Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año IV, número 6, pp. 328-343

RÉPLICA A "'SI UD. QUIERE UNA GARANTÍA, COMPRE UNA TOSTADORA': ACERCA DEL PUNITIVISMO DE LESA HUMANIDAD" DE ANDRÉS ROSLER

Tomás FERNÁNDEZ FIKS LL.M.*

Fecha de recepción: 1º de abril de 2018
Fecha de aprobación: 23 de abril de 2018

I. Introducción

El artículo de Andrés ROSLER publicado en el número anterior de esta revista es una adquisición rara que enriquecerá el catálogo de lecturas de cualquier persona interesada en cuestiones de derecho penal. Su título resulta premonitorio de lo que el lector podrá encontrar: "'Si Ud. quiere una garantía, compre una tostadora': Acerca del punitivismo de Lesa Humanidad"; nos da una vaga idea del sentido del humor que inunda el texto. Sentido del humor, vale la pena aclarar, que viene acompañado del más enciclopédico conocimiento sobre filosofía política. Así pues, es moneda corriente a lo largo del texto la aparición de referencias que van desde Austin Powers a Cicerón, pasando por Quentin Tarantino y Hobbes. El resultado final es un texto agudo e incisivo, iluminador en su precisión histórica, que se deja leer como si se tratara de un ensayo de Woody Allen.

Cuestiones estilísticas de lado, y enfocándonos ahora en la sustancia, el artículo de ROSLER tiene la virtud de poner sobre la mesa el desarrollo histórico de ciertos conceptos e ideas que son moneda corriente en las discusiones actuales relativas a la justificación, administración y alcance del castigo penal. El texto resulta así una especie de genealogía del derecho penal, que permite poner en contexto determinados argumentos comúnmente invocados en la jerga penalista y así establecer la semejanza o pertenencia de estos a corrientes de pensamiento de largo desarrollo.

La contribución de este repaso histórico al debate resulta trascendental, pues permite identificar ciertos "traspasos" de conceptos que históricamente fueron de la mano con una

* Abogado (Universidad Nacional de Mar del Plata). LL.M. (Columbia University). Contacto: tomasfiks@gmail.com.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

determinada manera de pensar la relación entre el Estado y los ciudadanos y el papel del derecho penal, hacia orillas vecinas, donde dichos conceptos siempre habían resultado extraños y no eran bienvenidos. Esta, precisamente, es la tesis de ROSLER, para quien la moderna jurisprudencia sobre delitos de lesa humanidad, y el desarrollo teórico que la acompaña, representa un alejamiento de la tradición garantista y una exhibición de consideraciones propias de lo que él llama escuela punitivista.

II. Garantismo vs. punitivismo

Siguiendo a FERRAJOLI, ROSLER identifica al garantismo con el "derecho penal mínimo", el cual consiste "en que ningún inocente sea castigado, a costa de la incertidumbre de que también algún culpable pueda resultar impune".[1] Asocia asimismo esta posición con el eslogan "*nullum crimen sine lege*", "según el cual no se puede hablar de crimen antes de que se verifique que una acción haya sido cometida con posterioridad a la sanción de una ley penal y su castigo debe ser conforme a dicha ley penal". Según el desarrollo que prosigue en el texto, el garantismo —escuela cuyos exponentes cuentan con BECCARIA, FERRAJOLI, ZAFFARONI— es la escuela de derecho penal liberal comprometida con el principio de legalidad y sus derivaciones: principio de taxatividad, prohibición de analogía, irretroactividad de la ley penal, etc.; y con un estricto respeto a la justicia procedimental, es decir, al valor inherente que se desprende de seguir las reglas de juego independientemente de que el resultado final no sea el más deseado. Es una escuela positivista: según el garantismo, aun si tuviéramos la certeza de que un sujeto cometió un acto moralmente aborrecible, no podríamos imponerle una pena si dicho acto no configurase un delito de acuerdo con el derecho positivo. Tampoco resultaría admisible castigar al sujeto en cuestión ignorando o violando las garantías legales que lo protegen: "ningún garantista entonces puede exigir que el respeto de las garantías penales quede supeditado a que un acusado, o incluso un condenado, satisfaga un test moral. Las garantías penales existen o no existen. En el medio no hay nada".[2]

Los postulados del garantismo no constituyen una mera cuestión de principios sino que, además, forman parte del derecho positivo vigente (ROSLER enumera, de modo no exhaustivo, el

[1] ROSLER, "'Si Ud. quiere una garantía, compre una tostadora': Acerca del punitivismo de Lesa Humanidad", en *En Letra Derecho Penal*, n.° 5, p. 68, disponible en: https://docs.wixstatic.com/ugd/9db90b_add4ffb17a36437595af5014fc3276de.pdf [enlace verificado el 1.º de mayo de 2018].
[2] *Supra* nota 1, p. 72.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

artículo 22 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y los artículos 8 y 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

