

EN LETRA: DERECHO PENAL  
Año IV, número 6, pp. 344-363

## HAY DOS SIN TRES: UNA VEZ MÁS HACIA LA BRECHA DE LESA HUMANIDAD

Prof. Dr. Andrés ROSLER\*

---

Fecha de recepción: 15 de mayo de 2018

Fecha de aprobación: 25 de mayo 2018

Debo comenzar agradeciéndole a Tomás FERNÁNDEZ FIKS por su amabilidad de haberse tomado el trabajo de replicar mi artículo sobre la antinomia garantismo vs. punitivismo, aplicada particularmente a los delitos de lesa humanidad, publicado en el número anterior de *En Letra: Derecho Penal*<sup>1</sup> (a partir de aquí “la Tostadora”).

Si las entendí correctamente, las tres primeras secciones de la réplica de FERNÁNDEZ FIKS son bastante elogiosas y es por eso que no me voy a detener en ellas. Además, FERNÁNDEZ FIKS parece compartir mi rechazo por el punitivismo en la medida en que sostiene que: “El artículo cumple [...] 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” (p. 333). O para decirlo de otra manera, puesto a elegir entre el garantismo y el punitivismo, FERNÁNDEZ FIKS se queda con el garantismo.

El punto de FERNÁNDEZ FIKS, sin embargo —después de todo, se trata de una réplica—, es que en lo que atañe a las concepciones acerca de los límites de la puesta en marcha del aparato punitivo del Estado, no hay dos (garantismo y punitivismo) sin tres (interpretativismo). En efecto, en las dos últimas secciones de la réplica (IV y V), FERNÁNDEZ FIKS sostiene que “el cuadro de las dos escuelas antagónicas”, es decir la dicotomía entre el garantismo y el punitivismo, exhibido en mi artículo “no sirve para explicar de manera exhaustiva” los desafíos que representan los delitos

---

\* Abogado (UBA). Máster en Ciencia Política (FLACSO). Doctor en Derecho (Oxford). Investigador del CONICET. Profesor de Filosofía del Derecho, Facultad de Filosofía y Letras (UBA). Contacto: [andres.rosler@gmail.com](mailto:andres.rosler@gmail.com).

<sup>1</sup> ROSLER, “Si Ud. quiere una garantía, compre una tostadora”, en *En Letra: Derecho Penal*, n.º 5, 2017, pp. 62-102.

de lesa humanidad (p. 340). La tesis entonces de la réplica es que no hay dos sino tres grandes escuelas de derecho penal en relación con la aplicación de garantías penales, o la falta de ella, por supuesto.<sup>2</sup> Es por eso que a continuación me voy a concentrar en las dos últimas secciones de la réplica.

Antes de entrar propiamente en materia, es digno de ser destacado que aunque la Tostadora tiene pretensiones histórico-conceptuales —bastante caseras por otro lado—, en la medida en que se remonta hasta el republicanismo clásico, pasando fundamentalmente por los siglos XIX y XX, la réplica de FERNÁNDEZ FIKS tiene aspiraciones filosóficas o ahistóricas por así decir, ya que se concentra en un par de autores del siglo XX. En otras palabras, lo que está en disputa no es solamente *qué* hacer con el punitivismo de lesa humanidad sino *cómo* tratarlo. Sin embargo, en mi réplica voy a aceptar el terreno de juego elegido por la réplica, que es esencialmente filosófico.

En rigor de verdad, tal vez debido a “mi alma profética” como dice HAMLET<sup>3</sup>, en la Tostadora yo había previsto la posibilidad de que alguien pudiera objetar que la dicotomía garantismo vs. punitivismo no es exhaustiva debido a que precisamente no considera al interpretativismo como una tercera posición genuina. Me permito citarme: “alguien podría [...] proponer una tercera posición que suele ser designada como interpretativismo [...]. Según esta tercera posición, sea que el derecho quede reducido a normas positivas o que consista en el razonamiento moral, en ambos casos es *siempre* un concepto interpretativo y por lo tanto solamente sabremos cuál es el derecho vigente precisamente merced a su exégesis”.<sup>4</sup>

Es por eso que resolví dedicar una sección de la Tostadora, la III (“Con ustedes, los intérpretes”), al interpretativismo. De ahí que llame la atención el hecho de que en su réplica FERNÁNDEZ FIKS no haga una sola mención a dicha sección, ni tampoco a la ley penal retroactiva (la 27.362), alias “ley de interpretación auténtica”, la cual lamentablemente no es un experimento

---

<sup>2</sup> En rigor de verdad, dado que según el interpretativismo al derecho hay que interpretarlo siempre, da la impresión de que para el interpretativismo el garantismo y el punitivismo no son sino espejismos que se disuelven una vez que hemos dado con la interpretación correcta. Sin embargo, en esta réplica voy a asumir que FERNÁNDEZ FIKS no es un interpretativista de paladar negro (de hecho, vamos a ver que hay varias razones para creer esto), sino que cree que hay tres posiciones en disputa y es por eso que dice que la dicotomía garantismo vs. punitivismo no es “exhaustiva” (p. 340).

<sup>3</sup> SHAKESPEARE, *Complete Works*, (ed. Jonathan BATE y Eric RASMUSSEN), Basingstoke, Macmillan, 2007, p. 1939.

<sup>4</sup> ROSLER, *supra* nota 1, pp. 94-95.

mental que yo utilizo en esa sección de la Tostadora con fines argumentativos, sino que, por increíble que parezca, está en vigencia en nuestro país merced a su sanción por parte del Congreso de la Nación como respuesta a un fallo de la Corte Suprema (“Muña”), como es de público conocimiento o debería serlo en todo caso.

Si FERNÁNDEZ FIKS entonces hubiera considerado en su réplica dicha sección de mi trabajo, habría visto que allí constan —al menos en general— las razones por las cuales el interpretativismo no puede ser la respuesta en relación con la dicotomía garantismo vs. positivismo.<sup>5</sup> Para decirlo en pocas palabras, la dificultad insalvable del interpretativismo es que termina “colapsando en una de las dos posiciones anteriores, sea el garantismo [...] o el punitivismo [...], antítesis que se suponía el interpretativismo venía a superar. Sea como fuere, salta a la vista entonces que por más interpretativistas que seamos, el desafío continúa siendo el de tomar partido entre el garantismo y el punitivismo”.<sup>6</sup>

Ruego entonces que quienes hayan leído la Tostadora y así y todo continúen con la lectura de esta dúplica, sepan disculpar las varias repeticiones que hallarán en este trabajo, ya que para responder adecuadamente a FERNÁNDEZ FIKS no me quedaba otra alternativa que insistir con algunas consideraciones que constan incluso literalmente en la Tostadora. Por otro lado, haré todo lo posible para, amén de repetirme, aprovechar la ocasión para decir algo nuevo, o al menos eso espero.

