

DERECHO Y POLÍTICA EN LOS JUICIOS DE LESA HUMANIDAD, Y UNA DISCUSIÓN QUE SE DIFICULTA. RESPUESTA A ANDRÉS ROSLER

Roberto GARGARELLA*

Fecha de recepción: 23 de noviembre de 2025

Fecha de aceptación: 3 de marzo de 2026

Agradezco a Leandro DIAS en particular, y a los editores de la revista *En Letra: Derecho Penal*, en general, por haberme invitado a escribir esta breve réplica, luego de la publicación del n.º 20 de la revista, con un Simposio dedicado al libro *Contra la Corriente*, de Federico MORGENSTERN. La invitación se encuentra relacionada con la introducción que escribiera al Simposio mi viejo amigo Andrés ROSLER, que se torna llamativamente virulenta cuando se dedica a comentar mi contribución al número. Tomo esa introducción como última instancia de una discusión que lleva ya varios años, que se intensificó con el dictado del fallo “Muiña”, en el 2017, por parte de la Corte Suprema (y, en particular, con las opiniones del juez y colega Carlos ROSENKRANTZ, en dicho caso y luego, en “Batalla”), y que contrapondría las posiciones de dos grupos, con visiones aparentemente antagónicas sobre estos temas, referidos a la aplicación del derecho penal en los casos vinculados con crímenes de lesa humanidad. Andrés y yo expresaríamos, a través de nuestros desacuerdos en la materia, ejemplos de esas dos visiones enfrentadas. Tales diferencias involucrarían desacuerdos en torno a los modos en que interpretar el derecho; los alcances y límites de las funciones de legisladores y jueces (i.e., la posibilidad de que el Congreso dicte una ley interpretativa; el lugar que los jueces pueden reservarle al razonamiento moral, en sus decisiones); las implicaciones del principio de separación de poderes; las relaciones entre derecho, moral y política; el peso de los principios del derecho penal liberal; las relaciones entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho local; etc.

En lo que sigue, y luego de establecer una primera delimitación al marco de nuestras diferencias, quisiera mostrar que, aunque los desacuerdos existen y son relevantes, el debate de

* Profesor de Derecho Constitucional (UBA/UTDT) e investigador del CONICET.

ideas se dificulta, por la obstinación que muestra Andrés en reducir al absurdo lo que sostienen sus ocasionales adversarios; o ridiculizarlos, presentando siempre la peor versión posible de lo que ellos sostienen; o ironizar sobre los argumentos que critica, para finalmente (una vez contruidos los “hombres de paja”) desatenderlos o burlarse de ellos; o incurrir en permanentes falacias, tomando a la parte por el todo; o presentar afirmaciones contundentes y exageradas, destinadas a eliminar los matices que existen en la discusión; etc. Actuando de este modo, en estos casos, Andrés incurre en el riesgo de caer en el mismo error que impugna, y que atribuye a quienes no piensan como él: presentar sus posiciones políticas como desacuerdos jurídicos. Esto significa, en otros términos, utilizar al derecho estratégicamente, como forma de avanzar o sostener posiciones políticamente motivadas.

Derecho y política en la Argentina

Comenzaría esta brevísima respuesta con una introducción referida al “terreno” sobre el cual se produce la disputa del caso. Me refiero a un área centrada en uno de los temas más sensibles y controvertidos de nuestra historia política, cual es el enjuiciamiento de los crímenes cometidos por la última dictadura. Es decir, el punto de partida del debate nos anuncia que vamos a movernos en torno a cuestiones delicadas, donde muchos tenemos posiciones ya tomadas de antemano, relacionadas con heridas profundas, todavía abiertas, derivadas de las más graves violaciones de derechos humanos ocurridas en la historia de nuestro país.

