

Recensiones

“SI QUIERE UNA GARANTÍA, COMPRE UNA TOSTADORA. ENSAYOS SOBRE PUNITIVISMO Y ESTADO DE DERECHO”, DE ANDRÉS ROSLER

Lucía Solavagione (Bonn)

Fecha de recepción: 20 de agosto de 2022
Fecha de aprobación: 14 de octubre de 2022

ROSLER, Andrés, Si quiere una garantía, compre una tostadora. Ensayos sobre punitivismo y estado de derecho, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editores del Sur, 2022.

Recientemente terminé la lectura del último libro de Andrés Rosler: *Si quiere una garantía, compre una tostadora. Ensayos sobre punitivismo y Estado de derecho*, más conocido a secas como *La tostadora*.

Rosler no se dedica al derecho penal, sino a la filosofía política y a la filosofía del derecho. Sin embargo, hoy se ha convertido, a mi modo de ver, en lectura imprescindible para todos los que sí nos dedicamos principalmente a esta rama del derecho.

La tostadora combina dos características que suelen definir a los textos de Rosler: a la vez que se toman con seriedad el trabajo académico, son muy amigables, amenos, incluso para los extraños al derecho. Creo que estas dos características, además de la elegancia en el estilo de escritura del autor, explican en gran medida el éxito editorial de su último libro —así como también el de su penúltimo libro *La ley es la ley. Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*—. Estas dos obras conforman la saga rosleriana en defensa de la autoridad del derecho y en contra del así llamado interpretativismo. *La tostadora* se centra en la especial vinculación entre esa corriente y el derecho penal. En particular, se resaltan allí los “daños” o efectos negativos de esta vinculación, de la mano

de los ejemplos del fallo “Batalla” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina y del juicio a Luis XVI.

Muy brevemente: el interpretativismo se caracteriza según Rosler por sostener que: i) el derecho debe ser *siempre* interpretado, ii) esa interpretación debe implicar una valoración moral y, como consecuencia de i) y ii), iii) los jueces son co-autores del derecho.¹ El punitivismo, por su parte, es en pocas palabras una corriente cuyo fin es “eliminar la impunidad cueste lo que cueste”.²

Creo que la tesis central del libro es la siguiente: el interpretativismo repercute en las, diría el propio Rosler, “otrora sagradas aguas del derecho penal”.³ Un derecho que, como sabemos, constituye la alternativa más gravosa que tiene el Estado para intervenir en la vida de un sujeto. Por lo tanto, las consecuencias de una mala aplicación de la ley (o directamente de su no aplicación) pueden ser verdaderamente preocupantes. Esta tesis central se podría resumir como sigue: *el interpretativismo es una herramienta o un vehículo del punitivismo*.

Para evitar algunos malentendidos, corresponde hacer una aclaración fundamental respecto de la crítica rosleriana al interpretativismo. No se trata de que el derecho consista *únicamente* en reglas que no deben ser interpretadas *nunca*. Porque Rosler no duda de que por supuesto habrá disposiciones normativas que requieran interpretación. Es más, ni siquiera duda de la posibilidad de apartarse o de desobedecer el derecho en determinados casos. Pues, según Rosler, tan irracional como sostener que la ley *siempre* debe ser interpretada sería sostener que *nunca* debe ser interpretada (o que la aplicación del derecho es puramente mecánica).