Pasemos entonces a examinar las dos secciones que forman el corazón de la réplica a la Tostadora. La primera es la IV (“Una cuestión de interpretación”) y la segunda es la V (“Otra vez, el derecho y la moral”).

---

<sup>5</sup> En realidad, tengo serias dudas de que el interpretativismo pueda ser una respuesta en general en relación con la filosofía del derecho en general, pero eso quedará para otra oportunidad. A este respecto, al lector le podría interesar un artículo sobre el interpretativismo que he enviado a la *Revista Jurídica de San Andrés* para que sea sometido a referato, titulado “Hermes o la continuación de Antígona por otros medios”.

<sup>6</sup> ROSLER, *supra* nota 1, p. 95.

## I. No sé si me interpreta

Me da la impresión de que la siguiente frase de FERNÁNDEZ FIKS encapsula una objeción que representa lo que para él es el defecto principal de la Tostadora, a saber: “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” (p. 334).<sup>7</sup> Sin embargo, FERNÁNDEZ FIKS oscila al especificar cuál es exactamente el problema que tiene la Tostadora con la determinación del contenido del derecho.

Por un lado, FERNÁNDEZ FIKS sostiene que “el contenido de las normas no es auto-evidente como sugiere ROSLER” (p. 339). Por el otro lado, FERNÁNDEZ FIKS sostiene 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” (p. 339). Como se puede apreciar, o bien FERNÁNDEZ FIKS se contradice en su descripción de lo que yo digo, o bien el que se contradice soy yo. Si entendiéramos lo que dice FERNÁNDEZ FIKS en su mejor luz, habría que concluir que asume que me contradigo (aunque por alguna razón no lo dice).

Ahora bien, no sin invocar la benevolencia de los lectores anticipada al comienzo, quisiera recordar que en la sección de la Tostadora pasada por alto por FERNÁNDEZ FIKS se puede leer que “No podemos confundir [...] la supuesta *desambiguación* del significado de un significante existente —a lo que se supone que apunta la así llamada ‘ley interpretativa auténtica’ en cuestión— con la creación de un nuevo significante. En todo caso, ¿cuál sería el significante viejo al cual la ley 27.362 viene a darle un significado nuevo? De ahí que la ley 27.362 es ‘auténtica’ ya que proviene del mismo autor que la ley 24.390, pero *no es en rigor una interpretación, sino una obra diferente y encima, lo que más nos preocupa, retroactiva y más gravosa en materia penal*”.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Esta frase de FERNÁNDEZ FIKS tiene cierto tono *waldrónico*. Por ejemplo: “somos ángeles con opiniones y sostenemos visiones conflictivas sobre lo que es correcto por las cuales estamos preparados a luchar” (WALDRON, *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 46; v. p. 90). Como veremos más abajo, si bien la letra de la réplica de FERNÁNDEZ FIKS es *dworkiniana*, su espíritu general es *waldrónico*.

<sup>8</sup> ROSLER, *supra* nota 1, p. 94, énfasis agregado.

Salta a la vista entonces que dado que me refiero explícitamente a la posibilidad de la *interpretación* de la ley en general y a la *desambiguación* en particular, es simplemente falso que yo no contemple “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”. Mi punto, entonces, es que hay que interpretar el derecho solamente cuando hace falta, esto es, cuando no lo entendemos, al menos si nos interesa respetar la autoridad del derecho. Por supuesto, quizás la interpretación sea la regla y la comprensión la excepción. Pero el solo reconocimiento de que a veces, aunque sea excepcionalmente, entendemos el derecho sin interpretarlo, es más que suficiente para no sucumbir al encanto del interpretativismo *dworkiniano*, para el cual la interpretación es inexorable en *todos* los casos, incluso si se tratara de la prohibición de cruzar un semáforo en rojo.<sup>9</sup> Tal como algunos sostienen en relación con Perón y al peronismo, el problema entonces no es la interpretación sino el interpretativismo.

Dicho sea de paso, así como no estoy seguro de qué es lo que FERNÁNDEZ FIKS piensa sobre mi posición en relación con la interpretación, yo mismo tampoco sé exactamente qué pensar sobre la posición de FERNÁNDEZ FIKS al respecto. En efecto, por momentos FERNÁNDEZ FIKS cree acercarse a DWORKIN sosteniendo que “DWORKIN tiene razón al decir que no existe un acuerdo generalizado entre jueces y abogados acerca de la verdad de *determinadas* proposiciones jurídicas” (p. 339, énfasis agregado). Sin embargo, si DWORKIN y FERNÁNDEZ FIKS realmente creyeran que el desacuerdo interpretativo solamente tiene lugar acerca de “la verdad de *determinadas* proposiciones jurídicas”, entonces no solamente estaríamos de acuerdo los tres, sino que su interpretativismo se desvanecería en el aire ya que, insisto, para el interpretativismo *dworkiniano* el derecho tiene que ser interpretado *siempre*. Por suerte, en otro lugar FERNÁNDEZ FIKS se corrige a sí mismo al sostener *more dworkiniano* que “no existe acuerdo entre abogados y jueces de las complejas comunidades modernas acerca de qué proposiciones de derecho son verdaderas” (p. 338).

---

<sup>9</sup> “Así como los críticos literarios necesitan una teoría operativa, o al menos un estilo de interpretación, para construir [construct] el poema detrás del texto, los jueces necesitan algo así como una teoría de la legislación para hacer esto con las leyes. Esto puede parecer evidente cuando las palabras en la ley sufren de un defecto semántico; cuando son ambiguas o vagas, por ejemplo. Pero también es necesaria una teoría de la legislación *cuando estas palabras son impecables desde el punto de vista lingüístico*” (DWORKIN, *Law’s Empire*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1986, p. 17, énfasis agregado).