Si el punto de partida es difícil, los desarrollos que siguieron, desde allí, tornan la conversación (y así, seguramente, las posibilidades de una conversación razonada) mucho más complicada todavía. Desde entonces (digamos así, desde la vuelta de la democracia en 1983, que significó, inmediatamente, el inicio del enjuiciamiento de los crímenes de la dictadura), la relación entre el derecho y la política, en esta área, evolucionó de un modo extremadamente conflictivo. Propongo, de modo muy provisional, resumir esa relación que se ha dado entre el derecho y la política, en estas últimas décadas, distinguiendo tres períodos: i) una primera etapa, que es la que tiene como punto culminante al Juicio a las Juntas, y en donde —así lo sugiero— se dio una *relación virtuosa entre derecho y política*: una política que hizo sus mejores esfuerzos para hacer posible lo que no estaba llamado a ocurrir; y un derecho que procuró (de manera muy noble, dado lo extraordinario que representaba el juicio) llevar adelante los procesos del caso asegurando el máximo respeto de las garantías de los acusados; ii) una segunda etapa, de *embate de la política contra el derecho*, en donde la política contradujo, enfrentó y buscó derribar las decisiones alcanzadas por la justicia. Esta etapa tuvo, como punto más saliente, los indultos dados por Carlos MENEM hacia los condenados

(militares y guerrilleros) al comienzo de su gobierno; y iii) una tercera etapa, de *uso político del derecho*, que fue inaugurada por el gobierno de Néstor KIRCHNER. Sobre esta tercera etapa, que es la más pertinente para el análisis que sigue, cabría decir que KIRCHNER, quien había llegado al poder con un porcentaje muy bajo de votos, entendió prontamente que el recurso a la política de derechos humanos le ofrecía una herramienta óptima para reforzar la frágil legitimidad inicial de su gobierno. Durante esta etapa, que es la que más nos interesa, la política partidaria pasó a gobernar el área, encubierta bajo el lenguaje del derecho, y para propiciar decisiones, en muchos casos, abiertamente antijurídicas. Ellas incluyeron, de manera particularmente saliente, la ilegal extensión de la prisión preventiva para militares no condenados; la indebida negación de la prisión domiciliaria para militares mayores de edad; o la asignación de valor probatorio suficiente a indicios que distaban de constituir una prueba contundente, contra militares acusados de violaciones graves de derechos humanos.

Reivindicando —como debe ser— el derecho penal liberal, y el respeto de las garantías penales (para todos, pero muy en particular para aquellos con quienes no simpatizamos), Andrés ha puesto una atención muy especial en (lo que aquí denominara) esta tercera etapa, y ha objetado a activistas, abogados, legisladores, jueces y juristas, en apariencia dispuestos a sacrificar los principios del derecho penal liberal en favor de objetivos políticos. Esa tarea, de crítica a dichos y decisiones que socavaban, finalmente, la legitimidad del derecho, resultó, en principio, bien dirigida e importante. Se trataba de denunciar hipocresías políticas, resguardando a los principios y garantías del derecho penal liberal, y manteniendo así el buen nombre y prestigio de la política de derechos humanos iniciada en 1983.

Sin embargo, la tarea propuesta también encerraba un riesgo serio, en el que —penosamente— se incurrió desde un comienzo. Y es que, i) si bien (a la luz de la historia resumida) debemos hacer una defensa liberal de las garantías penales que corresponden (también) a los militares acusados en los juicios de lesa humanidad; y ii) es un hecho que han existido muchas decisiones (políticas y jurídicas injustificables), impulsadas desde el gobierno (kirchnerista, en particular) contra los militares enjuiciados; iii) ello no niega la existencia de un muy amplio espacio intermedio, en donde hay (y pueden ser defendidas) decisiones que implican continuar o profundizar las políticas de enjuiciamiento de los crímenes de la dictadura, sin ofender al derecho liberal, ni implicar manipulaciones políticas del derecho. Y mi impresión es que Andrés (como Federico) sigue(n) escribiendo como si ese espacio no existiera, o como si no existieran argumentos para criticar ciertas decisiones judiciales favorables a los militares imputados; o no fuera válido defender determinadas condenas o acciones contra los imputados, sin incurrir en otro acto de manipulación grosera e

indebida del derecho. Por ello la obstinación que muestra con presentar cualquier postura disidente (sic) —distinta de la que él defiende en el área— como un caso de “hipocresía” legal; una muestra de “interpretativismo” (sic) desbocado; o un ejemplo del “hacer derecho mirando la cara del cliente”.

