler presenta una síntesis que pretende ser lo más fiel posible al objeto retratado y no a las representaciones o prejuicios que el artista tiene sobre lo que pretende retratar. Se trata de una descripción fiel, basada en un estudio meticuloso de los principales trabajos de John Finnis en temas de teoría del Derecho y razonamiento jurídico. No se incurre, pues, en la “falacia de hombre de paja”, en la cual se le achaca al iusnaturalismo clásico tanto una visión ingenua como absurda de la caracterización del concepto de Derecho y sus límites interpretativos. Rosler se ha propuesto dialogar seria y directamente con el iusnaturalismo, sin basarse en “testimonios de segunda mano”; esto es, no apeló a lo que los positivistas o interpretativistas entienden sobre lo que significa la tradición iusnaturalista. Así, Rosler pudo evitar la injusta atribución de determinadas posiciones que el iusnaturalismo jamás ha defendido, como, por ejemplo, que la ley injusta no es Derecho².

El segundo capítulo pretende formular una caracterización del positivismo jurídico que supere el normativismo kelseniano, el empirismo de la escuela escandinava y que, en muy pocas palabras, pretende aclarar y precisar el sentido del alcance de la tesis de las fuentes sociales. En efecto, el núcleo fundamental de la tradición iuspositivista, tal como lo entiende Rosler, consiste en una defensa robusta de la autonomía normativa del Derecho; es decir, que el Derecho puede proporcionar “razones para la acción” que no dependen necesariamente de nuestras razones morales. Es posible que coincidan las razones morales y las razones jurídicas pueden estar en una tensión más o menos aguda, pero eso no interfiere en el juicio de reconocimiento del Derecho válido.

Ahora bien, ¿en qué se basa el test de reconocimiento para identificar al Derecho? Aquí el autor se pone del lado del positivismo jurídico anglosajón y defiende que este se caracteriza por su origen institucional; esto es, el origen del Derecho se remonta a una convención social que atribuye a

2 Para un desarrollo sistemático sobre este asunto, cfr. Massini Correas, C. I. & García-Huidobro, J. (2011). “Valoración e inclusión en el Derecho. La máxima ‘Lex injusta non est lex’ y la iusfilosofía contemporánea”. En AA. VV. *Razón jurídica y razón moral: estudios sobre la valoración ética en el Derecho*. México DF. Porrúa, 117-145.

determinados actores institucionales la función de crear, modificar, extinguir derechos y deberes que vinculan a los habitantes de la comunidad de un modo particular. Más en concreto, la normatividad del Derecho responde a que proporciona “razones excluyentes”; esto es, razones que excluyen o, mejor dicho derrotan a otras razones de tipo moral o político que el agente pudiera tener para obrar.

En el tercer capítulo Rosler se ocupa de los actores institucionales que se encargan de aplicar y hacer cumplir aquella obra institucional que es el Derecho: los jueces. La explicación que proporciona el autor en este tramo de su obra es altamente estimulante y, en efecto, es uno de los capítulos más refrescantes de todos. Porque aquí se ofrece una visión panorámica, erudita en términos de historia intelectual, que reconstruye cuál es la concepción de la tarea judicial en el marco de la tradición positivista. Contra la creencia de que el juez es un autómatas o un rígido aplicador de normas jurídico-positivas; contra el exceso de formalismo legalista, Rosler aclara que el positivismo jurídico no pretende una obediencia ciega de los jueces al Derecho. Lo que más bien sostiene la tradición positivista es la autonomía del Derecho frente a otra clase de órdenes normativos, como la moral. Y, por ende, el juez ha de aplicar el Derecho “tal como es” y no en base a sus preferencias o elecciones morales.

Entonces, ¿cuáles son las razones que justifican tal autonomía del Derecho? Precisamente, el Derecho emerge como el resultado de la composición del conflicto político. Dicho de otro modo, el Derecho se origina para zanjar nuestras disputas sobre cómo llevar adelante nuestros problemas de coordinación social. En efecto, la relevancia del Derecho se incrementa a medida que aumenta nuestro nivel de desacuerdo. Así, una norma jurídica que regulase aquello en que todos estamos de acuerdo sería no solo redundante, sino superflua –*p. e.*, una norma que disponga que los años a los que se refieren los plazos procesales deben computarse en función de años solares y no lunares³.