Si interpretáramos a FERNÁNDEZ FIKS en su mejor luz nuevamente, su punto podría ser que si bien no hay razones para dudar de que a veces es suficiente comprender el derecho sin tener que interpretarlo, no es lo que sucede, v.g., en relación con el derecho aplicable al caso “Muiña”. Sin embargo, si esta fuera la posición de FERNÁNDEZ FIKS no quedaría claro para qué recurre a DWORKIN. De hecho, como veremos más abajo, hay razones para creer que si bien DWORKIN aparece en la fachada, en realidad por dentro el edificio de FERNÁNDEZ FIKS es esencialmente *waldroniano*.

Asumamos entonces, al menos por ahora, que FERNÁNDEZ FIKS no es *dworkiniano*, o que su *dworkinianismo*, por así decir, es restrictivo o condicional, aunque no estoy seguro de cuáles son las condiciones que lo vuelven operativo. En todo caso, este parece ser el espíritu general de la sección IV de la réplica, la cual gira alrededor de una cita de POSNER sobre la Sexta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos y su supuesta relevancia para la aplicación —o la falta de ella mejor dicho— del artículo 2 del Código Penal a delitos de lesa humanidad, todo en aras de mostrar que el interpretativismo es una tercera opción entre el garantismo y el punitivismo. Según FERNÁNDEZ FIKS, “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. [...] *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” (p. 336, énfasis agregado).

Sin embargo, es evidente que este argumento adolece de varias falencias. En primer lugar, el comienzo mismo de la cita de POSNER en lugar de ser una réplica en realidad confirma mi posición: “*Muchas* cláusulas de la Constitución [...] son redactadas en términos genéricos” (p. 334). Es bastante claro que POSNER entonces no suscribe el interpretativismo de DWORKIN, sino que sostiene que *muchas* cláusulas de la Constitución requieren interpretación, no *todas*. En otras palabras, POSNER en el fondo suscribe la misma posición que FERNÁNDEZ FIKS me atribuye, lo cual se supone fue lo que motivó a FERNÁNDEZ FIKS a escribir esta réplica: “el contenido y el alcance de las normas aplicables *a un caso concreto* es lo suficiente claro como para no admitir divergencias en cuanto a su interpretación” (pp. 333-4, énfasis agregado). *Mutatis mutandis*, la cuestión sigue siendo entonces si el artículo 2 del Código Penal requiere interpretación y, en tal caso, cuál es la interpretación apropiada.

En segundo lugar, dado que según FERNÁNDEZ FIKS podemos sustituir la Sexta Enmienda por el artículo 2 del Código Penal y el mismo FERNÁNDEZ FIKS había anticipado la objeción (“Anticipando una posible objeción”), es una gran pena que no lo haya hecho, es decir, que no se haya tomado el trabajo de indicar las dudas que existen acerca del contenido del artículo 2 del Código Penal, cuyo texto vale la pena recordar: “*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*” (énfasis agregado, por supuesto). En todo caso, el “Sustitúyase” de FERNÁNDEZ FIKS, como todo imperativo, no es una descripción de la realidad, sino que es una expresión de un deseo. Sin duda, un imperativo puede ser un deseo con autoridad, pero no parece ser apropiado invocar la autoridad o dar una orden en ocasión de una discusión sobre argumentos. En otras palabras, FERNÁNDEZ FIKS debería haber mostrado la relevancia de la sustitución antes que estipularla.

En tercer lugar, es probable que el paso del tiempo se convierta en una dificultad para poder conocer el significado de una norma. Sin embargo, cabe recordar que la Sexta Enmienda es de 1791 y el Código Penal es de 1921, por lo cual el segundo no tiene por qué ser tan difícil de comprender como la Sexta Enmienda de 1791. Tampoco debemos olvidar que el artículo 2 del Código Penal está en juego a su vez debido a la así llamada ley del 2 x 1 (la 24.390), sancionada en 1994. Siguiendo entonces con la tesis según la cual la proximidad en el tiempo de un significado es directamente proporcional a las probabilidades que tenemos de comprenderlo o interpretarlo, FERNÁNDEZ FIKS debió haber optado entonces por concentrarse en el artículo 2 del CP (1921) y la ley del 2 x 1 (1994), para no decir nada de la ley penal retroactiva (que es de 2017), antes que por la Sexta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos de 1791.

Hablando de la Constitución, en cuarto lugar, debemos mantenernos alerta para no caer en una posible confusión provocada por el hecho de que el fallo Muiña haya llegado hasta la Corte Suprema. En efecto, la Corte Suprema es una institución que atiende diferentes ventanillas, que, en aras de la simplicidad, voy a agrupar en dos grandes clases solamente. La Corte puede entender en una causa en su carácter de (a) portadora del *shibboleth* constitucional y (b) como tribunal de última instancia de cierta competencia —penal a nuestros efectos—. Por supuesto, en cierto sentido la Constitución es como el sol, ya que aunque no la veamos siempre está detrás de los fallos judiciales. Sin embargo, mientras que los casos constitucionales suelen ser de naturaleza

política y por lo tanto esencialmente polémicos, los casos que podríamos llamar jurisdiccionales o de derecho común son básicamente “jurídicos”, ya que, por ejemplo, tratan cuestiones de derecho penal cuya conflictividad suele ser mucho más acotada.<sup>10</sup>

Por supuesto, no estoy diciendo que sea imposible encontrar casos constitucionales que sean relativamente simples o casos de derecho penal bastante polémicos. Mi punto es que la regla y la excepción están repartidas de modo inverso en ambos casos y, sobre todo, mi punto es que no debemos confundir un caso en el cual están en juego derechos individuales básicos como las garantías penales, con casos en los cuales la decisión debe ser eminentemente política. Por supuesto, un caso que involucra derechos individuales se podría politizar —y no en el buen sentido de la palabra— por sus repercusiones antes que por su contenido, pero así y todo se supone que nadie —ni siquiera el pueblo— puede violar derechos individuales básicos, tales como las garantías penales.

Hablando de desacuerdos constitucionales, tal como habíamos anticipado, si bien la letra de la réplica de FERNÁNDEZ FIKS es claramente *dworkiniana*, sobre todo a juzgar por sus citas y los títulos de las secciones IV y V, da la impresión de que su espíritu es *waldroniano*. En efecto, se puede escuchar en la réplica un bajo continuo *waldroniano* —a pesar de que WALDRON no es siquiera mencionado en la réplica— que por momentos emerge claramente a la superficie, como por ejemplo cuando FERNÁNDEZ FIKS sostiene que “existe un lugar para el desacuerdo respecto de cuál es la respuesta jurídicamente adecuada en un caso concreto” (p. 340).