En la vereda opuesta al garantismo, está lo que ROSLER llama "punitivismo": "mientras que para el garantismo no hay castigo sin ley y por eso alguien *debe ser castigado exclusivamente porque violó la ley,* para el punitivismo, en cambio, la cuestión es eliminar la impunidad cueste lo que cueste y por lo tanto *alguien violó la ley porque debe ser castigado*".[3]

El punitivismo, en su cruzada contra la impunidad, se caracteriza por buscar la condena de todos los culpables (y asume que la culpa se determina con independencia de las restricciones que se encuentran presentes en cualquier proceso legal). Así, las acciones que le interesa castigar al punitivismo son *mala in se*, pues no es necesario que exista una ley previa que determine que tales conductas configuran un delito. Para el punitivismo, las limitaciones propias del principio de legalidad son redefinidas, algo peyorativamente, como "formalismo penal", y el lema "*nullum crimen sine poena*" sustituye a "*nullum crimen sine lege*". El punitivismo se encuentra entonces en tensión con el derecho positivo vigente en nuestro país, sin perjuicio de que resulta posible imaginar un caso en el que el punitivismo y el principio de legalidad fuesen compatibles: ROSLER pone como ejemplo el artículo 2 del Código Penal alemán de 1935, el cual le otorgaba al juez el poder de castigar como delito "todo hecho que, aun no previsto por la ley, fuera considerado por él como punible". No es de extrañar que el punitivismo fuera popular en los regímenes de Mussolini y Hitler, pero a diferencia de lo que uno podría imaginar, ROSLER señala la relación entre el punitivismo y el republicanismo clásico (y distingue a este último del republicanismo liberal, teorizado más notablemente por PETTIT). En este sentido, agrega: "no parece ser casual que el punitivismo iusnaturalista republicano haya aflorado asimismo en el discurso revolucionario francés". El punitivismo es iusnaturalista porque prescinde del derecho positivo y sostiene que determinados sujetos deben ser castigados por haber realizado actos que, aunque no se encuentren específicamente prohibidos por el derecho, atentan contra un orden moral superior —llámese derecho natural, patria, sano sentimiento del pueblo o la denominación de su elección—.

III. Traspasos indebidos

[3] *Supra* nota 1, p. 77.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Con la idea que tenemos hasta aquí sobre los principales postulados de las escuelas en disputa, no es sorprendente que el sentido común nos diga que quienes deben aplicar el derecho a diario deberían inclinarse por las enseñanzas del garantismo en un Estado constitucional de derecho respetuoso de la ley como es, o se supone que debería ser, el nuestro. Es posible, sin embargo, que en ocasiones nos veamos moralmente facultados o incluso obligados a apartarnos de la ley. Lo que importa, advierte ROSLER con apoyo en HART y en la visión de este sobre los juicios de Núremberg, es que llamemos a las cosas por su nombre y que caractericemos a dichas situaciones excepcionales justamente como lo que son: excepciones al Estado de derecho. En este sentido, dice ROSLER: "[l]o que pide entonces Hart es que si vamos a hacer una excepción debido a que vivimos momentos igualmente excepcionales como la conformación de un tribunal compuesto por los vencedores en una guerra mundial, entonces que quede claro que nos estamos apartando del derecho vigente y no llamemos, por ejemplo, 'una interpretación' del Estado de derecho a su clara e intencional violación".[4]

Esto no es, de acuerdo con ROSLER, lo que sucede a menudo en la actualidad en la Argentina, ya que los jueces y penalistas tienden a presentar como respetuosas del derecho vigente resoluciones que en realidad son violatorias de este, situación que el autor ilustra con dos fallos recientes de la Cámara Federal de Casación Penal en relación con la aplicación de la así llamada "ley del 2 x 1" (casos "Astiz" y "Riveros").

Una rápida lectura de algunos argumentos expuestos en dichos fallos ("Astiz" hace referencia a "las irrenunciables obligaciones internacionales asumidas por el estado argentino de efectivizar la investigación, juzgamiento y sanción adecuada de graves violaciones a los Derechos Humanos" y "Riveros" establece que no resulta admisible que exista una "mengua simbólica" de dicha punición) nos llevará a darle la derecha a ROSLER, en cuanto a que dichas resoluciones se acercan más al ideario punitivista de castigar al *culpable* (en sentido *material,* por oposición a *procesal*) cueste lo que cueste, que a la defensa absoluta y universal de las garantías penales que promueve el garantismo.