Entiendo que la virulencia de críticas como las que avanza Andrés en la introducción que aquí comento (que se manifiesta también en la impermeabilidad a atender cualquier matiz frente a la posición que él o su grupo de pertenencia mantienen, o en la radicalidad de las impugnaciones que se realizan contra quienes piensan diferente), expresa —más que la presencia de un liberalismo acendrado— la insistencia en una posición dogmática, que no acepta disidencias. Se trata de una posición extrema que se afirma en una dicotomía según la cual, en materia de juicios de lesa humanidad, el liberalismo solo puede reconocer una línea de respuestas posibles, frente a las cuales todo desacuerdo debe ser tratado como tramposo o manipulativo.

Una discusión que se torna imposible

En lo que queda de este breve comentario, quisiera reforzar mi punto inicial, referido a la dificultad de mantener una conversación académica con Andrés. Ello (de lo que tengo constancia personal, por los varios debates que hemos tenido, presencial o virtualmente; oralmente y por escrito; directa e indirectamente), debido a los modos en que presenta sus posiciones, frente a quienes disienten con él. Esos modos incluyen, como anticipara, reducciones al absurdo de las posiciones que critica; ironías y descalificaciones sobre sus adversarios; la afirmación de dicotomías inexistentes, exageraciones sobre sus tesis, falacias de composición; la presentación, en su peor versión, o en su versión más ridícula, de los argumentos de quienes no piensan como él; etc. Como apoyo de lo que sostengo me remito, simplemente, al siguiente ejercicio. Tomando en cuenta las muchas y diversas intervenciones públicas de Andrés, en el área (a través de libros, revistas, artículos periodísticos, entrevistas, conferencias), selecciono algunas de sus principales y más reiteradas afirmaciones en el área, y señalo luego algunos de los manifiestos problemas que las afectan. Aunque considero que las afirmaciones que cito son las más relevantes y habituales en su argumentación (algo que, supongo, cualquiera que conozca el pensamiento de Andrés puede ratificar), entiendo que pueden encontrarse debilidades y problemas similares a los que aquí señalo, en cualquier elenco de alternativas representativas que se ofrezcan, sobre su producción en el área (por lo cual, la invitación está abierta).

- Que la secuencia “Muiña” – *ley interpretativa* 27.362 – “Batalla” implica la “muerte del derecho penal liberal” en la Argentina. Se trata de una afirmación que Andrés ha hecho en numerosas entrevistas (Infobae, La Nación) y charlas (UBA), en el 2017, basada en una idea (que el “uso político” del derecho internacional de los derechos humanos “erosiona hasta hacerlo desaparecer al derecho penal liberal clásico”) que ya había sugerido en artículos publicados en diversas revistas jurídicas (i.e., las Revistas Jurídicas de la Universidad de Palermo, en el 2006, o Di Tella, en el 2013). Sin embargo, la idea es tan espectacular como falsa, aun aceptando que, en las argumentaciones, se hagan afirmaciones exageradas, destinadas a llamar la atención de los destinatarios. Y es que (con todos los problemas propios de la práctica jurídica, en nuestro país —problemas relacionados, sobre todo, con desigualdades de recursos que, cabe agregar, no están en el centro de las preocupaciones de Andrés) el derecho penal liberal goza de buena salud en el país. Nadie en su sano juicio podría decir que lo que prima en nuestro derecho son las violaciones a las garantías del “juicio previo”, el principio de legalidad, el principio de inocencia, la “irretroactividad”, el “non bis in idem”; etc. Mucho más que eso, la difícil historia reciente, en relación con los juicios de lesa humanidad, no ha imposibilitado la adopción de decisiones muy liberales en el área (i.e., hace pocos días, un fallo de la propia Corte Suprema, fallo 23/10/25 sobre prisión preventiva para militares acusados, a partir de una “interpretación restrictiva” en la materia).
- Que el “interpretativismo” “a la Dworkin”, permite que los jueces “reescriban” leyes claras bajo el pretexto de interpretarlas (un tema recurrente en sus escritos en la revista que dirige, *En Disidencia*). Se trata de otra afirmación de un tipo que resulta común en sus escritos: provocativa, pero muy imprecisa, y finalmente irrazonable. Ello, en particular, si tenemos en cuenta que Dworkin (quien pide, justamente, “tomar los derechos en serio”) se dedicó siempre a defender los derechos de minorías “impopulares” (i.e., durante los tiempos de leyes penales persecutorias, luego del 11 de septiembre del 2001); o que la mayoría de nuestros jueces ignoran o se desinteresan por la filosofía jurídica de Dworkin; o que, para tomar los casos más extremos, nuestros jueces tampoco interpretan como lo haría Dworkin, esto es, pensando en el “derecho como integridad” o emulando la escritura de una “novela en cadena”.
- Que “la izquierda argentina se ha vuelto punitivista”, como señaló en *La Nación* del 12 de mayo de 2017; o que “La izquierda cayó en la tentación de creer que cuanto peor se castigue a un represor, más virtuoso se vuelve uno mismo”, como sostuvo en una conferencia en la UBA, en el 2018. Se trata de otra generalización injusta (una falacia de composición, que indebidamente quiere contaminar al todo a partir de los problemas de una parte), cuando