Si bien no hay nada de malo en sí mismo en combinar la letra de DWORKIN con el espíritu de WALDRON, no podemos olvidar que existe una diferencia fundamental entre DWORKIN y WALDRON —después de todo el primero es anti-positivista y el segundo positivista—. En efecto, el primero, si bien cree que la conexión entre derecho y política es necesaria, también cree que existe una respuesta jurídica *correcta* —incluso en cuestiones constitucionales— con independencia del sistema normativo y por eso es anti-positivista precisamente. El segundo, en cambio, aunque cree que el derecho también está conectado con la política o mejor dicho con las “circunstancias políticas”, sostiene además que lo que importa en derecho no es tanto la corrección

---

<sup>10</sup> SCHMITT solía hacer hincapié en la diferencia que existe entre el razonamiento judicial y el constitucional. Ver ROSLER, “El constitucionalismo político de Carl Schmitt”, en AA.VV., *Cuadernos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Hydra, 2011, pp. 45-51.

de la decisión sino dar con un *procedimiento* que facilite la acción colectiva, lo cual exige que tomemos la palabra de alguien *como si fuera* la correcta. En las propias palabras de WALDRON, “*no se puede determinar nada por medio de una decisión social, política o legal cuando insistimos en que un conflicto esté gobernado por la respuesta correcta a una cuestión*”.<sup>11</sup> De ahí que la combinación entre DWORKIN y WALDRON sea bastante inestable.

Hablando de la respuesta correcta, tal como consta otra vez en la sección de la Tostadora omitida por FERNÁNDEZ FIKS, quienes se sienten cerca del *dworkinianismo* y lo invocan en contra del fallo Muiña, deberían tener especialmente en cuenta que para DWORKIN la interpretación jurídica correcta es siempre la liberal. Me permito citarme nuevamente: “si por alguna razón fuéramos dworkinianos, tendríamos que conceder que el interpretativismo tomaría partido por el garantismo, ya que es este último, merced a su naturaleza liberal, el que muestra al derecho en su mejor luz, tal como reza el credo dworkiniano. Habría que recordar, además, que según DWORKIN las garantías penales liberales consagran una asimetría normativa —o unilateralismo— entre aquellos contra quienes se pone en marcha el aparato punitivo del Estado y este último, a favor de los primeros: el acusado en un caso criminal tiene derecho a una decisión en su favor si es inocente, pero el Estado no tiene un derecho paralelo a una condena si es culpable”.<sup>12</sup>

Otro problema de la réplica es la manera en que FERNÁNDEZ FIKS trata la idea de “desacuerdo”. Por ejemplo, toma la existencia de una disidencia en un fallo de la Corte como evidencia de que la Tostadora está en dificultades. Sin embargo, que exista una disidencia es precisamente un hecho; no demuestra la existencia de un desacuerdo genuino con argumentos atendibles de ambas partes o que el interpretativismo tenga razón. De hecho, recordemos que el propio FERNÁNDEZ FIKS habla de “*admitir* divergencias en cuanto a su interpretación [del derecho]” (pp. 333-4, énfasis agregado), esto es, utiliza terminología normativa en relación al desacuerdo.

---

<sup>11</sup> WALDRON, “Legal and Political Philosophy”, en COLEMAN/SHAPIRO/EINAR HIMMA (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 377. Es por eso que WALDRON insta a quienes les interesa la filosofía política y del derecho a pasar más tiempo en compañía de HOBBS o KANT, esto es, “filósofos que hicieron de la existencia del desacuerdo entre individuos sobre derechos y justicia algo fundamental para los problemas que sus teorías de la autoridad, procedimiento y obligación política estaban destinadas a resolver” (WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 3-4).

<sup>12</sup> ROSLER, *supra* nota 1, p. 95, con cita de DWORKIN, *supra* nota 9, p. 52 y pp. 142-143; y DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Avon, Duckworth, 1978, p. 100.

Alguien puede entrar a lugares en los que tiene la admisión prohibida, pero no por eso tenía derecho a hacerlo, precisamente.

Además, no pocos mencionaron el resultado de la votación en Muiña para utilizarlo en contra de su corrección, como si una votación 5 a 0 hubiera sido preferible. Sin embargo, en primer lugar, eso supone que la votación era sobre una cuestión constitucional o política como la hemos designado más arriba antes que sobre un caso penal en sentido estricto, y en segundo lugar una decisión no es correcta porque obtuvo muchos votos, sino que su corrección depende siempre de sus argumentos. Por supuesto, la decisión es jurídicamente válida por los votos que obtuvo, pero eso es una precisión por así decir “positivista” antes que “interpretativista”, ya que el interpretativismo, recordemos, se preocupa fundamentalmente por la decisión correcta. Nótese que insistir con la existencia de un desacuerdo genuino debido a que los participantes son razonables y honestos es una falacia, ya que hasta los participantes razonables y honestos pueden tener razón o equivocarse, todo dependerá de sus argumentos.<sup>13</sup> Por lo demás, si el punto de FERNÁNDEZ FIKS fuera que la existencia de un desacuerdo razonable muestra que no existe una respuesta correcta sobre el fallo “Muiña”, entonces tanto la Tostadora cuanto la réplica y esta réplica no tendrían mayor sentido.

FERNÁNDEZ FIKS sí tiene mucha razón al sostener que la “zona gris” del desacuerdo (p. 340) es el hábitat natural del interpretativismo. Sin embargo, lo que resulta muy difícil de entender es cómo la zona gris y la consiguiente interpretación constituyen una tercera posición entre el garantismo y el punitivismo. En efecto, si se mantiene la zona gris, no hay una tercera posición, a menos que designemos como tercera posición el gris del desacuerdo y por lo tanto la falta de resolución del caso (blanco o negro, suponemos). Y si no se mantiene la zona gris es porque mediante la interpretación hemos llegado a la conclusión de que vamos a respetar (o no) la garantía. Si la vamos a respetar, somos garantistas. Si no la vamos a respetar, incurriremos en la posición contraria, a saber “punitivismo”.

