Columna: Presentación del número especial

UNA INTRODUCCIÓN CONTRA LA CORRIENTE

Andrés ROSLER[1]

Hasta donde sé, los siete autores que han contribuido a este *dossier* verdaderamente internacional sobre *Contra la corriente* —el nuevo libro de Federico MORGENSTERN— no habían acordado la distribución de los temas que iban a tratar. Sin embargo, el panorama de las cuestiones que abordan los diferentes comentarios es bastante variado. A continuación voy a seguir un orden de presentación que, dentro de lo posible y siempre en aras de hacer las cosas más fáciles a los lectores, parte de un punto de vista internacional y general (GARCÍA AMADO, FLETCHER) para luego tratar cuestiones más específicas, sea de derecho local (PASTOR, FILIPPINI), de la historia del pasado reciente argentino (LANUSSE NOGUERA), sea de filosofía del derecho penal (SOLAVAGIONE) y dejando para el final las críticas de GARGARELLA al planteo de MORGENSTERN.

Juan Antonio GARCÍA AMADO se refiere a *Contra la corriente* como un "libro claro en tiempos oscuros". Los tiempos oscuros se deben a los resultados contraproducentes de la aplicación al derecho de lo que a primera vista es un recurso saludable como la filosofía política. Los epígonos de la racionalidad común inspirada en "Rawls, Habermas, Apel y compañía", que a su vez trata de "fundamentar las reglas de un diálogo imprescindible para la convivencia razonable entre los diversos", terminaron convirtiéndose en "etiquetadores a sueldo y descalificadores enfebrecidos. De pronto, aquel meritorio universalismo, tan ansiado, se topó con el enemigo íntimo, los de otros bandos, y decidió que, en democracia, los que en igualdad dialogan no pueden ser tan distintos y que a los diferentes del todo hay que mandarlos con la música a otra parte". Por alguna razón, suele pasar con los que defienden el diálogo y la deliberación que solo están dispuestos a dialogar y deliberar con quienes les dan la razón. En todo caso, sostiene GARCÍA AMADO, merced a este desarrollo abundan "los férreos defensores de los derechos humanos que los vulneran sin mala conciencia" (p. 27).

[1] 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, y Universidad de San Andrés. Contacto: andres.rosler@gmail.com.

La filosofía política deliberativista de "Rawls, Habermas, Apel y compañía" en el fondo es ética aplicada, ya que se propone dar razones para actuar con las cuales todo agente razonable debería estar de acuerdo y por lo tanto no puede sorprender que "la oclusión actual de la filosofía política por causa del imperio de la ética y los 'éticos'" tenga "efectos devastadores para el orden social, pues se da por sentado que las razones para la obediencia solo pueden ser las que de la conciencia de cada cual emanen, y a los ciudadanos se les está insinuando que se agrupen por tribus en razón de los ideales morales de cada grupo particular, en lugar de sentirse leales con el Estado que les permite vivir en igualdad en tanto que moralmente diversos e idénticamente dignos" (p. 27). La apelación del derecho a la ética del discurso produjo la emergencia de un tribalismo ético que debería llamar la atención de los antropólogos.

Para entender estos tiempos oscuros GARCÍA AMADO no solo recurre a la historia y a la filosofía política, sino que me animaría a decir también a la teología política del positivismo jurídico, bastante olvidada no solo por los adversarios del positivismo sino también por sus muy pocos seguidores. De ahí que se refiera a la "genialidad filosófico-política de Bodino", la cual "pergeña el Estado moderno, que será filosóficamente sustentado por Hobbes más tarde, también en un contexto de violencia política, miedo y necesidad de erigir un poder pacificador entre los que se matan por sus respectivas convicciones religiosas, políticas o morales". Es entonces que surge la idea extraordinaria de "un poder estatal que no sea de ninguno y que no se deba a ninguna fe, sino a su misión secular de imponer la paz mediante la fuerza": "allí donde antes los individuos tenían políticamente por encima de todo a Dios, ahora solamente tienen al Estado" (p. 29).

No mucho después, continúa GARCÍA AMADO, las semillas del Estado de derecho que figuran en el *Leviatán* de HOBBES florecerían en diverso grado en las obras de LOCKE, ROUSSEAU y KANT, cuando "las normas principales del derecho" no fueron hechas "a su antojo" por "quien tiene el gobierno, sino [por] un soberano que ya no coincide con él: el pueblo" (p. 30). Precisamente, de "la mano de Kant y de la libertad moral como atributo humano esencial, llegamos a la formalidad de lo jurídico" (p. 31), ese logro extraordinario de la jurisprudencia europea, tan abominado por los iusmoralistas.

Yendo ahora al derecho penal, GARCÍA AMADO se ve obligado a recordarnos que: "Si la legalidad es única, bajo la legalidad estamos todos, no solo los justos, no solo los amigos, no solo los de nuestra tribu, no solo los que se tienen por moralmente superiores, no solo los que respetan o propugnan los derechos humanos. Porque defender los derechos humanos a base de excepcionar las garantías penales para los malos es la forma más paradójica, peligrosa y cruel de invalidar los derechos humanos" (p. 32). En otra época hubiera llamado la atención que alguien tuviera que aclarar que: "No hay delitos naturales ni delitos en sí, el tipo penal es de configuración exclusivamente legal" (p. 36). Sin embargo, lamenta GARCÍA AMADO, estamos viviendo la era de lo que "se puede ya denominar derecho constitucional del enemigo", lo cual no deja de tener su

gracia ya que "estos creadores del constitucionalismo de enemigos eran los que se rasgaban las vestiduras con las tesis de G.JAKOBS" (p. 35).

GARCÍA AMADO también nos advierte sobre los peligros de la "novedad relativamente reciente" que "consiste en justificar la pena por consideración a la víctima del delito" (p. 39). Se trata de una verdadera involución desde los tiempos del Estado moderno de derecho a la situación precisamente pre-moderna, por no decir pre-estatal, con la salvedad de que no se elimina el Estado sino que se lo pone a disposición de la "sed de venganza" (p. 39).

Finalmente, advierte GARCÍA AMADO, si "al asesino más cruel, al torturador más infame, al tirano más sanguinario le decimos que sus derechos son menos porque él es peor moralmente, enemigo políticamente", "en verdad nos igualamos con él en lo peor y seguramente él en el fondo así nos percibe" (p. 42). Los "Estados justicieros" que proceden de este modo en el fondo son "Estados sin control, sin medida, y las masas que jalean a la autoridad para que se salte la norma cuando trata con los malos acabarán siendo víctimas de ese Estado, que terminará por tildar de inhumano y por tratar en consecuencia y como enemigo al meramente desobediente, al heterodoxo, al díscolo, al alternativo, al rebelde, al simplemente autónomo y libre, al que se siente con derechos e intenta con propiedad de ejercitarlos" (p. 42).