muchos de quienes defendemos ideas de izquierda; nos interesamos por el enjuiciamiento a los responsables de crímenes de lesa humanidad; y trabajamos en áreas vinculadas con el derecho penal argentino —pienso, por ejemplo, en mi propio caso, tanto como en el de algunos de los que integran mi cátedra en la UBA— mantenemos una posición consistentemente crítica del punitivismo estatal, y defensora de las garantías liberales. Señalo esos casos (incluyendo al mío) en conciencia de que el espectro de personas incluidas en esa exigente categoría (personas que i) participan de la discusión pública; ii) trabajan en áreas relacionadas con el derecho penal; iii) abrazan posiciones de izquierda; iv) se interesan activamente por la evolución de los juicios en el área de los juicios de lesa humanidad) es muy reducido, por lo cual, las confusiones, imprecisiones e injusticias que inducen, en esos ámbitos tan pequeños, las falacias de composición (el tomar a una parte por el todo), resultan especialmente gravosas —y agraviantes—.

- Que las críticas al caso “Muiña” implicaban hacer “derecho penal conforme a la cara del cliente” (así, en su libro *Si quiere una garantía, compre una tostadora*; o en un artículo en *Seúl*, 2024). Andrés parece asumir que los críticos del fallo (todos) se mostraban bien dispuestos a sostener principios liberales (i.e., la ley más benigna o la irretroactividad del derecho), en una mayoría de casos, pero que abandonaban prontamente su liberalismo cuando las garantías los llevaban a proteger las garantías de “públicos no queridos”, como los militares acusados de haber participado en la represión ilegal. Se trata, otra vez, de una acusación infundada, que parte de construir a sus adversarios como “hombres de paja”, o de tomar la peor versión de lo que los críticos afirman. Ello, cuando lo cierto es que hay muchos argumentos jurídicos posibles para impugnar la aplicación de la ley del 2 x 1 para Muiña (por ejemplo, porque la ley 2 x 1 se dirigía a ciertos delitos, y no otros que habían sido *siempre* objeto de un tratamiento diferente —justamente, los delitos de lesa humanidad—; porque en un país democrático, el órgano democrático por excelencia, ratificó esa respuesta diferente para ciertos crímenes; porque Muiña no había sufrido los padecimientos —el encierro— que la ley de 2 x 1 se proponía reparar, por haber estado prófugo de la justicia; porque el derecho internacional de los derechos humanos resiste tal posibilidad; etc., etc.). Pensar que no hay caso posible para ninguno de tales argumentos, o que ellos solo pueden sostenerse a través de un uso manipulativo del derecho, es exagerado, es tomar el todo por la parte, y es falso, finalmente. Resulta perfectamente posible —como lo hemos hecho tantos— argumentar en pos de alguna de tales posturas (o varias), de buena fe, y sin renunciar a ninguna de las garantías penales del derecho liberal.