Nótese que incluso asumiendo que el punitivismo fuera la opción correcta, eso también sería letal para el interpretativismo, ya que a este respecto el garantismo y el punitivismo unen sus

---

<sup>13</sup> Por supuesto, un argumento razonable, salvo excepciones verdaderamente milagrosas, depende *genéticamente* de la razonabilidad de la persona que lo esgrime, o en todo caso del autor del argumento. Pero hasta el autor del argumento, al menos si se trata de un autor razonable, estará de acuerdo que la razonabilidad de un argumento además debe constar en el argumento en sí mismo.

fuerzas para sostener que no hay una tercera alternativa: dado que el interpretativismo, una vez que se saca la duda, colapsa en el reconocimiento o la violación de la garantía, la distinción entre garantismo y punitivismo está al borde de la tautología ya que es muy parecida a la distinción que existe entre aquellos que conocen al Gallo Claudio y aquellos que no lo conocen. Salta a la vista que la interpretación no es una tercera posición, sino un *método* que nos permite determinar si vamos a respetar o no las garantías penales.

En realidad, llama la atención que utilicemos al "punitivismo" como etiqueta penal ya que todo derecho penal es punitivista, en el sentido de que aplica un castigo. La cuestión es si el castigo en cuestión está sujeto a límites o condiciones, o no. En el primer caso el punitivismo será moderado (o condicional, lo cual suele ser entendido como "garantismo") o bien será extremo (o incondicional, lo cual suele ser entendido como "punitivismo" a secas). Por supuesto, el "punitivismo" a secas suele gozar de muy mala prensa y por eso algunos querrán evitar la etiqueta e invocar al "interpretativismo" como si eso preservara su neutralidad o su carácter de tercera posición. Pero, parafraseando a Julieta, una rosa, bajo cualquier otro nombre, sigue siendo una rosa, aunque tuviéramos que interpretarla para darnos cuenta de que lo es.<sup>14</sup>

Por si todavía hubiera dudas, pensemos en la comparación entre el derecho y el arte, y supongamos que existieran dudas acerca del significado de un cuadro o de la autoría de dicho cuadro. Sea para determinar el significado o la autoría del cuadro, es indispensable interpretarlo. Sin embargo, nadie cree que el interpretativismo es una alternativa más entre los significados o los autores, sino aquello que nos permite determinar cuál de todas las alternativas es.

O supongamos que desafortunadamente tenemos que ir al baño en un restaurante de Palermo. En dicho caso, es obvio que si deseamos respetar la convención de ir al baño que nos corresponde, debemos interpretar el jeroglífico que se suele encontrar en la puerta del baño, el cual se supone que representa cuál es el baño en cuestión. Es obvio que la interpretación nos permite conocer cuál es el baño en cuestión pero no es un baño en sí mismo, tal como lo podría comprobar cualquiera que deseara ir al baño en el interpretativismo.<sup>15</sup> De ahí que, otra vez,

---

<sup>14</sup> Véase SHAKESPEARE, *supra* nota 3, p. 1697.

<sup>15</sup> Si alguien objetara que para la hermenéutica en general y la gadameriana en particular, citada de hecho por DWORKIN en *Law's Empire*, la interpretación no es un método sino que es la verdad misma, una forma de vida, así y todo esta objeción no podría llevarnos muy lejos ya que la situación continuaría siendo la misma: la

incluso asumiendo que el punitivismo de lesa humanidad fuera preferible al garantismo, no por eso el interpretativismo es una tercera opción, sino que es una de las dos, aunque disfrazada bajo otro nombre.

## II. ¿Moral o derecho?

El interpretativismo sostiene no solamente que el derecho es “una cuestión de interpretación” *siempre*, sino que además existe una respuesta correcta, la cual muestra al derecho en su mejor luz. Este parece ser el punto de la sección V de la réplica, la cual gira alrededor de la moralización del derecho (“Otra vez, moral y derecho”).

En esta sección FERNÁNDEZ FIKS invoca a DWORKIN para indicar la existencia de una conexión necesaria entre el derecho y la moral. Nótese que la conexión interpretativista no debe provenir de una invitación del derecho, lo cual puede ser fácilmente explicable por cualquier positivista con tan solamente indicar el contenido de no pocas normas jurídicas, sino que la moral se debe colar a la fiesta del derecho a pesar de que el positivismo hubiera blindado las puertas, sellado las ventanas, etc.

Ahora bien, aunque en la sección IV FERNÁNDEZ FIKS en realidad se sentía más cerca de POSNER, para quien, tal como hemos visto, hay que interpretar el derecho a veces, no siempre, en la sección V FERNÁNDEZ FIKS sostiene que “El concepto de derecho solo puede [...] ser entendido como un concepto interpretativo” (p. 338), y abraza de este modo la causa interpretativista sin restricciones. Otra vez, visto en su mejor luz, el interpretativismo de FERNÁNDEZ FIKS parece ser selectivo o sectorial, para ser más precisos.

Sea como fuera, FERNÁNDEZ FIKS no da argumentos capaces de mostrar la superioridad del interpretativismo, a tal punto que así como en la sección anterior hemos visto que utiliza un imperativo para exigir a sus lectores que sustituyan el dudoso ejemplo constitucional que él menciona por el artículo 2 del Código Penal, ahora pide la complicidad del lector para que la moralización del derecho que él pretende tenga éxito: “*asumamos* que la encrucijada [...] plantea un problema moral” (p. 336, énfasis agregado); “*si* tratamos la pregunta como una pregunta moral” (p. 337, énfasis agregado). Hay un viejo refrán *yiddish* que reza: “si mi abuela hubiera

---

interpretación no sería un método pero así y todo es lo que nos permite establecer cuál es la verdad, o en todo caso no sería una tercera posición sino la única manera de establecer la verdad.

tenido testículos, habría sido mi abuelo”. Quizás hoy suene un poco desactualizado, pero el punto es el mismo. Dado que FERNÁNDEZ FIKS en esta sección está tratando de defender la moralización del derecho, no puede darse el lujo de ubicarla precisamente como condición de aquello que él está tratando de defender.