George P. FLETCHER, por su parte, en "Jaime, las víctimas y la CPI", no solo ofrece una perspectiva externa sobre este "nuevo y brillante libro de Federico Morgenstern" (p. 116), sino que además entiende al libro desde el punto de vista del "desarrollo del derecho penal internacional". La tesis de FLETCHER es que Argentina fue clave en el cambio de enfoque experimentado por el derecho penal, que dejó de concentrarse en los derechos del acusado (tal como suelen figurar en las constituciones y legislaciones nacionales, por ejemplo la Declaración de Derechos de los Estados Unidos) para girar alrededor de la presunta víctima (tal como ocurre en el derecho penal internacional de los derechos humanos, por ejemplo el Estatuto de Roma), y de hecho FLETCHER considera que "Jaime Malamud Goti fue uno de los actores clave en este cambio de orientación" (p. 116).

Obviamente, explica FLETCHER, "el acusado, sea culpable o no, quiere un juicio equitativo (*fair*). Las víctimas quieren justicia. Salen a la calle para exigirla. Como las Madres y Abuelas en Argentina, golpean cacerolas y sartenes hasta que se les escucha" (p. 116). Mientras que un acusado quiere un juicio equitativo conforme a las reglas preexistentes, las cuales por lo general incorporan el así llamado derecho penal liberal con todo su botiquín de derechos y garantías, las víctimas (y/o obviamente sus familiares, allegados, etc.) están mucho más interesadas en conseguir justicia sin tener que atenerse necesariamente a las reglas penales preexistentes, que no pocas veces son un obstáculo que tiene como resultado la impunidad, es decir, la falta de castigo. Cabe recordar que esto último es siempre una posibilidad, en la medida en que estemos hablando de un juicio penal en sentido estricto, es decir un proceso según las reglas del Estado de derecho.

FLETCHER termina su breve contribución invocando a su "viejo amigo Jaime Malamud, así como a Carlos Nino y Carlos Rosenkrantz" y haciendo votos para que en el futuro podamos "encontrar una manera de honrar a las víctimas y, al mismo tiempo, proteger todos los derechos procesales de los acusados en un proceso penal" (p. 121). En otras palabras, FLETCHER espera poder encontrar la cuadratura del círculo, ya que —como explica Daniel PASTOR—: "Resulta evidente que, en materia penal, no se puede servir a dos objetivos al mismo tiempo, de modo que resulta imposible atender a la vez a los intereses punitivos (o de la víctima) y a los del imputado. La formulación de una teoría de los derechos fundamentales no admite esta bipolaridad debido a que, o bien se recuesta el interés permanentemente sobre el lado del individuo acusado, o bien se lo hace para siempre en interés del castigo".[2]

Hablando de Daniel PASTOR, en su largo y detallado comentario a *Contra la corriente*, "el extraordinariamente atractivo libro de Federico Morgenstern" (p. 123), opina que la obra es muy oportuna debido a su "asunto" y a su "estilo confrontativo": "Morgenstern examina un tema que es necesario afrontar y se las ve con las ideas que hay que contraponer hasta promediar un resultado que es fruto de la seriedad de su emprendimiento. No es un libro para ganar amigos" (p. 125). De hecho, el libro es algo "fuera de lo común por varias características adicionales. Es antidisciplinario, tanto porque se nutre de muchas fuentes, muy concernientes a su investigación algunas de ellas metajurídicas. Es un texto innovador escrito en un estilo expositivo bastante impropio de las publicaciones usuales de derecho. El libro está documentado con una exhaustividad implacable".

PASTOR enfatiza la búsqueda de la verdad en la que se embarca MORGENSTERN, "algo que actualmente se echa de menos en la mayoría de los profesionales de la investigación y de la enseñanza del derecho, más preocupados por agradar a quien sea (que tenga poder), para progresar en el desempeño no académico del oficio, que en ser creadores críticos de conocimiento nuevo". Asimismo, la "erudición de Morgenstern" —agrega PASTOR— consiste en "formar un equipo para entrar en el infierno de Dante, no en la sala en la que se rinde una oposición para un cargo o a esas aulas donde se aplaude todo lo que sea *mainstream* o en las cuales se tolera que lo expuesto no tenga la menor relevancia" (p. 125).

El tema central del libro de MORGENSTERN, explica PASTOR, "es el pensamiento y el comportamiento de Malamud Goti enfrentado a la situación más ingrata a la que se puede ver expuesta una persona de derecho íntegra y erudita: procesar desde un Estado legítimo, sin salirse

[2] PASTOR, Daniel R., *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Barcelona, Atelier, 2006, p. 184.

del derecho, atrocidades cometidas por quienes tenían todavía mucho poder, formal y clandestino, y un gran apoyo de amplios sectores de la sociedad" (p. 123).

Habiendo descripto el libro en general en la primera sección de su comentario, en la segunda PASTOR menciona las enormes dificultades jurídicas que tienen los juicios penales iniciados por crímenes de Estado. Por ejemplo: "¿De cuánta destreza actoral debe disponer una persona de derecho para disimular una sonrisa cínica cuando pronuncia la palabra *juicio* refiriéndose al de Núremberg? ¿Cómo compatibilizar el derecho humano de todo imputado a ser juzgado por un tribunal predeterminado por la ley con los tribunales *ad hoc* de la ONU para Ruanda y la antigua Yugoslavia?" (p. 127).

En el procesamiento de crímenes masivos, agrega PASTOR, "no hay forma de evitar efectos jurídicamente indeseados" debido a que: (a) muchos hechos —a veces todos— quedan sin castigo debido a leyes de impunidad (por ejemplo, en Alemania e Italia después de la Segunda Guerra Mundial, para no hablar de España después de Franco) y (b) los crímenes que sí resultan castigados "suelen serlo con lesión de algunos derechos fundamentales de los sospechosos (tribunales especiales, no estrictamente imparciales, violación del principio de legalidad, proscripción de toda gracia admitida por la legislación [amnistía, indulto, prescripción], prisión preventiva automática y de larga duración, relajamiento de los rigores probatorios, utilización de imputación de responsabilidad objetiva prohibidos en el derecho penal, y condenas a penas infamantes [de los ahorcamientos, de Núremberg a la ejecución de Sadam Husein] o de cumplimiento en condiciones crueles e inhumanas)". Por si hiciera falta una aclaración "para distraídos y malintencionados", PASTOR añade que la descripción previa "no equivale a justificar las atrocidades de los estados dictatoriales ni respalda las violaciones de derechos humanos de los acusados que son cometidas por el aparato de represión penal del Estado democrático que investiga los crímenes, los juzga y los castiga sin poder evitar sus propias ilicitudes en esa labor. Solo constato hechos" (p. 127).