- Que el caso “Muiña” era un caso “fácil” porque “si la ley más benigna rige entre el hecho y la sentencia, se aplica la ley más benigna, siempre”. Nuevamente, nos encontramos frente a una afirmación tan contundente como exagerada (entonces, finalmente falsa) ya que existen muchos desacuerdos posibles y razonables en torno a los fundamentos principales del fallo (algunos fueron mencionados en el punto anterior), entre abogados y juristas que han estudiado el caso y lo han tomado en serio. Por ejemplo: una ley puede determinar que el consumo de marihuana ya no se encuentra penalizado en el país, y beneficiar de ese modo a algunos condenados por el consumo de estupefacientes. Sin embargo, esa ley “más benigna”, en un área vinculada con el consumo de estupefacientes, no puede ser alegada por quienes han sido condenados por el consumo de cocaína, aunque aleguen la necesidad de respetar al derecho penal liberal: no se trata de una ley que abarque el tipo de conductas en las que ellos incurrieron, y que el derecho penal vigente criminaliza y decide seguir criminalizando.
- Que la ley interpretativa 27.362 implicó —según sostuviera Rosler en Infobae, en mayo del 2017— un modo de legislar “con la plaza llena, para satisfacer la demanda emotiva del momento”, constituyendo por tanto un caso de “populismo penal”. La lectura que propone Andrés implica, una vez más (y ya es una costumbre en él) presentar a lo que hacen o dicen sus adversarios, en su peor versión imaginable. Ello, cuando no solo es posible reconstruir del modo opuesto lo hecho por el Congreso, sino que además dicha reconstrucción encajaría bien con lo que resulta esperable que haga el Poder Legislativo, en una democracia representativa: prestar atención y mostrarse sensible frente a los más profundos y convencidos reclamos democráticos de las mayorías. Anticipándome a Andrés, agregaría que decir esto (que tiene que ver con las tareas que le corresponden al Poder Legislativo) de ningún modo implica negar el papel que, en esa democracia representativa, sigue teniendo la justicia —aun, por supuesto, en casos como este, bajo análisis—. La justicia sigue teniendo la posibilidad de resguardar los derechos de las minorías, aun o sobre todo las más impopulares (como pudo hacer, recientemente, limitando el uso de la prisión preventiva para militares acusados).
- Que “si toda ley necesita interpretación, entonces la ley interpretativa también necesitaría otra ley interpretativa” (implicando una “regresión al infinito”, como sostuviera en *En Letra* de junio de 2025). Se trata de otra afirmación injustificada, y que llega, en este caso, a una conclusión disparatada: toda ley puede requerir interpretación, pero ello no significa, de ningún modo, que toda ley necesite el dictado de una ley que la interprete, lo cual constituye un absurdo para quienquiera que discuta sobre la situación. Esa decisión excepcional del Congreso —la ley 27.362— se basó en la muy especial controversia generada por la

interpretación de la ley del 2 x 1, en su específica aplicación sobre crímenes de lesa humanidad.

- Que “ya no hay derecho, porque todo es teoría del derecho”. Se trata de otra afirmación rimbombante, habitual, y carente de sentido.
- Que un caso como “Batalla” evidencia que “ha colapsado la frontera entre el derecho vigente y las creencias de los jueces acerca de cuál debería ser el derecho vigente”, lo cual también aparece como una exageración de poco interés.

El listado anterior representa, en definitiva, un muestrario de algunas de las afirmaciones más comunes y relevantes hechas por Andrés ROSLER, en sus discusiones en torno a la política de derechos humanos en la Argentina, en años recientes. Me interesó presentar y mostrar las debilidades propias de esas argumentaciones que, además, y por características como las señaladas, dificultan el progreso de una conversación académica con ROSLER, en la materia. Según procuré mostrar, a través de ese abanico de ejemplos, ROSLER acostumbra, por medio de sus afirmaciones más habituales, a burlarse de sus adversarios (“hacen derecho según la cara del cliente”); a ridiculizarlos, tomando lo que ellos dicen o hacen, en su peor versión (“están haciendo derecho a la carta”, “legislan a plaza llena para satisfacer una demanda emotiva”); a tomar lo que hace una parte de ellos, como si fuera el todo, de forma tal de involucrar al conjunto en la defensa de las posturas más extremas, y sin dar lugar a matices (“abandonan el liberalismo que proclaman, para sostener el punitivismo penal, cuando se trata de sus enemigos militares”); a desestimar o no considerar en absoluto argumentos y refutaciones perfectamente atendibles, etc. (como la que sostiene que el carácter interpretativo del derecho no requiere comprometerse a dictar leyes interpretativas al infinito). Tal vez, problemas como los citados sugieren que Andrés, finalmente, se encuentra incurriendo en la peor falta que atribuye a sus adversarios, esto es, tratar de avanzar posiciones políticas (schmittianas, conservadoras), utilizando como medio al lenguaje del derecho.