Es una obvia petición de principios que quizás se deba a que hoy en día la popularidad de la obra de DWORKIN es tal que se la puede citar como si fuera la Biblia, como si viviéramos bajo la égida del *Digesto* de Justiniano y la obra de DWORKIN se hubiera convertido en parte del derecho vigente —incluso del derecho penal—, o como si el derecho vigente hubiera sido reemplazado por la filosofía del derecho.<sup>16</sup> En efecto, no pocos hablan de la “mejor luz”, por ejemplo, en la cual debemos leer, por ejemplo, el artículo 2 del Código Penal, como si la luz fuera parte de dicho código. Es hora entonces de recordar que, como muy bien decía HOBBS, “las doctrinas pueden ser verdaderas, pero la autoridad, no la verdad, hace la ley”.<sup>17</sup>

La moralización del derecho vigente es especialmente preocupante ya que incluso la reacción por parte de los propios juristas frente al fallo Muiña ha sido fundamentalmente política o moral, haciendo apelaciones a la comunidad, al pueblo, la calle, las encuestas, las emociones, la atrocidad de los delitos, etc., antes que al derecho vigente en sí mismo. Sin embargo, contamos con un sistema jurídico institucional precisamente porque se supone que una vez que las sociedades han dejado de dedicarse a la caza y a la recolección, no pueden resolver sus conflictos sociales sin ayuda del derecho y sus instituciones autoritativas. Precisamente, es por eso que estas instituciones autoritativas no recurren al razonamiento moral, al menos no directamente, para resolver los conflictos, entre otras cosas debido a que en tal caso o bien el derecho se volvería redundante, o bien sería imposible poder determinarlo ya que para poder identificar el derecho vigente y resolver el conflicto deberíamos apelar a aquello que provoca el conflicto en primer lugar.

De ahí que el papel de los jueces particularmente bajo un Estado de derecho democrático, papel mencionado de hecho por FERNÁNDEZ FIKS sea el de aplicar las leyes sancionadas por el Congreso, en cumplimiento por supuesto de la Constitución Nacional, sin que importen las

---

<sup>16</sup> Ciertamente, en la Tostadora yo mismo he hecho uso y abuso de la cita de autores, pero para ilustrar las posiciones, garantismo y punitivismo, *de lege ferenda* precisamente.

<sup>17</sup> HOBBS, *Leviathan*. 2. *The English and the Latin Texts (i)*, (ed. Noel Malcolm), Oxford, Oxford University Press, 2012 p. 431.

creencias de los jueces (o del resto de la sociedad para el caso) acerca del mérito de dichas leyes. Por supuesto, en el fondo es por razones morales que los jueces aplican las leyes democráticas y si una ley es moralmente atroz, en tal caso los jueces tienen razones morales para desobedecer el derecho, pero no tiene sentido que, “interpretación” mediante, digamos que en tal caso los jueces están reconociendo la autoridad del derecho.

FERNÁNDEZ FIKS también hace referencia a un “análisis, *niniano* en esencia, acerca de qué interpretación de la norma resultaba la más razonable” (p. 340), en relación con el artículo 2 del Código Penal. Sin embargo, FERNÁNDEZ FIKS no cita párrafo alguno de NINO para sostener que según NINO la validez de una norma jurídica depende de su razonabilidad, como si el derecho nazi —que asumo no era razonable— no hubiera sido derecho. En rigor de verdad, no sería fácil encontrar texto alguno de NINO que abonara semejante tesis, ya que NINO fue positivista toda su vida. Y si existiera semejante documento que probara esta supuesta lectura “*niniana*”, tendría las mismas dificultades que el interpretativismo en general y en particular en relación con este caso.

Por lo demás, aunque estuviéramos dispuestos a aceptar que la razonabilidad fuera la respuesta, así y todo la pregunta que deberíamos formularnos inevitablemente otra vez es si la razonabilidad está del lado del garantismo o del punitivismo; otra vez, la razonabilidad no es una tercera alternativa sino una manera de elegir entre las dos opciones. Otro tanto se puede decir del “republicanismo” al que se refiere FERNÁNDEZ FIKS. En muy breves palabras, el republicanismo es liberal o moderno y por ende garantista, o clásico y por ende punitivista.<sup>18</sup>

El último intento de FERNÁNDEZ FIKS en aras de la moralización del derecho toma como punto de partida una cita de GARGARELLA que contiene propuestas tales como el “literalismo bobo” y “el test de la mirada”. A primera vista, el “literalismo bobo” invocado por FERNÁNDEZ FIKS parecería tener su hábitat natural en la sección IV sobre la interpretación antes que en la V sobre la moral, pero tal vez FERNÁNDEZ FIKS tenga razón en traerlo a colación en la sección V ya que la lectura boba va acompañada por la noción de una “sociedad decente”. En efecto, el “literalismo bobo” es el que entiende literalmente, por supuesto, el texto del artículo 2 del Código Penal, pero el punto de este argumento es que solamente podríamos leer literalmente el artículo 2 del Código

---

<sup>18</sup> ROSLER, *supra* nota 1, pp. 82-85 y 87-89. Para mayor abundamiento, ver ROSLER, *Razones Públicas. Seis conceptos básicos sobre la república*, Buenos Aires, Katz, 2016, cap. VI.

Penal en una “sociedad decente”. En cambio, en sociedades indecentes no hay otra alternativa que apartarse de su letra.

Una primera pregunta que surge es por qué una sociedad decente tendría necesidad de un código penal en absoluto, o en todo caso de cuánta decencia o indecencia tendríamos que hablar para que hiciera falta dicho código penal. Nótese que si la respuesta fuera que la existencia misma del código penal indica la decencia de la sociedad, entonces no tendría sentido poner en duda las indicaciones de dicho código penal, en este caso en particular, su artículo 2. Una segunda pregunta es de dónde sale el requisito de supeditar el derecho vigente a la decencia de la sociedad. ¿Existe acaso alguna norma del Código Penal, o del derecho argentino en general, que subordine sus disposiciones a la decencia de la sociedad? Por supuesto, parafraseando a FERNÁNDEZ FIKS, *si* asumiéramos que la cuestión es un problema moral, entonces habría que invocar el razonamiento moral. Además, *si* el problema fuera moral, el derecho dejaría de tener autoridad, tal como hemos visto repetidas veces más arriba, para transformarse en una ocasión para dar con la respuesta correcta.

Por otro lado, aunque empezáramos a moralizar el derecho —en este caso penal— mediante principios que no se encuentran en el derecho vigente precisamente porque son morales, correríamos entonces el riesgo de que el día de mañana, por ejemplo, asumiendo que finalmente hubiera quedado despenalizado el aborto, un juez anti-abortista en nombre de la razonabilidad, la moral, la mejor luz o lo que fuera, podría seguir castigándolo como si estuviera prohibido. Es por eso que conviene tener las cuentas claras y que el Código Penal hable por sí mismo, e interpretarlo solamente cuando es necesario.