Luego, en la tercera sección, PASTOR se refiere en primer lugar a "la primera etapa de la experiencia argentina, que va desde 1983 a los indultos de 1991" (p. 128), la cual se mantuvo fundamentalmente dentro de la legalidad, y luego en la cuarta sección la "reapertura de la persecución penal de todos los crímenes de la dictadura" es descripta como "un festival de incompatibilidades con los derechos humanos de los acusados" (p. 133). Aquí PASTOR destaca la reconstrucción hecha por MORGENSTERN del debate entre MALAMUD GOTI y Marcelo SANCINETTI, quienes tuvieron "un desacuerdo casi contencioso, pero lo hicieron desde su ciencia y sus convicciones, queriendo ambos ser útiles a la fundación, por medio del ejercicio del poder de castigar en lo que toca a este, de un Estado constitucional y democrático de derecho. Y pagaron por ello" (p. 128).

La gran cuestión, sostiene PASTOR finalmente, es "cómo *juzgar el juzgamiento* de esos hechos en lo que va del siglo XXI, con la metodología académica de aplicar pensamiento crítico a la

búsqueda de la verdad, no para conseguir reconocimiento público o un ascenso en la carrera judicial. Desafortunadamente, la prueba indica que es aplicado un aparato represivo estatal que funciona casi siempre en modo derecho penal del enemigo y de manera bastante antagónica con el modelo de ejercicio del poder de castigar en un Estado constitucional y democrático de derecho" (p. 128).

PASTOR llega finalmente a la conclusión de que "Morgenstern ha puesto en valor a un Malamud Goti envuelto durante cuatro décadas en acciones y reflexiones respecto del difícil problema" de cómo tratar "en democracia crímenes aberrantes y masivos perpetrados por un Estado ilícito" (p. 139).

Leonardo FILIPPINI, en su comentario "Jaime Malamud Goti, el juicio a las juntas y los procesos de lesa humanidad", formula un considerable número de preguntas acerca de lo que plantea MORGENSTERN. Por ejemplo, FILIPPINI expresa sus dudas acerca de si, como cree MORGENSTERN, el debate acerca del juicio a las Juntas y los procesos de lesa humanidad realmente se ha "empobrecido" y de si MALAMUD GOTI fue verdaderamente contra la corriente, esto es, acerca de si "hay material suficiente para presentar a Malamud Goti —a su trabajo, a sus contribuciones académicas, a sus intervenciones en el debate público— como a un disidente, un real *outsider*, o algo de este estilo", como si "la extraordinaria figura de Jaime [MALAMUD GOTI] reverbera[ra] solitaria y disidente ante las tendencias dominantes de su época" (p. 46). Según FILIPPINI, por el contrario, "*Contra la corriente* parece ofrecer la descripción de otro tipo de entidad: una *rara avis*, una mente lúcida, un funcionario responsable, un intelectual crítico y creativo, pero no al portavoz de una disidencia" (p. 47).

Asimismo, FILIPPINI se pregunta: "Si Petracchi, luego de 'Camps', ha ofrecido argumentos *decepcionantes* como dice el libro, ¿deberíamos calificar igual a la posición de la jueza Argibay en 'Simón'? ¿En qué sentido su disidencia en 'Mazzeo' respecto de la cosa juzgada repararía el daño fatal a las garantías infligido en 'Simón'?" (p. 52). Cabe recordar que MORGENSTERN sostiene que fue "*decepcionante* que Petracchi formara parte de la mayoría del tribunal" que "fue partidaria de desconocer los derechos y garantías fundamentales de los acusados" en los casos "Arancibia Clavel" y "Simón" (de lesa humanidad), ya que eso implicó que PETRACCHI dejara de lado "sus impecables credenciales liberales, exhibidas en fallos como 'Bazterrica' y 'Sejean', cuando de él se esperaba precisamente una defensa vigorosa del derecho penal liberal".[3] Asimismo, MORGENSTERN sostiene que las posiciones de PETRACCHI en los fallos de lesa humanidad de la Corte son "el mejor

[3] MORGENSTERN, Federico, *Contra la corriente. Un ensayo sobre Jaime Malamud Goti, el juicio a las Juntas y los procesos de lesa humanidad*, Buenos Aires, Ariel, 2024, p. 15, énfasis agregado.

ejemplo" de decisiones inspiradas en "factores que exceden las estrechas consideraciones legales al decidir en la segunda ola de juicios".[4]

Es en este contexto que, a la luz de la defensa irrestricta de las garantías penales que hace la jueza Carmen ARGIBAY al atenerse a la cosa juzgada en el fallo "Mazzeo", FILIPPINI se pregunta por qué la posición de la misma jueza en el fallo "Simón" de la Corte Suprema (que aplica leyes penales retroactivas más gravosas) no es tan "decepcionante" como la de PETRACCHI: "¿En qué sentido su disidencia en 'Mazzeo' respecto de la cosa juzgada repararía el daño fatal a las garantías infligido en 'Simón'?" (p. 52). Parafraseando la expresión inglesa, lo que es salsa para la jueza también es salsa para el juez. Las acrobacias de PETRACCHI deberían ser tan decepcionantes como las de ARGIBAY. De otro modo, teme FILIPPINI, nuestra opinión sobre las sentencias terminaría dependiendo no tanto de la cara del cliente, sino de la cara del juez.

Pasando a las largas reflexiones de Máximo LANUSSE NOGUERA sobre "El *humanismo trágico* como aporte al debate jurídico-político sobre nuestra historia reciente (y no tan reciente)", al principio de su trabajo el autor declara que su intención está bastante lejos "de cualquier pretensión esquemática" aunque, BORGES mediante, está cerca de la poética "esperanza de que *la fuga secular del agua desde los hielos a la arena última* ofrezca acaso un *Rhin* por el que navegar, *correr o ser*" (p. 56).