¹ ROSLER, *Si quiere una garantía, compre una tostadora. Ensayos sobre punitivismo y Estado de Derecho*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editores del Sur, 2022, p. 62. Cabe agregar que las tesis i) y iii) son de algunas de las diversas escuelas del realismo jurídico y son, además, tesis descriptivas que pueden ser verdaderas o falsas. Por el contrario, la tesis ii) es ajena a toda corriente realista —las cuales son descriptivas— dado que es una tesis normativa (carece de valor de verdad). Esta constituiría lo que Tarello llama una ideología de la interpretación (es decir, una serie de prescripciones al juez sobre qué es interpretar “correctamente”). Al respecto, véase entre otros: TARELLO, *El realismo jurídico americano*, Lima, Palestra Editores, 2017, pp. 104 ss.; TARELLO, *La Interpretación de la ley*, Lima, Palestra Editores, 2013, p. 13; CHIASSONI, *El problema del significado jurídico*, Ciudad de México, Editorial Fontamara, 2019, p. 124 ss., 129. Este es un punto central pues, como acertadamente señala Rosler, el interpretativismo se presenta como una descripción del derecho y no como lo que en realidad es: una serie de recomendaciones a los jueces. Podría sospecharse, entonces, que el interpretativismo pretende mostrarse como una variante del realismo cuando lo cierto es que está lejos de serlo. Esta corriente, entonces, opera bajo el deshonesto método de las definiciones persuasivas. Nos dice que informa cuando en realidad lo que pretende es prescribir.

² ROSLER, *supra* nota 1, p. 37.

³ ROSLER, *supra* nota 1, p. 142.

Sobre lo que sí duda Rosler es, por un lado, sobre la necesidad ubicua de interpretación y, por otro, sobre la confusión (¿intencional?) entre supuestos en los cuales sí es necesaria la tarea interpretativa del juez —es decir, “casos difíciles” por problemas vinculados a la vaguedad, ambigüedad, indeterminación, etc. de las premisas normativas en cuestión— y “casos claros” en sentido semántico pero “difíciles” en sentido axiológico, pues la solución normativa que da el derecho se considera incorrecta.

Considero que la crítica de Rosler al interpretativismo no se puede entender correctamente sin tener presente esta distinción —es decir, disposiciones que deben ser interpretadas para poder aplicarse y disposiciones que no requieren interpretación pero cuya aplicación le resulta al decisor axiológicamente problemática—. Según el autor, la apelación a la (supuesta) necesidad (ubicua) de interpretar sirve para enmascarar lo que en realidad es la desobediencia al derecho. En otras palabras, se trata del apartamiento de las disposiciones normativas aplicables y de consecuentes decisiones judiciales en contra de la ley. Este es precisamente el enfoque de Rosler en lo referido al mencionado fallo “Batalla”: el significado del derecho aplicable al caso era básicamente claro y no existía imposibilidad de darle un sentido unívoco a la ley.⁴ No se trataba, entonces, de una discusión sobre la interpretación de las disposiciones normativas en cuestión, sino de una discusión moral referida al merecimiento de un beneficio legal a quienes realizaron conductas delictivas que encuadraban en una determinada categoría de delitos (de lesa humanidad).⁵ Así entonces, Rosler muestra que en el ámbito penal el interpretativismo puede ser utilizado como herramienta de decisiones judiciales punitivistas.

Quisiera dar cuenta ahora de la importancia de la distinción anterior (problema interpretativo en sentido estricto vs. problema axiológico) para el derecho penal.

El derecho penal es el único (sub)sistema normativo con una característica muy particular que lo diferencia de otras áreas del derecho: la presencia de una regla de clausura, la presencia del *nullum crimen sine lege* —que además de funcionar como regla de clausura es expresión del derecho penal liberal—. Esta regla hace que los sistemas penales se caractericen por ser *sistemas lógicamente cerrados*.⁶ Desde la perspectiva del derecho penal, toda acción humana concebible *está regulada*, aunque no *necesariamente tipificada*. Toda conducta está regulada, pues una acción es típica o no lo

⁴ Véase al respecto el voto del juez Rosenkrantz (Fallos: 341:1768, p. 1833).

⁵ ROSLER, *supra* nota 1, pp. 83 s.