De hecho, no han faltado jueces anti-abortistas que adujeron *more hermenéutico* que para que el aborto no sea punible en el caso del artículo 85 del Código Penal, la mujer en cuestión debía ser violada y a la vez “idiota o demente”, como si se tratara de aquel episodio de Porky en el que el Pato Lucas le vende una póliza de seguros contra accidentes domésticos con condiciones casi imposibles de cumplir.<sup>19</sup> Por alguna razón, hoy en día el interpretativismo suele ser acompañado por el progresismo, pero no hay nada que impida, ni lo ha impedido en el pasado, que el

---

<sup>19</sup> El fallo “F., A. L.” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina fue en gran medida una respuesta al interpretativismo. Sobre el episodio de Porky, ver [https://youtu.be/23k6\\_BUId2-8](https://youtu.be/23k6_BUId2-8) [enlace verificado el 15 de mayo de 2017].

interpretativismo juegue para el equipo contrario. Las alternativas, entonces, siguen siendo las mismas: garantismo o punitivismo.

Consideraciones muy similares se aplican al “test de la mirada” invocado por FERNÁNDEZ FIKS. En este caso, las garantías penales quedan supeditadas a que aquel contra quien se ha puesto en marcha el aparato punitivo del Estado pueda ver a los ojos al resto de la sociedad. Suponemos que se trata de una metáfora que expresa la idea de que el acusado o condenado pueda convencer al resto de la sociedad en el sentido de que *merece* dichas garantías.

Otra vez, surgen varias preguntas. En primer lugar, surge la otrora natural curiosidad de preguntar, nuevamente, cuál es la disposición jurídica que incluye la mirada como parte del sistema jurídico vigente, en especial en relación con el reconocimiento de garantías penales. En segundo lugar, ¿se trata de mirar o convencer a toda la sociedad adulta (supongo), en nuestro caso, varios millones de personas? ¿A un número significativo? En todo caso, semejante moralización podría tener sentido si nos apartáramos del derecho vigente y además viviéramos entre grupos pequeños de personas cuya homogeneidad ideológica y cultural fuera tal que podrían quedar satisfechos de los merecimientos de una persona, en otras palabras, estaríamos suponiendo, nuevamente, la existencia de algo así como grupos de cazadores-recolectores, que no cuentan entre sus miembros más de cien o ciento veinte personas. Nuevamente, huelga decir que una vez que los seres humanos adoptaron la agricultura, para no decir nada de la industria o las sociedades actuales cuya vida todavía gira alrededor de los combustibles fósiles, se vieron forzados por razones morales a adoptar sistemas institucionales con autoridad precisamente para no emplear el razonamiento moral inmediatamente.

De ahí que la idea de FERNÁNDEZ FIKS en el sentido de que “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” (p. 341) no solamente es una expresión de deseos, sino que estos deseos no entienden lo que es el liberalismo político ni el garantismo penal, y peor aún, parafraseando a *Macbeth*,<sup>20</sup> viste al punitivismo otra vez con ropas prestadas del garantismo, todo gracias a una “interpretación”. En efecto, todo liberal siente por supuesto apego por la justicia procedimental, pero también cree que en lo que atañe al derecho

---

<sup>20</sup> SHAKESPEARE, *supra* nota 3, p. 1868.

penal toda apelación a los valores comunitarios es en el fondo redundante ya que están contenidos en el garantismo, o bien es contraproducente por sus obvias connotaciones punitivistas.

FERNÁNDEZ FIKS así y todo cree que la moralización que él propone no vislumbra “un supuesto deber irrenunciable de castigar, ni desplazamientos del principio de legalidad, ni imperativos categóricos de sancionar penalmente” (p. 341). La única razón por la cual FERNÁNDEZ FIKS puede creer algo semejante es que ignora el hecho de que así como hay un antes y un después de los impuestos, también hay un antes y un después de interpretar o moralizar. En efecto, FERNÁNDEZ FIKS solamente tiene en cuenta lo que sucede *antes* de “interpretar” o mejor dicho moralizar el derecho vigente. Pero quien se formulara las mismas preguntas *después* de la moralización no podría creer lo mismo. *Luego* de la interpretación moralizadora sí que emergerían el deber irrenunciable de castigar o el desplazamiento del principio de legalidad.

Dicho sea de paso, me veo forzado a repetir que el núcleo de mi respuesta antecede otra vez a la existencia de la réplica misma:

“Supongamos ahora [...] que alguien sostuviera que incluso en el caso de la ley 27362 las garantías penales no se verían afectadas, ya que la irretroactividad de la ley penal alcanza al texto de la ley penal pero no a su interpretación, de tal forma que no hay retroactividad porque aunque la interpretación sea de hoy, el texto al que se refiere la interpretación se mantiene en el pasado. Según este hipotético argumento entonces alguien podría sostener, por ejemplo, que los derechos de propiedad son derechos adquiridos y que dichos derechos están sujetos a interpretación, sin que la interpretación afecte el derecho de propiedad. Tendríamos entonces un derecho adquirido a X, X estaría sujeto a interpretación, debido a la interpretación podríamos perder X, pero sin que nuestros derechos adquiridos sobre X hayan sido afectados. No hay que ser un *rocket scientist* para darse cuenta de que se trata de un escenario ideal para un sketch de Monty Python. Por supuesto, están previstos casos en los cuales se puede sancionar una ley de expropiación. Pero se supone que son casos excepcionales, justificados por utilidad pública, en los cuales los perjudicados se ven compensados de alguna manera y, para no dar ideas, semejantes consideraciones no suelen ser invocadas en relación con casos penales (no en países ‘civilizados’, al menos por ahora)”.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> ROSLER, *supra* nota 1, pp. 95-96.

Supongo que FERNÁNDEZ FIKS podría insistir en que puede haber casos como el del artículo 2 del Código Penal, en los que no se entiende si existe o no la garantía, ya que antes de la interpretación precisamente no sabemos cuál es el contenido de la norma vigente y por lo tanto no sabemos si debemos aplicar la garantía o castigar. Sin embargo, otra vez, para eso FERNÁNDEZ FIKS debería mostrar cuál es la duda acerca del contenido del artículo 2 del Código Penal, sin re-escribir el artículo mediante una moralización. Dicho sea de paso, dado que, hasta donde yo sé, a nadie se le ocurrió cambiar el artículo 2 del Código Penal de 1921, sino que lo que efectivamente sucedió fue que la ley del 2 x 1 de 1994 fue modificada retroactivamente, podemos presumir que la indeterminación del derecho no se encuentra en 1921 sino en 1994.