De este modo, se trata de una contribución bastante personal en la que LANUSSE NOGUERA no solo cita una generosa cantidad de trabajos de otros autores, sino que demuestra su gran conocimiento personal de Jaime MALAMUD GOTI (por no decir de Jaime, Jaimito y el "Jaime tardío", "su admirable sentido del humor, lo que disfruta de compartir los chistes de Gary Larson, el cine de Mel Brooks y de Monty Python", (pp. 70 s.) y de su obra. Esto explica por qué LANUSSE NOGUERA no puede evitar mencionar la perplejidad y la curiosidad que genera MALAMUD GOTI, alguien que habiéndose dedicado a la dogmática penal, defendió presos políticos en los 70 e incluso los protegió de sus perseguidores, fue uno de los arquitectos del juicio a las Juntas, asesoró a múltiples organizaciones en situaciones de conflicto en todo el mundo, enseñó en Little Rock (Arkansas), realizó investigaciones de campo sobre la lucha contra las drogas en Bolivia, ha meditado sobre la identidad, la culpa, la vergüenza, la suerte, la normatividad, el mal, el infinito, la lealtad, la traición, etc.: "Si a eso le sumamos que difícilmente un estudiante jamás se sienta tan escuchado por un profesor como por Jaime, los efectos son estrafalarios" (p. 70). LANUSSE NOGUERA asimismo confiesa que: "Imposible comentar un libro sobre Jaime sin dispersarse" (p. 78).

[4] MORGENSTERN, *supra* nota 2, p. 150.

LANUSSE NOGUERA, con mucha razón, sostiene que MORGENSTERN está interesado en "la aplicación neutral de los principios jurídicos" (p. 78) y no en la aplicación de principios neutrales, como alguien podría llegar a creer desprevenidamente. Entre las varias distinciones que hace LANUSSE NOGUERA entre MORGENSTERN y MALAMUD GOTI, hay una que merece ser particularmente tenida en cuenta. Mientras que MORGENSTERN se concentra en la aplicación neutral de los principios *a priori*, MALAMUD GOTI hace hincapié en la "performatividad o la autoridad ex post de la palabra que emana de instituciones autoritativas como los tribunales". Mientras que el primero "quiere resguardar los principios sin importar las consecuencias", el segundo "quiere cuidar la autoridad cuando no puede garantizar el significado social que finalmente tendrán las acciones institucionales" (p. 78).

Por su parte, y también a propósito del libro de MORGENSTERN, Lucía SOLAVAGIONE incursiona en la filosofía del derecho penal en aras de proponer una original defensa kantiana de "los filósofos" (como Carlos NINO, Jaime MALAMUD GOTI o incluso el utilitarista Martín FARRELL), así llamados por su asesoramiento al presidente ALFONSÍN en los inicios de la última restauración democrática con relación al juicio a las Juntas. Cabe recordar que por lo general es la posición consecuencialista a la que se le suele atribuir esa decisión y se suele creer que el camino kantiano para llegar a dicho juicio estaba fuera de cuestión, ya que un verdadero kantiano tendría que haber tomado el camino de llevar a juicio a absolutamente todos los involucrados en los crímenes cometidos durante la dictadura militar.

En apoyo de la defensa kantiana del juicio a las Juntas, entonces, SOLAVAGIONE distingue entre una versión fuerte y otra débil del principio *ultra posse nemo obligatur*, es decir del principio de que deber implica poder. La versión fuerte implica que ante un dilema genuino ambas alternativas deben ser posibles para el agente. No podemos exigirle a alguien que haga algo si no existe la posibilidad fáctica de hacerlo. Según la versión débil de este principio, no solo importa qué puede ocurrir, sino qué es lo que los agentes podían prever racionalmente sobre las consecuencias de sus actos.

De este modo, SOLAVAGIONE propone una lectura bastante original de la ética kantiana, según la cual: "La moralidad, …, no depende de la mirada de un espectador omnisciente, sino de la capacidad racional del agente para deliberar y actuar según el deber. Si cree racionalmente que no puede, entonces no debe". En otras palabras, incluso desde un punto de vista kantiano, para "comprender un acto histórico no basta con reconstruir y analizar 'lo que fue hecho', sino también lo que el sujeto histórico creía posible hacer en ese momento específico, es decir su horizonte de posibilidades" (p. 94). Es por eso que, explica SOLAVAGIONE, "son esenciales las circunstancias condicionantes que menciona Morgenstern en su libro […]: las limitaciones del sistema judicial y la inestabilidad democrática. A partir de ello, existe una presunción fuerte de que los filósofos hicieron pronósticos racionales a partir de condiciones que evidenciaban un escaso margen para el *poder* en la estricta vía del *deber*" (p. 94).

Por lo tanto, concluye SOLAVAGIONE, con independencia de la perspectiva que usemos en relación con el principio de que deber implica poder, no tiene sentido reprocharle a los "filósofos" de ALFONSÍN el curso de acción que aconsejaron seguir en el juicio a las Juntas. Si adoptáramos una versión fuerte de dicho principio no habría razones para formular un reproche moral a los "filósofos" ya que: "La solución total habría sido, con una probabilidad cerca a la certeza, *imposible* de llevar a cabo. A partir de esta probabilidad, no puede hablarse de reproche moral alguno en sentido kantiano: no hay violación de un deber si su cumplimiento es fácticamente imposible".

Lo mismo ocurriría si tomáramos la versión débil del principio, ya que SOLAVAGIONE explica que "incluso si se negara que un curso de acción más drástico fuera materialmente imposible, puede sostenerse que, cuando menos, es razonable suponer que los actores intervinientes *creyeran racionalmente* en esa imposibilidad". Finalmente, "aun asumiendo que otro curso de acción era efectivamente posible y que, además, la creencia de los filósofos sobre la imposibilidad de otra solución no era racional, estaríamos, de todas formas, frente a un *genuino dilema moral*. Aun en ese escenario, no correspondería formular un reproche moral: cualquier elección habría sido trágica, en tanto implicaba la renuncia a algún valor fundamental" (p. 95).

Hemos llegado finalmente al último comentario al libro, cuya autoría corresponde a Roberto GARGARELLA. En este comentario se puede encontrar una clara demarcación entre el debe y el haber del libro de MORGENSTERN. En la columna del haber se encuentran, dice GARGARELLA, "el emprendimiento y los logros de su autor, y su obra", particularmente su estilo: "se trata de un texto muy bien escrito, ameno, muy divertido, con vocación de excéntrico, [...]" (p. 99). En la columna del debe de *Contra la corriente* se hallan en cambio fundamentalmente las cuatro páginas del libro en las que MORGENSTERN se refiere a GARGARELLA, y que GARGARELLA trata en tres secciones a su vez.