Cabe resaltar que los fallos mencionados no constituyen rarezas en los archivos jurisprudenciales sino que forman parte de una pacífica y consolidada jurisprudencia nacional en torno al castigo de crímenes de lesa humanidad. A modo de ejemplo, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal expuso, en un fallo reciente, que "el principio de legalidad consagrado

[4] *Supra* nota 1, p. 73.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

en el ámbito nacional —al menos en lo referente a la aplicación de la regla de la irretroactividad de la ley penal derivada de aquel—, queda desplazado por la normativa internacional positivizada y de origen consuetudinario frente a la comisión de delitos de lesa humanidad [...]. Los deberes del Estado asumidos en virtud de las normas convencionales comprenden la ejecución de la pena o sanción impuesta por los crímenes de lesa humanidad, pues lo contrario, es decir limitar los deberes del Estado a la imposición de una pena sin atender a su efectivo cumplimiento, importaría la renuncia a los fines establecidos en los instrumentos del art. 75 inc. 22 CN y la desatención al derecho de las víctimas y la sociedad en general, y en consecuencia comprometería la responsabilidad internacional de la Nación" (causa 8223, "Girbone, Héctor Salvador", 24/10/2017).

Los argumentos recién transcriptos confirman la preocupación de ROSLER acerca de cierta tendencia a incorporar consideraciones punitivistas en las decisiones de los tribunales penales. En efecto, la idea de que existe un deber de punir de manera efectiva algunos actos, que es tan riguroso que neutraliza las garantías con las que cualquier imputado por un delito común normalmente contaría, no es sino una clara expresión punitivista. Una lectura más atenta de los argumentos que se suelen dar en apoyo de posturas como las expresadas en los fallos referidos, permite poner en evidencia la endeble construcción teórica y jurídica detrás de la moderna doctrina penal en torno al castigo de delitos de lesa humanidad. A modo ejemplificativo, podemos señalar las siguientes falencias de dicha doctrina.

En primer lugar, como señala ROSLER, es obvio que un tribunal penal tiene el deber de imponer sanciones penales a quienes son encontrados culpables de un delito si es que se corroboran ciertos extremos fácticos y jurídicos, pues esa es últimamente su función, pero igualmente obvio es que debe imponer dichas sanciones respetando los derechos y garantías del imputado. Es decir, a menos que nos encontremos frente al ejercicio del poder punitivo en manos de un Estado totalitario, el "deber" de castigar efectivamente determinados actos no puede desplazar los derechos fundamentales, o derechos "como cartas de triunfo" en la terminología de DWORKIN, que todo ciudadano tiene.

Tampoco es claro que exista una obligación internacional de castigar ciertos actos, y que queden automáticamente vedadas otras formas de resolver los conflictos penales, bajo el derecho

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

internacional. Como ha señalado GARGARELLA,[5] algunos jueces han leído en el articulado de los instrumentos internacionales aplicables lo que ellos han querido leer, haciendo uso de considerables licencias lingüísticas. Un ejemplo de ello (aunque se podría decir que se trata de un fenómeno generalizado) es el razonamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Gelman". En dicha oportunidad la Corte dijo que los Estados tienen la obligación de "sancionar" a los responsables de cometer crímenes graves. Dicho deber se desprendería, según aclara, de "la obligación de garantía consagrada en el art. I.1. de la Convención Americana" ("Gelman", párr. 189), que obliga a los Estados a 'prevenir, investigar y sancionar toda violación a los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos ("Gelman", párr. 190). Sin embargo, al leer el art. I.1. de la Convención nos encontramos con lo siguiente: "*Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*". Resulta cuando menos llamativo el razonamiento de la Corte, que de un texto que habla sobre garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de todas las personas sin discriminación alguna, deriva sin más una inapelable obligación de sancionar penalmente las violaciones de derechos humanos.

Por otro lado, aun si existiera dicha obligación sancionatoria bajo el derecho internacional, esta no podría implementarse de una manera que viole el principio de legalidad, el cual es, por definición, de aplicación universal. Si se consagraran dos regímenes distintos de garantías, uno para los delitos comunes y otro para los delitos de lesa humanidad, se cometería una flagrante violación al principio de igualdad consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional. Además, una interpretación de los instrumentos internacionales de jerarquía constitucional que "desplace" a los derechos y garantías consagrados en la primera parte de la Constitución sería también violatoria del artículo 75 inc. 22 de la Constitución, en cuanto dispone: "*La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención*

[5] GARGARELLA, *Castigar al prójimo: por una refundación democrática del derecho penal,* Buenos Aires, Siglo XXI, 2016, p. 111.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos" (el resaltado me pertenece).