El cuarto capítulo se enfrenta directamente con el interpretativismo. De un modo muy sugestivo, el autor argumenta que el auténtico rival del positivismo jurídico no es el iusnaturalismo –al menos en sus versiones clásicas, muy especialmente en la que elabora la Nueva Escuela de Derecho Natural–, sino el interpretativismo. Porque el iusnaturalismo no defiende que el Derecho sea una mera continuación de la moral por otros medios. De hecho, como bien lo ha remarcado John Finnis en una discusión con Robert

3 Cabe subrayar que se supone un contexto en que el calendario que nos rige es el calendario gregoriano, tal como sucede en sociedades occidentales que se desglosan históricamente de la tradición europea y occidental. Tal cosa no sería igual de obvia es países de medio oriente, como, por ejemplo, Israel.

Alexy, el Derecho extremadamente injusto podrá ser un caso defectuoso del concepto de Derecho, pero no por ello deja de ser Derecho⁴.

Como dice Rosler, en tono de broma, no tiene mayor sentido decir “mi vecino es tan mal vecino que no es mi vecino”. Quizá se vea esto mejor con otro ejemplo que pone el autor: cuando una hinchada de fútbol le canta a su contraria “no existís”, estamos lejos de afirmar que no es posible constatar la existencia de la facción rival. Lo que se pretende poner de relieve es más bien que la hinchada opuesta es tan insignificante que, *en un sentido metafórico*, pareciera que no existe. Del mismo modo, cuando se afirma que una norma jurídica es tan injusta que no resulta ser Derecho, lo que se está queriendo decir es que la injusticia advertida es tan grave que tal norma jurídica no merece llamarse Derecho⁵.

En cualquier caso, el punto que Rosler remarca con esta línea argumentativa es que el iusnaturalismo recoge o incorpora consideraciones morales, pero no en la noción misma de Derecho, sino en su caracterización del “concepto central”. Por ende, al menos en el pensamiento de autores como John Finnis, el reconocimiento del Derecho válido presenta una cierta autonomía normativa. De hecho, el citado profesor oxoniense reconoce expresamente que su noción del Derecho como razón excluyente se nutre de la teoría de Raz, un reconocido defensor del positivismo jurídico excluyente⁶. En esta cuestión, por ende, no existen mayores desacuerdos o diferencias entre la tradición iusnaturalista y el positivismo jurídico de corte analítico.

En cambio, la concepción interpretativista sí que presenta una visión del Derecho que es una estricta continuación con la moral y, por tanto, estamos ante la auténtica némesis del positivismo jurídico. La noción de autonomía normativa del Derecho ha sido completamente dejada de lado por los interpretativistas. El elemento decisivo para identificar y aplicar el Derecho no consiste en su origen institucional. El Derecho constitutivamente depende de su corrección moral. El juez no aplica el Derecho que reconoce como válido en una comunidad en virtud de su autoría institucional. Los jueces interpretativistas aplican el Derecho como un mero instrumento subordinado a su funcionalidad para arribar a una respuesta (moralmente) correcta.

4 Finnis, J. (2014). “Law as Fact and as Reason for Action: A Response to Robert Alexy on Law’s Ideal Dimension”. *American Journal of Jurisprudence*. Vol. 59, N° 1, 105. Cabe aclarar que Finnis no plantea que esas normas extremadamente injustas deban aplicarse sin más. Al contrario, un elenco de razones morales basadas en la justicia podría llegar a justificar la desobediencia de una norma extremadamente injusta. *Ibíd.*, 107.

5 Rosler, A. (2019). *La ley es la ley: autoridad e interpretación en la Filosofía del Derecho*. Buenos Aires. Katz, 48.

6 Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights*. 2nd. ed. New York. Oxford University Press, 234.

O, lo que es lo mismo, el intérprete judicial aplica las normas morales a través de una argumentación que solo retórica y contingentemente apela a razones y normas jurídicas.