En una primera sección ("¿Principios neutrales?"), GARGARELLA formula varias críticas al anuncio de MORGENSTERN de que en un futuro libro va a estudiar la teoría de Herbert WECHSLER de los principios neutrales en el razonamiento judicial. En las otras dos secciones, GARGARELLA expresa su disconformidad con la posición de MORGENSTERN tanto respecto del fallo "Muiña" ("¿El derecho 'conforme a la cara del cliente'?") como del fallo "Batalla" ("Sobre leyes y teorías interpretativas"), tal vez los dos fallos más importantes sobre casos de lesa humanidad de la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema.

Dado que estoy completamente de acuerdo con GARGARELLA en que la lectura de un texto tiene que partir de "la mejor buena fe posible" y que hay que evitar la "construcción de un

enemigo de paja" (p. 102),[5] al igual que en la famosa escena de *Dos extraños amantes* de Woody ALLEN en la que Marshall MCLUHAN sale detrás de un biombo en la fila de entrada a un cine a raíz de lo que un profesor universitario dice de su pensamiento, quisiera aprovechar esta oportunidad para hacer algunas precisiones sobre lo que GARGARELLA dice con relación a por lo menos algunas de mis opiniones sobre filosofía del derecho aplicada fundamentalmente a casos de lesa humanidad.

Inspirado tal vez por la ansiedad de la influencia, como la llama Harold BLOOM, GARGARELLA sostiene que "Rosler" es uno de los "mentores" y una de las "principales referencias académicas" (p. 101) de MORGENSTERN, y es por eso que casi figuro como co-protagonista del relato que narra GARGARELLA en su comentario, que se supone es sobre el libro de MORGENSTERN. Mucho me temo, sin embargo, que GARGARELLA me atribuye un honor del cual bien me gustaría presumir pero lamentablemente no tengo, a menos que sigamos a BORGES cuando sostiene que "cada escritor crea sus precursores".[6] Por las mismas razones que no deberíamos aplicar leyes penales retroactivas (al menos si son más gravosas), mal puedo ser mentor de MORGENSTERN ya que este último se enteró de mi existencia como consecuencia de algo que yo había escrito en 2017 sobre el fallo "Muiña". Exactamente lo mismo se aplica al hecho de que el texto que GARGARELLA cita para ilustrar el hecho de que soy "una referencia académica principal" de MORGENSTERN es *Si quiere una garantía compre una tostadora*, un libro publicado cinco años después de "Muiña".

En realidad, alguien podría decir que la situación es exactamente la inversa, es decir que MORGENSTERN es mi mentor, ya que de él fue la idea que yo escribiera un paper sobre el punitivismo de lesa humanidad, que terminó convirtiéndose en "Si Ud. quiere una garantía,

---

[5] Llama la atención entonces que GARGARELLA —quien inicialmente sostiene con razón que el tema del futuro libro de MORGENSTERN en gran medida es "la aplicación estricta o 'neutral' del derecho" (p. 101)— sostenga, por ejemplo, que MORGENSTERN esté interesado en encontrar "principios neutrales" para resolver los conflictos jurídicos. En efecto, a MORGENSTERN lo que le interesa no es el *contenido* neutral del principio, es decir el principio neutral en sí mismo, sino la *aplicación* neutral de los principios. Por ejemplo: "los principios neutrales son solo un resultado negativo, no es la fórmula mágica para decidir casos. *La neutralidad de los principios, según Wechsler, es neutralidad en la aplicación del principio, no neutralidad del principio en sí mismo;* no es una fuente de contenido sustantivo" (MORGENSTERN, *supra* nota 2, p. 44, énfasis agregado). Asimismo, MORGENSTERN se refiere a "la cara del cliente", pero no porque su tesis consista en que este tipo de jurisprudencia o razonamiento judicial está inspirado en motivos pecuniarios (como lo sugiere GARGARELLA cuando dice que "la moneda de cambio es el dinero, no la justicia", p. 110), sino que MORGENSTERN utiliza la expresión popular para referirse a que los jueces subordinan el derecho vigente al resultado que ellos quieren alcanzar en la sentencia con independencia del derecho vigente. De este modo, según MORGENSTERN se utiliza la cara del cliente cuando los jueces subordinan el derecho a sus propias preferencias, ideologías, etc., sin que intervengan necesariamente el dinero o incluso el auto-interés en general.

[6] BORGES, Jorge Luis, "Kafka y sus precursores", en *Obras completas*, Buenos Aires, Emecé, 2010, tomo II, p. 81.

compre una tostadora", que a su vez se convirtiera en el primer capítulo del libro casi homónimo.[7] Por otro lado, es una gran satisfacción para mí que un penalista como MORGENSTERN esté de acuerdo conmigo en muchos temas, particularmente en la manera de entender el derecho y el razonamiento judicial. En esto GARGARELLA tiene razón.

GARGARELLA, además, cree por ejemplo que: (a) "[Rosler] trivializa el conflicto interpretativo en juego declarando, simplemente, que el Congreso se equivocó al dictar la ley interpretativa, y que la Corte se equivocó también, en 'Batalla', al reconocerle valor a esa ley" (pp. 110 s.); (b) "[Rosler formula] el tipo de afirmaciones *arrogantes* que *no podemos hacer*: frente a un caso difícil, que nos exige *un enorme esfuerzo interpretativo*, y en el que intervienen la ciudadanía, todo el Congreso y la Corte, con posiciones compartidas" y, finalmente, "[Rosler afirma] que, en verdad, *el que lleva la razón soy yo*" (p. 111, énfasis agregado). Es por eso que "frente a tales dichos", GARGARELLA me reclama "un poco de *modestia constitucional—alguna duda sobre la fortaleza y 'verdad' de la propia posición*" (p. 111, énfasis agregado).[8]

En respuesta a esta acusación de GARGARELLA, lo primero que me viene a la mente es que da la impresión de que GARGARELLA participa en discusiones incluso cuando no está seguro de la fortaleza de su propia posición, es decir cuando tiene dudas de si lo que sostiene es verdad o no sabe si "el que lleva la razón es él". Al mejor estilo de John CLEESE en *La Clínica de la Discusión* de Monty Python, GARGARELLA participa en una discusión no porque tiene la arrogancia de creer que tiene razón, sino para modestamente llevarle la contra al arrogante que sí cree tener razón.