Tampoco resultan sólidas —o, al menos, lo suficientemente sólidas como para justificar una modificación del régimen de garantías penales— las evocaciones al siempre difuso e impreciso derecho consuetudinario internacional o derecho de gentes, ni las consideraciones relativas a la especial gravedad de los delitos de lesa humanidad, que justificarían un tratamiento distinto para reparar el sufrimiento de las víctimas. Nadie en su sano juicio pretendería negar el carácter abominable de los actos que constituyen delitos de esta índole, pero también resultan horrorosos el crimen del femicida o del violador serial, y sin embargo en estos últimos casos, como en otros de igual gravedad, las garantías penales no se administran desigualmente en virtud de la condición moral del enjuiciado.

Al leer este tipo de argumentos de manera conjunta con el trabajo de ROSLER, el lector advierte con facilidad el carácter punitivista de aquellos y su alejamiento de los preceptos básicos del garantismo. El artículo cumple así su cometido de que "ojalá que esta narrativa histórico-conceptual nos ayude a dar un paso en la dirección correcta y que los penalistas vuelvan a ser cuanto antes lo que alguna vez fueron, sabuesos entrenados para detectar garantías penales insatisfechas, antes que portadores de la conciencia punitiva del pueblo".[6]

IV. Una cuestión de interpretación

Ahora bien, del análisis de ROSLER se desprende que no existe punto medio entre las escuelas punitivista y garantista: es decir, los jueces o bien pueden aplicar el derecho de modo tal que se respeten las garantías penales, o bien dejarse llevar por consideraciones punitivistas y fallar en forma violatoria de las garantías y, por ende, del derecho vigente. Según esta mirada, el contenido y alcance de las normas aplicables a un caso concreto es lo suficientemente claro como para no

[6] *Supra* nota 1, p. 98.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

admitir divergencias en cuanto a su interpretación: el derecho prescribe que el caso se resuelva de manera x; por ende, si los jueces —por razones morales, prudenciales o lo que fuera— fallan -x, deberían sincerarse y admitir que no están aplicando el derecho vigente.

Sospecho que esta visión tiende a simplificar la cuestión, y que parte de presupuestos refutables en relación con la naturaleza de la interpretación y aplicación del derecho. Concretamente, creo que el análisis de ROSLER no contempla la posibilidad de que, en el marco de un debate serio en el seno de la sociedad, podamos disentir honestamente acerca del contenido del derecho. Paso ahora a desarrollar el eje de mi desacuerdo con el autor referido.

La textura abierta del lenguaje no es a esta altura, para quienes se dedican al estudio del derecho, ninguna novedad. Según un texto clásico, "es corriente presuponer que los criterios que presiden el uso de las palabras que empleamos para hablar acerca de la realidad están totalmente determinados. Pero eso no es más que una ilusión".[7]

Las divergencias que se dan a raíz de dicha característica del lenguaje en el ámbito de la aplicación del derecho son especialmente profundas, precisamente por lo que está en juego a la hora de darle mayor precisión al significado de las palabras. Es común que dos personas estén de acuerdo con respecto a qué norma debe regir la resolución de un caso concreto, y que sin embargo las soluciones que cada una propone para resolver el caso sean diametralmente opuestas.

No es casual que el tema de mayor desarrollo en el derecho constitucional norteamericano sea la interpretación constitucional, eje de innumerables disensos entre los jueces de la Corte Suprema de Estados Unidos. Quizás el legado más perdurable de Antonin SCALIA sea su defensa del originalismo, así como el de Earl WARREN es su lectura progresiva de la Constitución.[8]

Sobre la textura abierta del lenguaje constitucional, Richard POSNER dice: "[m]uchas cláusulas de la Constitución, sin embargo, son redactadas en términos genéricos. Ello crea flexibilidad ante la posibilidad de cambios inesperados, pero también crea la posibilidad de interpretaciones alternativas, y esta posibilidad es embarazosa para una teoría de la legitimidad judicial que niega

[7] CARRIÓ, *Notas sobre Derecho y Lenguaje,* Buenos Aires, Lexis Nexis: Abeledo Perrot, 2006, p. 35.
[8] La obra de Philipp BOBBITT, *Constitutional Fate: Theory of the Constitution* (Oxford University Press), sistematiza de forma exhaustiva las distintas "modalidades" utilizadas por los jueces norteamericanos para interpretar y aplicar el derecho.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que los jueces tengan algún derecho de ejercer su discreción. Una elección entre interpretaciones de un texto semánticamente plausibles, en circunstancias remotas a aquellas contempladas por sus redactores, requiere el ejercicio de discreción y una evaluación de las consecuencias. [...] El principio más amplio, que se aplica tanto a la Constitución como a la palabra hablada, es que si una posible interpretación de un enunciado ambiguo generaría resultados terribles o absurdos, existe una buena razón para rechazarla".[9] Asimismo, señala que la corrección de leer la Constitución de manera extensiva o estrecha no surge del mismo texto de esta, sino que se trata de una decisión del intérprete motivada por su propio entendimiento acerca del rol de los jueces en una democracia, la competencia de la legislatura, etc.