⁶ Al respecto, véase: ALCHOURRÓN / BULYGIN, *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, Buenos Aires y otra, Astrea, 2012, pp. 198 ss.

es. Si es típica —y además se satisfacen otros requisitos—, se deberá aplicar la sanción que establece el tipo y si no lo es, será obligatorio sobreseer o absolver.⁷ En estos sistemas, entonces, todo caso (genérico)⁸ tiene una solución (igualmente genérica) es decir, a todo caso se le asigna una consecuencia normativa. Dado que la clausura en los sistemas penales es relativa a un universo de soluciones determinado —el de las prohibiciones vinculadas a una sanción de una índole determinada—, estos sistemas no son absolutamente cerrados. Por ello, la regla de clausura penal se enuncia del siguiente modo: “todo lo que no está penalmente prohibido, está penalmente permitido”.⁹ En este ámbito, entonces, todos los casos tienen una solución y, por lo tanto, respecto de los sistemas penales no puede predicarse la existencia de una laguna normativa.¹⁰

En ocasiones —y aquí es donde radica el problema y creo que *esto* es lo central de la crítica de Rosler para el ámbito del derecho penal—, los juzgadores se encuentran ante un caso que no es típico, pero que en un sentido estrictamente lógico sí está regulado: la consecuencia normativa en estos casos es la de sobreseer o absolver (o directamente no habrá si quisiera proceso penal). En estas situaciones lo que puede existir, en realidad, es lo que los penalistas denominan *laguna de punibilidad*, es decir, una clase de conductas cuya criminalización está —a criterio del juzgador— fundamentada, pero que sin embargo no ha sido tomada en cuenta por el legislador.

Las lagunas de punibilidad constituyen, a mi entender, *lagunas axiológicas*.¹¹ Se trata, precisamente, de situaciones en las que el legislador no ha tenido en cuenta una distinción que, a criterio del juzgador, sí debía tener en cuenta. Como explican Alchourrón y Bulygin: “[E]ste tipo de lagunas suponen, pues, la existencia de una propiedad relevante (en el sentido prescriptivo del término) para el caso en cuestión, que, sin embargo, es irrelevante (en el sentido descriptivo) para el sistema considerado”.¹² Es decir, las lagunas de esta clase exigen la existencia de una propiedad que debe ser relevante de acuerdo con un determinado criterio axiológico (hipótesis de

⁷ Ambas son soluciones claras en el sentido de Alchourrón y Bulygin, esto es, contenidos deónticamente caracterizados (es decir, modulados por un operador deóntico; en el ámbito del derecho penal siempre necesariamente). A modo de ejemplo, el tipo penal de homicidio del Código penal argentino (art. 79) sería formulado de la siguiente manera: 79 CP “Op (8/25a)” y “Os”, “s” de sobreseer.

⁸ Sobre la distinción entre “casos genéricos” y “casos individuales”: ALCHOURRÓN / BULYGIN, *supra* nota 6, pp. 43 ss.

⁹ ALCHOURRÓN / BULYGIN, *supra* nota 6, p. 200.

¹⁰ Lagunas normativas son, entonces, casos genéricos sin solución. Esta clase de lagunas solamente pueden resolverse incorporando una nueva norma al sistema (ALCHOURRÓN / BULYGIN, *supra* nota 6, pp. 29 ss.).

¹¹ SOLAVAGIONE, *Administración desleal y taxatividad penal* [Tesis de maestría no publicada], Universidad Nacional de Córdoba, 2019.

¹² ALCHOURRÓN / BULYGIN, *supra* nota 6, p. 156.

relevancia).¹³ Esto significa que la solución que da el sistema normativo en cuestión se considera axiológicamente inadecuada, incorrecta, disvaliosa, inmoral, etc., precisamente, porque no tiene en cuenta la propiedad considerada relevante en sentido prescriptivo.¹⁴ Ahora bien, *determinar si una propiedad debe o no ser relevante es un problema axiológico y supone un juicio de valor*.¹⁵

Las consideraciones anteriores sirven para entender la objeción de Rosler a la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Batalla”. Allí, la defensa sostuvo que una omisión no es una ambigüedad.¹⁶ Esto es correcto: la ambigüedad es un problema referido al significado de los términos y da lugar a problemas interpretativos.¹⁷ Por el contrario, la omisión del legislador de hacer alguna distinción (p. ej., entre delitos comunes y delitos de lesa humanidad), por más relevante que nos pueda parecer, no es un problema interpretativo en sentido estricto. Parafraseando a Rosler: la incorporación de requisitos o condiciones que no figuran en el derecho no constituye interpretación; no es una discusión sobre el significado de los términos, es una discusión sobre el valor de una norma.¹⁸