Ciertamente, volviendo a la comparación con el arte, la moralización no solamente afecta al derecho. En una reciente versión en Italia de la ópera “Carmen” la protagonista no muere en la obra y sin embargo no pocos se refieren a dicha versión como si se tratara de la misma obra y no de otra diferente. Por otro lado, no es la primera vez que sucede algo semejante. Pensemos si no en el caso de *King Lear* de SHAKESPEARE, que a fines del siglo XVII había perdido popularidad debido a que su trama adolecía de la caída de la monarquía y la falta de una historia de amor. Entonces Nahum Tate *re-escribió* la obra para ajustarla al paladar contemporáneo.<sup>22</sup> No solamente cambió el lenguaje de la obra sino que cambió la estructura y la trama de la obra, hasta introdujo un personaje nuevo y eliminó al Tonto o Bufón. Incluso restauró el final feliz de la leyenda de Lear en la que se había inspirado SHAKESPEARE, haciendo que Cordelia no solamente sobreviviera sino que se enamorara de Edgar y encima hizo que se casaran, lo cual nos hace dudar de si lo que Tate tenía en mente era un final feliz después de todo.

El punto es que para poder decir, v. g., que el significado del artículo 2 del Código Penal es muy bobo o que *King Lear* es demasiado triste, *primero* precisamente tenemos que entenderlos, por lo cual no tiene sentido hablar de una “interpretación” posterior a la comprensión. En realidad, dicha “interpretación” modifica una obra en aras de la justicia (más o menos poética), con lo cual ya no se trata de buscar el significado de una obra sino de escribir una nueva. Por supuesto, irónicamente a SHAKESPEARE le hicieron lo mismo que él le había hecho a la leyenda original de *King Lear*. Pero nadie cree que al hablar de la leyenda, la obra de SHAKESPEARE y la re-escritura de

---

<sup>22</sup> Ver HALIO, “Introduction”, en SHAKESPEARE, *The Tragedy of King Lear*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, p. 36.

Tate estamos hablando de lo mismo. ¿Por qué sería diferente en el caso del derecho, particularmente teniendo en cuenta su pretensión de autoridad?

Por si todas las consideraciones anteriores no hubieran sido suficientes, asumamos ahora que por alguna extraña razón nos hemos convencido finalmente de las bondades de evitar la lectura boba del Código Penal y del atractivo del test de la mirada administrado con decencia, a tal punto que luego de una ardua campaña, debates en televisión, solicitadas en los diarios movilizaciones sociales, etc., hemos logrado que el Congreso reforme el Código Penal de tal forma que en un eventual artículo 2 bis se lea lo siguiente: "queda prohibido leer como bobos todos los artículos de este Código y todas las garantías penales quedan supeditadas a que la persona imputada, acusada o condenada haya aprobado el test de la mirada administrado por una sociedad decente". De este modo, al menos, la lectura boba y el test de la mirada dejarían de ser aspiraciones o derecho deseado por así decir, para transformarse finalmente en derecho vigente.

Una de las preguntas que surgen naturalmente en tal caso es qué pasaría si algún positivista, también persuadido de las ventajas del interpretativismo, alegara una vez convertido que no podemos leer como bobos este artículo 2 bis, sino que habría que efectivamente interpretarlo, entenderlo en su mejor luz, apelar al razonamiento moral, etc. Los interpretativistas deberían ser los primeros en reconocer que el converso tendría toda la razón ya que para el interpretativismo la interpretación del derecho es inevitable. Pero, si por alguna razón, los otrora interpretativistas empezaran a negar la necesidad de interpretar y de moralizar el derecho justo cuando el Código Penal recoge lo que ellos pregonaban cuando el derecho vigente era diferente, entonces no pocos sospecharían que los interpretativistas pueden ser tan conversos como nuestro advenedizo. En otras palabras, cabría la sospecha de que algunos son interpretativistas de hoy y positivistas del mañana, defensores de la interpretación o de la autoridad según les convenga, o viceversa, por supuesto. En otras palabras, como muy bien dice LEGENDRE, habremos convertido al derecho en un "auto-servicio normativo".<sup>23</sup> Nos servimos del derecho para lo que nos parece bien, sin tener obligación alguna de comprar nada.

Otra pregunta que podríamos formularnos para someter a prueba el atractivo del interpretativismo es qué pasaría si el aparato punitivo del Estado fuera puesto en marcha en contra

---

<sup>23</sup> Ver LEGENDRE, *Sur la question dogmatique en Occident*, Paris, Fayard, 1999, pp. 120 y 235.

de nosotros mismos.<sup>24</sup> ¿Desearíamos que operara de modo interpretativista? ¿Optaríamos por el test de la mirada administrado con decencia, es decir, pediríamos que nos juzgaran según el razonamiento moral (tal como reza nuestro eventual artículo 2 bis del Código Penal) o invocaríamos el artículo 2 del Código Penal en su redacción actual? Como se puede apreciar, hay razones para sospechar que el interpretativismo o bien no puede evitar una regresión al infinito, o bien interrumpe la regresión justo cuando da con la respuesta que considera correcta.

En conclusión, la réplica de FERNÁNDEZ FIKS no solamente oscila entre la letra de DWORKIN y el espíritu de WALDRON, sino que —y esto es lo más importante por supuesto— no ofrece argumentos capaces de mostrar que el interpretativismo merece tener un lugar junto al garantismo y al positivismo en un eventual museo histórico-conceptual de escuelas penales. Las alternativas siguen siendo las mismas: *nullum crimen sine lege* o *nullum crimen sine poena*, por lo cual la conclusión es que, al menos en este caso, *hay dos sin tres*. En realidad, incluso si el interpretativismo tuviera razón en tanto que filosofía del derecho —“*a big if*”, como se suele decir en inglés—, eso tampoco haría que se convirtiera en una alternativa al respecto, ya que la interpretación inexorablemente también nos conduce a tomar una decisión entre reconocer las garantías penales o violarlas. La interpretación (más o menos moralizadora) es un camino, un *método* o *métodos*, tal como reza la palabra griega original, jamás una verdadera alternativa. Es por eso que no tiene sentido decir que la ruta 2 es una alternativa a Mar del Plata o a Buenos Aires para el caso, salvo que nos interesara quedarnos en el camino.

---

<sup>24</sup> Esta es una pregunta que PASTOR se ha formulado tantas veces que no tiene sentido siquiera citarlo. La conducta de SCHMITT es bastante reveladora de cómo algunos cambian de opinión cuando son perseguidos penalmente. Ver ROSLER, *supra* nota 1, p. 97.