POSNER ilustra su punto con el siguiente ejemplo. La Sexta Enmienda prevé que "*En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho [...] de contar con la ayuda de un abogado que lo defienda*" ("*in all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right... to have the Assistance of Counsel for his defense*").[10] Leída estrechamente, esta cláusula tan solo quiere decir que al imputado no se le puede prohibir que se asesore por un abogado. Leída extensivamente, en cambio, la Enmienda exige al Estado que garantice a quien no tiene medios económicos una efectiva asistencia letrada. Ambas lecturas son compatibles con el texto de la Enmienda. POSNER señala que la lectura estrecha captura con mayor precisión la intención de los redactores, dado que en aquella época la mayoría de los imputados afrontaban los juicios sin un abogado, ya que los procesos eran relativamente simples, y que el objeto de la Enmienda era deshacerse de una vieja cláusula del derecho inglés que prohibía al imputado ser asistido por un letrado. Hoy la situación es muy distinta, teniendo en cuenta la complejidad de los procesos judiciales y la seria desventaja a la que se vería sometido un imputado si no se le garantizare la defensa técnica en el juicio. En cualquier caso, la decisión judicial de leer la cláusula en el sentido y con la extensión que quisieron darle sus redactores, o de leerla de un modo actualizado para que resulte más armónica con la evolución del ordenamiento jurídico en su totalidad, debe ser fundamentada por el juez a través de un trabajo argumental que excede las palabras de la Constitución.

---

[9] POSNER, "What Am I? A Potted Plant?", disponible en http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/interp.html [enlace verificado el 1.º de mayo de 2018] (la traducción me pertenece).

[10] Traducción extraída de https://www.constitutionfacts.com/content/constitution/files/usconstitution_spanish.pdf [enlace verificado el 1.º de mayo de 2018], sitio website de Oak Hill Publishing Company, principal editora de la Constitución de Estados Unidos.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

El ejemplo de la Sexta Enmienda sirve para ilustrar el común escenario que se da cuando el texto de una norma se presta para diversas interpretaciones y personas razonables disienten acerca de su significado. Estamos aquí ante la presencia de un "desacuerdo razonable", expresión que no es tautológica ya que el calificativo de "razonable" sirve para ilustrar que las posturas en conflicto son compatibles semánticamente con el texto de la norma y están apoyadas sobre argumentos que, al menos, merecen ser tenidos en cuenta y rebatidos. Anticipando una posible objeción, debo aclarar que las consideraciones anteriores no son exclusivas del sistema jurídico norteamericano y que todo lo dicho con respecto a las dificultades interpretativas que plantea la Sexta Enmienda —o la Primera, o la Segunda, etc.— son extensibles a nuestro propio ordenamiento. Sustitúyase "Sexta Enmienda" por "artículo 2 del Código Penal argentino" y el análisis efectuado se mantiene inalterado.

V. Otra vez, el derecho y la moral

Demos ahora un paso más y asumamos que la encrucijada descripta en el ejemplo anterior plantea un problema moral: la respuesta moralmente correcta sería brindar al indigente la posibilidad de exigir al Estado que le brinde un abogado gratuito, pero la ley no es clara al respecto.

Podríamos entonces preguntarnos: ¿es la moral relevante para fijar el contenido de lo que el derecho exige en un caso concreto? Ronald DWORKIN sostiene que históricamente se han dado dos respuestas: el positivismo legal y el interpretativismo. "El positivismo declara la independencia absoluta de los dos sistemas. Lo que el derecho es depende únicamente de sucesos históricos: depende, últimamente, de lo que la comunidad en cuestión, como un asunto de costumbre y práctica, acepta como derecho. Si una ley injusta cumple con el test aceptado por la comunidad para que haya derecho —si fue adoptado por una legislatura y todos los jueces están de acuerdo en que la legislatura es el soberano creador de leyes— entonces la ley injusta realmente es el derecho. El interpretativismo, por otro lado, niega que el derecho y la moral sean sistemas completamente independientes. Sostiene en cambio que el derecho incluye no solo las reglas específicas dictadas de conformidad con las prácticas aceptadas por la comunidad, sino también los principios que proveen la mejor justificación moral para esas reglas dictadas. El derecho entonces