Lo segundo que me viene a la mente es que ante semejante acusación no tengo defensa ya que confieso haber cometido el delito de arrogancia. Como dice el tango: "arrésteme sargento y póngame cadenas". Soy absolutamente culpable de haber cometido una verdadera *hubris* o inmodestia constitucional, la de apartarme de las "posiciones compartidas" —como dice GARGARELLA—, del *consensus omnium fidelium*, el sentido común de todos los fieles representado

[7] La autoría intelectual del delito de compilar los artículos sobre lesa humanidad en un libro en lo que terminó siendo *Si quiere una garantía compre una tostadora* le corresponde a Lisi TREJO.

[8] GARGARELLA, probablemente sin saberlo, repite lo que el oficial del obispo de Tréveris le hizo saber a Martín LUTERO luego de haber examinado su alegato en la Dieta de Worms, cuando el Emperador intentó lograr su retractación: "Martín, has contestado *con más inmodestia* de lo que corresponde a tu persona" (LUTERO, Martín, *Obras reunidas: I. Escritos de reforma*, edición de Pablo Toribio, Madrid, Trotta, 2018, p. 381, énfasis agregado). La arrogancia luterana es proverbial: LUTERO es consciente de que arremetía contra el pensamiento que estaba "apoyado en el uso de los siglos y *aprobado por el consenso de todos*" (p. 240, énfasis agregado) y sin embargo se pregunta: "¿Qué me importa el número y la importancia de los que yerran? Más poderoso que todo es la verdad" (pp. 250-251). En este mismo sentido: "Aquí seré wiclefista y hereje de seiscientos nombres. ¿Y qué?" (p. 235). No puede sorprender entonces que a LUTERO se le atribuya el cierre siguiente de su alegato en Worms: "No puedo hacer otra cosa. Aquí me planto. Que Dios me ayude" (v. p. 381, n. 6).

por "todo el Congreso y la Corte", toda la ciudadanía (al menos la parte que expresa en público su opinión) y obviamente lo que sostiene (aunque dubitativa y modestamente) GARGARELLA.

En los inicios de la modernidad fueron los herejes quienes encarnaron la insolencia de creer que tenían razón mientras debatían contra el consenso o sentido común de su época. Para los jesuitas del siglo XVI —cuya orden había sido creada especialmente para combatir la herejía protestante— era proverbial creer que la soberbia era "el padre y la madre de todas las herejías [*Omnium haereseon parens ac procreatrix superbia*]". Y, como muy bien señalaban asimismo los jesuitas, "*Ubi haeresis ibi superbia. Ubi superbia ibi dissensio* [Donde hay herejes hay soberbia. Donde hay soberbia hay disenso]".[9] Sin embargo, para fines del siglo XVIII, debido a la influencia de la Ilustración, la arrogancia de creer que uno tiene razón en contra de lo que opina el consenso de todos los fieles se convirtió en una virtud. En el acto I, escena 3 de *La flauta mágica* de MOZART, ante la pregunta de Papageno: "¿qué es lo que diremos ahora?", Pamina responde: "¡La verdad! La verdad, aunque fuera delito".[10]

Ciertamente, GARGARELLA alega que: "no estoy afirmando que la interpretación correcta de una norma controvertida es la que surge del otro lado de la ecuación, esto es, la que ocasionalmente ('en la plaza') recibe respaldo mayoritario". Por el contrario, GARGARELLA dice estar "simplemente resistiendo la postura elitista" (p. 111) de creer que uno tiene razón y que precisamente la gran mayoría (al menos de los que se expresan públicamente sobre estos temas) se equivoca. Sin embargo, al oponer el "elitismo" a la gran mayoría (a los tres poderes del Estado y a toda la ciudadanía que se expresa públicamente al respecto) está haciendo exactamente lo contrario de lo que afirma ya que la idea de una élite mayoritaria es una contradicción en sus términos.

Por lo demás, no se entiende qué puede tener de malo ser elitista (es decir, pertenecer a un grupo selecto y minoritario), sobre todo en una disciplina como la nuestra. Si ser elitista fuera un

---

[9] HÖPFL, Hasso, *Jesuit Political Thought. The Society of Jesus and the State, c.1540–1630*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 69, 72. En cambio, para el modesto y humilde cristiano las verdaderas discusiones, los únicos diálogos que valen la pena, son los que tienen lugar adentro de la Iglesia. Como explica Juan DONOSO CORTES: "solo la Iglesia tiene el derecho de afirmar y de negar" y "no hay derecho fuera de ella para afirmar lo que ella niega, para negar lo que ella afirma". De este modo, "la Iglesia, y la Iglesia sola, ha tenido el santo privilegio de las discusiones fructuosas y fecundas" (DONOSO CORTES, Juan, *Ensayo sobre el catolicismo, el liberalismo y el socialismo*, Madrid, Editora Nacional, 1978, pp. 112-113).

[10] La Ilustración, entonces, toma partido por la diabólica serpiente cuando esta última tienta fatalmente a Eva en el paraíso para que coma del fruto del árbol del conocimiento, a pesar de la prohibición divina: "¿Y dónde reside el *crimen* de que el hombre / Logre así el conocimiento?" (MILTON, John, *El paraíso perdido* [trad. Esteban PUJALS], Madrid, Cátedra, 1986, p. 380, traducción ligeramente modificada, énfasis agregado).

problema, entonces todo hereje, todo autor que fuera contra la corriente, todo juez que votara en disidencia, se transformaría automáticamente en un arrogante elitista que cree tener razón, cuando en una sociedad como la moderna, heredera de la Ilustración —es decir una sociedad que valora el disenso—, las disidencias deberían ser bienvenidas. En todo caso, ser elitista o ser una mayoría son simplemente hechos, cantidades, y tanto una élite como una mayoría pueden tener razón o equivocarse. Si nos interesa la verdad no deberíamos entonces prestar atención a que una opinión es elitista o mayoritaria, sino solamente a sus argumentos.

GARGARELLA no solo reprocha mi arrogancia, sino que asocia mi elitismo con no haber realizado el "enorme esfuerzo interpretativo" que requiere un caso difícil. Al respecto debo confesar que muy probablemente la acusación tenga razón nuevamente. No sé si tengo la fuerza que sí posee GARGARELLA (junto a la enorme mayoría de la sociedad aparentemente) para hacer semejante esfuerzo. En mi defensa puedo decir que es por eso que he tratado de abstenerme de participar en discusiones sobre casos difíciles y me limito a los casos fáciles, es decir, casos cuya dificultad no es inherente al derecho aplicable al caso sino a las consecuencias morales o políticas del caso.