Por último, el trabajo de Rosler finaliza con un apartado de conclusiones en que sintetiza las principales contribuciones de su investigación. El desenlace es simplemente atrapante y guarda correspondencia con una sólida peroración, como dirían los antiguos retóricos. Quiero decir que el autor finaliza su obra con un llamado de atención muy severo que nos invita a reflexionar sobre la relevancia práctica de lo que estamos discutiendo cuando abordamos el problema de la interpretación jurídica: “Decir que estamos ‘interpretando’ el Derecho cuando en realidad lo estamos desobedeciendo o haciendo una excepción solo nos lleva a confusiones que no son meramente conceptuales, sino que además pueden llegar a ser políticamente muy peligrosas”⁷.

Quien reseña esta obra no puede dejar de pensar que la concepción teórica sobre la que latía el Tercer Reich tenía más de interpretativismo que de positivismo jurídico. Al fin y al cabo, los jueces debían aplicar las normas del sistema jurídico según el espíritu del pueblo alemán o, dicho más llanamente, de acuerdo con la voluntad del Führer. De hecho, el principio de legalidad penal se entendía de una manera tal que había quedado abolida la prohibición de analogía en materia criminal⁸. Por consiguiente, el problema de la autonomía normativa del Derecho se vuelve muy preocupante cuando el sistema jurídico resulta ser la continuidad de un orden moral perverso.

En síntesis, ¿qué razones podrían llevar al lector a leer otro libro más sobre interpretación jurídica? Pues, en primer lugar, Rosler se esfuerza por ofrecer un retrato lo más fiel posible de las teorías con las que discute. La “falacia del hombre de paja”; esto es, la presentación del argumento contrario de un modo que este resulta prácticamente reducido al absurdo, resulta demasiado frecuente en la escena teórica contemporánea. Las leyendas negras abundan en todos los bandos. No faltan positivistas que ven a los iusnaturalistas como camuflados intentos por imponer elevados estándares morales o éticos a través del Derecho Positivo. Los iuspositivistas, por parte de algunos de sus adversarios, son vistos como totalitarios que se ocultan detrás de una máscara de formalidad legal. Los interpretativistas, en cambio, son caracterizados como los defensores de un gobierno de los jueces que se impone por la fuerza del mazo y desoye lo que el pueblo delibera a través de sus representantes políticos.

⁷ Rosler, A. (2019). Ob. cit., 185.

⁸ Zaffaroni, E. R. (1987). *Tratado de Derecho Penal: parte general*. T. II. Buenos Aires. Ediar, 369.

El segundo mérito de la obra de Rosler es que combina dos cuestiones íntimamente relacionadas, pero escasamente conectadas en buena parte de las contribuciones académicas a estos debates sobre la interpretación jurídica. Me refiero a que no abundan esfuerzos que, haciendo pie en la teoría del Derecho, aborden el problema de la interpretación jurídica a través de un diálogo profundo y verdaderamente interdisciplinar con la teoría política. La teoría del Derecho y la teoría política contemporánea, especialmente en el tema que nos ocupa, parecen desplegarse en torno a una lucha de dominación de una sobre la otra. De un lado, las posiciones parecieran reducirse a una subordinación de lo político a la práctica interpretativa constitucional y, del otro, no falta quien reduce el Derecho a una máscara o epifenómeno del poder político.

El único punto que se podría echar en falta a la obra de Rosler, quien tiene una profunda formación tanto en filosofía política como Filosofía del Derecho, es el magro espacio que ocupan los presupuestos políticos sobre los que descansa el interpretativismo. Es decir, ¿en qué medida las preconcepciones o prejuicios políticos y morales —en el sentido propio de la filosofía hermenéutica— inciden sobre la caracterización del Derecho que proponen autores como Dworkin? O, dicho más crudamente, ¿cuáles son los motivos ideológicos sobre los que descansa esa robusta continuidad de la moral por medios jurídicos que propone el interpretativismo? Probablemente Rosler, o alguno de sus discípulos, recorra esa senda en próximos trabajos. En cualquier caso, *La ley es la ley* será un libro que iluminará el camino de quien emprenda tal recorrido.

LUCIANO D. LAISE⁹

9 Doctor en Derecho (U. Austral, Argentina). Investigador Asistente del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), lugar de trabajo: Departamento de Ciencias Sociales, Jurídicas y Económicas, Universidad Nacional de Chilecito, 9 de Julio N.º 22, Chilecito, Prov. de La Rioja, Argentina. Correo electrónico: lucianolaise@conicet.gov.ar.