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

incluye también las reglas que se derivan de los principios justificantes, aunque estas nunca hayan sido formalmente dictadas".[11]

El problema fatal del cuadro de los dos sistemas separados, continúa el análisis de DWORKIN, es que "una vez que tomamos al derecho y a la moral como sistemas de normas autónomos, no existe un punto neutral desde el cual se puedan determinar las conexiones entre los dos sistemas supuestamente separados. ¿A dónde debemos recurrir para responder la pregunta acerca de si el positivismo o el interpretativismo es mejor posición respecto de cómo se relacionan los dos sistemas? ¿Es esta una pregunta moral o jurídica? Ambas opciones conllevan un argumento circular y de un radio demasiado estrecho".[12]

Si decidimos tratar la pregunta como una cuestión jurídica debemos consultar el material jurídico: constituciones, leyes, fallos judiciales, costumbre, etc. Pero luego debemos analizar cuál es la relación correcta entre derecho y moral que se desprende de la lectura de todo ese material, y no podemos responder esa pregunta sin contar con una teoría sobre cómo leer material jurídico. Asimismo, no podemos tener una teoría sobre cómo leer material jurídico sin antes haber ya decidido qué rol cumple la moral en la fijación del contenido del derecho. En este sentido DWORKIN dice: "[c]uando nos preguntamos si el material jurídico demuestra o niega una conexión entre el derecho y la moral, ¿suponemos que el material incluye no solo las normas dictadas de conformidad con la práctica convencional, sino también los principios necesarios para justificar dichas normas? Si no incluimos los principios justificantes, hemos construido al positivismo desde el comienzo y no deberíamos sorprendernos cuando aparece al final. Pero si los incluimos, hemos construido el interpretativismo".[13]

Por otra parte, si tratamos la pregunta como una pregunta moral, también nos encontraremos con argumentos circulares: si el derecho y la moral son dos sistemas separados, decir que la mejor teoría acerca de qué es el derecho depende de cuestiones morales implica que ya hemos tomado partido desde el comienzo en contra del positivismo. Si, opuestamente, decimos que no existe tal relación, ya hemos decidido la corrección del positivismo desde el principio.

[11] DWORKIN, *Justice for Hedgehogs,* Harvard University Press, 2011, pp. 401-2, la traducción me pertenece.
[12] *Supra* nota 11, p. 403.
[13] *Supra* nota 11, p. 403.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Ante esta encrucijada, DWORKIN señala que los positivistas sostuvieron que la forma correcta de resolver el problema era tratar la pregunta no como una cuestión jurídica o moral, sino conceptual. De este modo, a través de un análisis del concepto mismo de derecho se podría determinar su esencia sin asumir desde el comienzo posiciones jurídicas ni morales, y así llegar a la conclusión de que el derecho es una cosa y lo que el derecho debería ser es otra cosa distinta, por lo cual el derecho y la moral son conceptualmente independientes. Sin embargo, la única forma de resolver el problema de circularidad de la concepción de los dos sistemas separados a través de un análisis del concepto del derecho, es si tratamos dicho concepto como un concepto criterial (es decir, un concepto que compartimos cuando, y solo en la medida en que, utilizamos el mismo criterio para identificar un objeto). Ello no es posible, dado que no existe acuerdo entre abogados y jueces de las complejas comunidades modernas acerca de qué proposiciones de derecho son verdaderas. El concepto de derecho solo puede entonces ser entendido como un concepto interpretativo (entendido como un "concepto que compartimos cuando nuestro comportamiento colectivo al utilizar dicho concepto es mejor explicado asumiendo que su correcto uso depende de la mejor justificación del rol que cumple para nosotros"[14]). Por tanto, defender una visión particular de este concepto interpretativo solo puede significar defender una controvertida teoría sobre moral política. Como el concepto de derecho es un concepto interpretativo, el análisis debe comenzar identificando las prácticas políticas, comerciales y sociales en las cuales el concepto figura.[15]

Volviendo al supuesto: quienes defiendan una lectura originalista de la Sexta Enmienda, y por ende consideren que dicha norma se limita a garantizar al imputado un derecho negativo a no ser privado de la posibilidad de contratar a un abogado, deberán apoyar su postura argumentando las ventajas democráticas que conlleva priorizar la voluntad de los legisladores electos que redactaron la norma por sobre las consideraciones personales de un puñado de jueces encargados de aplicarla, o un argumento por el estilo. Quienes sostengan, por el contrario, que la lectura correcta es aquella que garantiza al imputado el derecho positivo de exigir al Estado que le provea un defensor gratuito, probablemente defiendan su visión argumentando que su respuesta refleja de manera más adecuada determinados principios morales implícitos en la Constitución. En cualquier caso, la discusión entre el originalista y el partidario de una interpretación dinámica de la Constitución incorporará inevitablemente concepciones en pugna acerca de cuál es la forma correcta de leer la

[14] *Supra* nota 11, p. 158.
[15] *Supra* nota 11, p. 404.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Constitución, las cuales no se desprenden del texto mismo de esta, sino que fluyen de determinadas posiciones políticas y morales.