Por otro lado, las afirmaciones de GARGARELLA en el fondo son bastante más arrogantes de lo que parecen, ya que GARGARELLA da a entender que no piensa realmente que el caso Muiña sea tan "difícil" o que requiera un "enorme esfuerzo interpretativo". En efecto, según él, una vez que tenemos en cuenta que "i) el legislador dictó la ley del 2 x 1 consciente de que los beneficios que dicha ley reconocía no iban a aplicarse sobre los delitos de lesa humanidad, entonces amnistiados; ii) el delito en cuestión (desaparición de personas) es un delito 'continuo', que por lo tanto el acusado 'lo seguía cometiendo' (el Código Penal y el principio de ley más benigna aludiría en cambio a delitos ya terminados)", y "iii) los crímenes de lesa humanidad siempre 'corrieron por cuerda separada' en relación con los demás delitos, tanto por su gravedad, como por las exigencias de la comunidad internacional en la materia" (p. 111), entonces salta a la vista cuál debe ser la solución del caso. En otras palabras, si aceptamos la tesis de la imprevisión legislativa, si concedemos que se trata de un delito continuo y si entendemos que los delitos de lesa humanidad "corren por cuenta separada", entonces no hace falta ser un *rocket scientist* para entender cómo debió haber sido el fallo "Muiña".[11]

[11] Como en otro lugar ya he tratado la teoría de la imprevisión legislativa y la idea de que en Argentina coexisten dos derechos penales, uno común y otro Infinia (o V-Power) (v.g., v. ROSLER, Andrés, *Si quiere una garantía compre una tostadora. Ensayos sobre punitivismo y Estado de derecho*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2022, pp. 61-93), aquí solo quisiera agregar con relación a que el delito en cuestión es "continuo", que no solo se trata de una cuestión dogmática antes que estrictamente jurídica, sino que además esto supone que el acusado o condenado todavía tenía a la víctima en su poder y

Alguien podría sostener asimismo que en este caso estamos en presencia de un debate o desacuerdo acerca de si casos como el de Muiña son fáciles o difíciles. De hecho, tal vez el punto de GARGARELLA sea que se trata de casos fáciles pero de segundo orden: es *fácil* percibir que se trata de casos *difíciles*, en cuyo caso GARGARELLA también, nuevamente, cae en la tentación de la arrogancia de creer que tiene razón, los efectos de la trivialización, etc., y entonces —como se suele decir en inglés— el zapato estaría en el otro pie, o como dice el poeta latino Horacio: *de te fabula narratur*.

El propio "test de la mirada" al que recurre GARGARELLA para resolver lo que considera "un caso difícil" (p. 111) y a veces incluso "muy difícil" (p. 111), indica que en el fondo él cree que el caso es mucho más fácil de lo que parecería a primera vista. En primer lugar, la idea misma de que una mirada de frente (realmente existente o hipotética) puede resolver un caso muestra que este último no es tan difícil —y mucho menos "muy difícil"— como parece. En segundo lugar, si lo que ocurre en un caso difícil es que existen "muchas formas razonables de pensar y resolver los desacuerdos jurídicos que tenemos" (p. 113), en un caso realmente difícil es normal esperar que *todos* quienes defienden las posiciones involucradas en el debate estén en condiciones de mirar de frente a quienes defienden las *otras* formas razonables de resolver el desacuerdo jurídico.[12]

---

estaba especulando con el paso del tiempo para beneficiarse de la posible sanción de una ley más benigna. No parece ser el caso en cuestión.

[12] Después de todo, los casos difíciles son aquellos en los cuales hay más de una solución posible conforme al derecho vigente. De otro modo no serían tan difíciles (v., v.g., FINNIS, John, "On Reason and Authority in *Law's Empire*", en *Law and Philosophy*, VI, 1987, pp. 371-372). GARGARELLA reconoce que toma el "test de la mirada" de la obra de Philip PETTIT (p. 107 s.), aunque le da un uso no solo totalmente diferente sino exactamente opuesto al de PETTIT. Mientras que PETTIT emplea el test para poner a prueba si alguien se siente intimidado o dominado por otros (v., v.g., PETTIT, Philip, *Just Freedom: A Moral Compass for a Complex World*, New York, Norton, 2014, p. 82) —lo cual es incompatible con toda forma genuina de republicanismo—, GARGARELLA lo usa para pronunciarse a favor de la restricción del alcance de una garantía penal, lo cual es precisamente una forma de intimidación o dominación. De ahí que si usáramos el test en su formulación originaria le daríamos la razón al acusado en un juicio penal (la violación de una garantía penal no puede ser entendida como una contribución a la libertad), jamás a la acusación. En realidad, el uso que le da GARGARELLA al test de la mirada es republicano pero en el sentido clásico de la expresión. Si bien giraba alrededor de la libertad como no dominación, la república clásica no solo incluía a la esclavitud como una parte constitutiva del régimen, sino que además ella es en gran medida la fuente de la que proviene el derecho penal del enemigo ya que estaba fuertemente interesada en defender a la república de sus enemigos internos y externos (v., v.g., ROSLER, Andrés, *Razones públicas. Seis conceptos básicos sobre la república*, Buenos Aires, Katz, 2016, pp. 272-288; *supra* nota 10, pp. 43-47). En cambio, según el republicanismo moderno defendido por el propio PETTIT, "los agentes del derecho penal representan fuerzas potenciales de dominación que son difíciles de mantener a raya incluso para el régimen republicano más concienzudo", y de ahí el principio de "parsimonia" o "frugalidad" penal que defiende PETTIT (v. PETTIT, Philip, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, Oxford, Oxford University Press, 1997, pp. 154-155). En lo que atañe al derecho penal, entonces, el republicanismo de PETTIT no

Finalmente, si bien GARGARELLA afirma que "las garantías constitucionales son incondicionales", él propone someter dichas garantías incondicionales a un test de la mirada.[13] Es natural que semejante propuesta despierte curiosidad ya que da la impresión de que en realidad las garantías solo serán incondicionales si aprueban el test. ¿Para qué, de otro modo, proponer un test que no hace diferencia alguna? GARGARELLA podría responder que, así y todo, el test de la mirada puede ser reconciliado con la naturaleza incondicional de las garantías debido a que "el problema consiste en delimitar los alcances precisos de su extensión" (p. 107). Semejante idea equivale a sostener que el derecho de libertad o el de la propiedad privada son "incondicionales" incluso si como resultado de haber delimitado "los alcances precisos de la extensión" de dichos derechos alguien está en prisión (que consiste en una pena privativa de la libertad)[14] o ha sido privado de su propiedad mediante una confiscación (o algo parecido).