Frente al panorama presentando, sospecho que ROSLER podría objetar que si bien existen normas cuyo lenguaje es ambiguo y por tanto su interpretación puede disparar algunos de los problemas que venimos describiendo, ello no ocurre en todos los casos, ya que hay otras normas cuya redacción es inequívoca y respecto de las cuales no hace falta ninguna interpretación (en sentido fuerte) por parte del juez al momento de aplicarlas. Esta respuesta presupondría una distinción entre la tarea de aplicar el derecho (actividad que tendría lugar cuando el juez resuelve el caso basándose en una norma clara) e interpretar el derecho (actividad que realizaría el juez cuando el lenguaje de la norma no es claro). Así, por ejemplo, a diferencia de lo que sucede con la Sexta Enmienda, si un juez tuviera que aplicar el artículo 2 del Código Penal (que reza: "*Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna. Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley. En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho*"), no debería interpretar nada, pues la norma es suficientemente clara y no admite mayores discrepancias. Los jueces que deban resolver un caso que involucre dicho artículo se enfrentarían entonces a dos posibilidades: aplicar la norma en cuestión y resolver el caso de conformidad al derecho vigente, o no aplicarlo y violar el derecho.

Entiendo, sin embargo, que DWORKIN tiene razón al decir que no existe un acuerdo generalizado entre jueces y abogados acerca de la verdad de determinadas proposiciones jurídicas, y que el contenido de las normas no es auto-evidente como sugiere ROSLER. Muestra de ello es la existencia misma de la disidencia del fallo "Muiña", es decir, la circunstancia de que dos de los cinco miembros de la Corte Suprema estuvieran en desacuerdo con la postura de la mayoría (asumimos, por supuesto, que los integrantes de la Corte son todos abogados calificados y expertos en materia jurídica). En el plano doctrinario, las diferencias de opinión son igualmente notorias: como ejemplos podemos nombrar, de un lado, al mismo ROSLER y su defensa del fallo "Muiña" realizada en una serie de artículos publicados en el blog "La Causa de Catón"; por el otro, el trabajo de Hernán GULLCO "Caso 'Muiña': Un breve comentario al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", publicado en el número 4 de esta revista, el cual argumenta que el fallo en cuestión contradice el derecho vigente. Sin perjuicio de que lo más probable es que el lector tome partido por uno de los "bandos" en la discusión (por ejemplo, que sea persuadido por la lectura que hace ROSLER del derecho vigente y no se conmueva con los argumentos de GULLCO en sentido opuesto), la seriedad de los argumentos expuestos por ambas partes debería ser un

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

indicador de que lo que está en discusión no es equiparable a, supongamos, establecer cuántos mundiales de futbol ganó Argentina. Mientras que la respuesta en uno de los casos no admite disidencia razonable (lamentablemente los argentinos sufrimos aquella final en el Maracaná), la cuestión planteada en el otro deja espacio para el desacuerdo y la argumentación.

Espero que el análisis desarrollado hasta aquí haya servido para demostrar que si bien la dicotomía garantismo/punitivismo desarrollada por ROSLER arroja luz sobre una tendencia preocupante en las decisiones de los tribunales penales locales, el cuadro de las dos escuelas antagónicas no sirve para explicar de manera exhaustiva algunas de estas decisiones. Es decir, entre la decisión garantista de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Muiña" y el claro punitivismo de argumentos como aquel según el cual la Argentina tiene un deber internacional de castigar efectivamente ciertos delitos que desplaza al principio de legalidad, existe un lugar para el desacuerdo respecto de cuál es la respuesta jurídicamente adecuada en un caso concreto, y no es posible resolver este desacuerdo afirmando, de antemano, que la norma aplicable tiene un significado incontestable que surge de su propio texto.