Lo mismo se aplicaría al caso de quien comprara un electrodoméstico con garantías "incondicionales" y se enterara al momento de exigir el cumplimiento de la garantía de que el desperfecto que sufría el aparato bajo garantía no estaba cubierto por dicha garantía incondicional. En casos como estos sería mucho más certero reconocer que incluso las garantías penales no son incondicionales. Y si quisiéramos insistir en que las garantías constitucionales son incondicionales y en todo caso el problema es delimitar los alcances precisos de su extensión, habría que sostener entonces que la protección de los derechos y garantías (incluyendo la de los electrodomésticos) se extiende *sobre todo* a la "delimitación de los alcances precisos de su extensión". De nada le sirve a un acusado contar con garantías incondicionales si a la hora de interpretarlas se puede quedar sin ellas.

---

es sino una forma de liberalismo bajo otro nombre, ya que PETTIT parece ser consciente de los peligros que se corren al entender a la libertad en términos morales como la ausencia de dominación, como por ejemplo creer que alguien sigue estando libre a pesar de que se encuentra en prisión, siempre y cuando la pena hubiera sido aplicada justificadamente.

[13] No queda del todo claro si el test de la mirada es moral o jurídico, no solo porque GARGARELLA dice que debe ser usado para cuestiones de "interpretación jurídica" aunque no por los jueces, sino que además la formulación mezcla cuestiones jurídicas (v.g. regía una amnistía) con cuestiones extra-jurídicas (MUIÑA estuvo prófugo o cuánto tiempo estuvo en vigencia la ley del 2 x 1, v. p. 107 s.). Además, si realmente se tratara de un test moral sería completamente redundante: la moral solo es relevante en una discusión jurídico-penal si el derecho mismo la invoca o si estamos decidiendo si vamos a obedecer el derecho.

[14] En una nota al pie de su *Contrato social*, ROUSSEAU describe precisamente este estado de cosas: "En Génova se lee delante de las prisiones y en los grilletes de los galeotes la palabra *Libertas*. Esta aplicación de la divisa es hermosa y justa. En efecto, solo los malhechores de toda condición impiden al ciudadano ser libre. En un país en que todas estas gentes estuvieran en galeras se gozaría de la libertad más perfecta" (ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Del Contrato social* [trad. Mauro ARMIÑO], Madrid, Alianza, 1980, p. 295).

Decir entonces que hay que dialogar sobre (o ponderar o interpretar) las garantías, o que existen garantistas "que lee[n] el derecho de modo diferente" (p. 107), sólo es una manera de postergar la decisión, ya que en derecho penal las alternativas siguen siendo garantismo (*nullum crimen sine lege)* o punitivismo (*nullum crimen sine poena*).[15] Las ponderaciones, "las lecturas diferentes" y/o los diálogos serán garantistas o punitivistas, liberales o anti-liberales, según cuál sea el resultado de la ponderación, la interpretación o el diálogo. De ahí que incluso un diálogo puede ser anti-liberal o punitivista si como consecuencia de dicho diálogo terminamos violando las garantías penales.

Para terminar, coincido con GARGARELLA en que el "último giro que trajo 'la saga Muiña'" fue un "giro interesantísimo", a saber la así llamada "ley interpretativa" 27362 que, como dice GARGARELLA, "fue aprobada de forma unánime (menos un voto) por el Congreso de la Nación, luego de una multitudinaria movilización popular, y dispuso la inaplicabilidad [retroactiva] del cómputo del '2 x 1' a los crímenes de lesa humanidad" (p. 108), aunque la razón por la cual me parece un "giro interesantísimo" es diferente creo a la de GARGARELLA. La ley penal retroactiva 27362 me parece interesantísima porque nos retrotrae a la situación de Alemania en 1933 en ocasión de la tristemente célebre *Lex van der Lubbe*, la ley penal retroactiva más gravosa sancionada para castigar el incendio del Reichstag con la pena de muerte,[16] con la siguiente diferencia: mientras que en Argentina dicha ley penal retroactiva fue sancionada casi unánimemente por el Congreso a propuesta del Poder Ejecutivo y convalidada por la Corte Suprema de Justicia en el fallo "Batalla" (que contiene la histórica disidencia de Carlos ROSENKRANTZ), al menos en el gabinete de HITLER se manifestaron voces de resistencia por parte del Ministro Franz GÜRTNER y del Secretario de Justicia Franz SCHLEGELBERGER a la sanción de la *Lex van der Lubbe*.[17]

La similitud parcial entre lo que ocurre en Argentina en democracia y lo que ocurría en la Alemania de HITLER no termina aquí. Los juristas alemanes que entre fines de septiembre y principios de octubre de 1933 participaban en Leipzig de las Jornadas de Juristas Alemanes —las primeras bajo el nuevo régimen—, a comienzos de octubre de 1933 organizaron una marcha hacia el Tribunal del Reich en apoyo de la ley penal retroactiva mientras se sustanciaba el juicio a VAN DER LUBBE. Preocupado por la multitudinaria movilización popular, el presidente de la sala penal del Tribunal —Wilhelm BÜNGER— salió en defensa de la independencia del poder judicial al dar a conocer públicamente que: "Sólo lo que se trata en esa sala, no lo que ocurre afuera de parte

[15] V. ROSLER, Andrés, *supra* nota 10, cap. 1.

[16] Sobre el caso van der Lubbe, v. ROSLER, Andrés, "Quien dice Estado de derecho quiere engañar. Carl Schmitt y el antipositivismo jurídico nacionalsocialista (1934-1936)", en *Prohistoria*, 40, 2023, pp. 12-17.

[17] V. KOENEN, Andreas, *Der Fall Carl Schmitt. Sein Aufstieg zum "Kronjuristen des Dritten Reiches"*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1995, p. 480.

desautorizada, tiene importancia para la justicia alemana".[18] Para el presidente del tribunal, entonces, durante un juicio penal, una movilización popular —máxime si es multitudinaria y abrumadora— no solo es jurídicamente irrelevante sino que además puede terminar siendo extremadamente peligrosa. Parafraseando a Obdulio VARELA ("el Negro Jefe" como dice Jaime ROOS), en un juicio penal conforme al Estado de derecho, "los de afuera son de palo".

A continuación, por lo tanto, los lectores encontrarán un variado abanico de temas y perspectivas sobre *Contra la corriente*, el último libro de Federico MORGENSTERN. Solo resta desearles buen apetito.

[18] SCHENKEL, Silvan, *Der Deutsche Juristentag 1933. Die kumulative Selbstmobilisierung der juristischen Professionselite in der Formierungsphase des NS-Regimes*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023, p. 35.