Me permito ilustrar esta "zona gris" remitiéndome al análisis que Roberto GARGARELLA efectuó del fallo en cuestión. GARGARELLA no criticó la resolución de la Corte apelando a argumentos punitivistas que prioricen el castigo del imputado por sobre sus derechos constitucionales, sino a través de un análisis, *niniano* en esencia, acerca de qué interpretación de la norma resultaba la más razonable. El eje de dicho planteo es que la lectura que la mayoría de la Corte realizó del artículo 2 del Código Penal tiene implicancias absurdas, que contradicen los principios republicanos sobre los cuales se apoya la Constitución. En palabras del autor: "[p]or un lado, está la cuestión de que el citado artículo del Código Penal considera también como 'ley más benigna' a las leyes vigentes en el 'tiempo intermedio', lo que genera la pregunta de si esta ley del '2 x 1', que nació después de que Muiña cometió sus crímenes, y murió antes de que él fuera detenido y condenado, califica como 'ley intermedia'. Para la Corte, a partir de una lectura —desde mi punto de vista— torpemente literalista, la respuesta es positiva, como lo es también para buena parte de la doctrina penal, que está metida en este embrollo del que no sabe cómo salir (a la doctrina tradicional le encantan esos embrollos verbales, porque lucra con sus argucias técnicas). En mi opinión, no es aceptable una lectura literal-boba como la que se propone, cuando el cómputo de la pena que se le hizo a Muiña tuvo lugar en un momento en que ya no regía dicha ley (la del '2 x 1'), siendo además que la prisión preventiva que él padeció no ocurrió antes o durante el tiempo en que dicha ley estuvo vigente (ello, más allá del hecho de que, en razón de las leyes de perdón vigentes durante el tiempo en que rigió la ley del '2 x 1', Muiña no pudo ser sometido en

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

esos años a un régimen de prisión preventiva como el que la ley 24.390 quiso reparar). Como sostuve en otro lugar la norma del Código Penal sobre ley más benigna se entiende cuando la invoca alguien que llevó adelante una conducta que en el momento en que la cometió era considerada como falta; y se entiende cuando alguien cometió una falta (considerada tal), relacionada con una conducta que luego la comunidad pasó a considerar irreprochable o perfectamente ajustada a derecho; como se entiende si alguien obtiene un beneficio sobre su detención o condena, que al poco de concedérsele se le anula (así, en el 'tiempo intermedio' al que refiere el Código). Todos esos casos, amparados por el art. 2 del Código, son perfectamente comprensibles y razonables en una sociedad decente, que quiere regirse por principios liberales en materia penal, y que quiere tratar a todos sus miembros como iguales. Pero resulta irrazonable e incomprensible que, en esa misma sociedad, alguien invoque una norma que no regía cuando cometió la falta; no regía cuando fue detenido; no regía cuando fue procesado; no regía cuando fue condenado; pero rigió en unos años en donde él nunca pudo re-orientar sus actos en razón de ella, ni nunca pudo tener la expectativa razonable de que se le aplicara. ¿Con qué cara esa persona podría mirarnos a los ojos y decirnos que lo estamos tratando injustamente, cuando él actuó en relación con otras normas, y fue detenido, procesado y condenado en tiempos en donde la norma que invoca ya no formaba parte del derecho, ni —en los hechos— pudo habérsele jamás aplicado?".[16]

El "test republicano" propuesto por GARGARELLA habría inclinado la decisión de la Corte en "Muiña" hacia la no aplicación de la ley del 2 x 1, y sin embargo difícilmente dicho argumento pueda ser considerado como punitivista, o violatorio del derecho vigente. No se vislumbran referencias a un supuesto deber irrenunciable de castigar, ni desplazamientos del principio de legalidad, ni imperativos categóricos de sancionar penalmente. Por el contrario, nos encontramos con un planteo que nos propone una lectura de la norma apoyada en criterios de justicia procedimental y valores comunitarios consistentes con el liberalismo político y el garantismo penal. Teniendo en mente argumentos de este tipo, las limitaciones explicativas de la dicotomía punitivismo/garantismo planteada por ROSLER se hacen evidentes —limitaciones que se desprenden de una determinada forma de pensar la interpretación del derecho en términos más generales—. Volviendo al caso del 2 x 1, si bien algunos de los argumentos en contra del fallo son claramente punitivistas, ello no implica que la *única* solución compatible con el garantismo es la

[16] GARGARELLA, "La Corte no lo hizo", en *Revista Anfibia*, disponible en http://www.revistaanfibia.com/ensayo/la-corte-no-lo-hizo/ [enlace verificado el 1.º de mayo de 2018].

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que adoptó la Corte (piénsese en la solución propuesta por GARGARELLA). Para concluir, creo que el análisis conceptual-histórico efectuado por ROSLER seguramente servirá para que los penalistas vuelvan a ser sabuesos entrenados para detectar garantías penales insatisfechas en lugar de portadores de la conciencia punitiva del pueblo. Entiendo, sin embargo, que el entrenamiento olfativo debería incluir la advertencia de que no todas las decisiones judiciales en las que esté en juego interpretar una norma de un modo que beneficie o que perjudique al imputado representan un conflicto de suma cero entre el garantismo y el punitivismo.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/