En definitiva: es *especialmente* en el derecho penal donde corresponde ser serios (y estrictos en la lectura de las disposiciones normativas) y distinguir con precisión entre problemas semánticos o de indeterminación de las premisas normativas (que sí dan lugar a desacuerdos interpretativos) de verdaderas lagunas axiológicas. Debido a la presencia de una regla de clausura del *nullum crimen*, las normas del derecho penal deben considerarse inderrotables. *En estos casos, la solución no puede ser otra que considerar a la propiedad valorada por el juzgador como relevante (en sentido prescriptivo) como irrelevante en sentido descriptivo*.¹⁹ Como explica Jorge Rodríguez: “si el juez, con independencia de ello, decide tomarla como relevante para su decisión, estará dejando de lado la solución normativa preestablecida por el sistema”.²⁰ Es el legislador quien debe evaluar si es necesario y, en su caso, cómo debe llenarse esta laguna. De esta forma, se evita la confusión entre el derecho que es con el

¹³ RODRÍGUEZ, *Lógica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 73.

¹⁴ ALCHOURRÓN / BULYGIN, *supra* nota 6, p. 157.

¹⁵ RODRÍGUEZ, “Lagunas axiológicas y relevancia normativa”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 22, p. 354.

¹⁶ CSJN, Fallos: 341:1768, p. 1790.

¹⁷ Al respecto, véase GUASTINI, *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de Estudios políticos y constitucionales, p. 81.

¹⁸ ROSLER, *supra* nota 1, p. 87.

¹⁹ Cfr. RODRÍGUEZ, “La imagen actual de las lagunas en el derecho”, en: ATRIA, Fernando *et al.*, *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Madrid y otra, Marcial Pons, 2005, p. 155; RODRÍGUEZ, *supra* nota 13, p. 379.

²⁰ RODRÍGUEZ, *supra* nota 15, p. 368.

que *debería ser*. Confusión que, como dice Rosler, “no solamente es un serio error conceptual, sino que además es muy peligrosa políticamente”.²¹

Sería interesante que, en el futuro, Rosler abordara la pregunta de si —y en su caso, cómo— el interpretativismo es utilizado como herramienta, no exclusivamente del punitivismo, sino también de lo opuesto; esto es, si existe una (innecesaria) interpretación de disposiciones normativas (claras) para beneficiar al sujeto acusado por el Estado como posible autor de un delito. En otras palabras, si el interpretativismo es también instrumento de un, por denominarlo de algún modo, garantismo infundado.

Bibliografía

ALCHOURRÓN, Carlos E. / BULYGIN, Eugenio, *Sistemas Normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, 2.ª ed., Buenos Aires y otra, Astrea, 2012.

CHIASSONI, Pierluigi, *El problema del significado jurídico*, Ciudad de México, Editorial Fontamara, 2019.

GUASTINI, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2014.

RODRÍGUEZ, Jorge, “La imagen actual de las lagunas en el derecho”, en ATRIA, Fernando *et al.*, *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Madrid y otra, Marcial Pons, 2005, pp. 127-157.

—, *Lógica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

—, “Lagunas axiológicas y relevancia normativa”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 22, 1999, pp. 349-369.

ROSLER, Andrés, *Si quiere una garantía, compre una tostadora. Ensayos sobre punitivismo y Estado de Derecho*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editores del Sur, 2022.

²¹ ROSLER, “Imágenes y objeciones: John Finnis y la libertad académica”, publicado en el blog *La Causa de Catón*, 2019, disponible en: <http://lacausadecaton.blogspot.com/search?q=john+finnis> [enlace verificado el día 28 de agosto de 2023].

—, “Imágenes y objeciones: John Finnis y la libertad académica”, en *La causa de Catón*, 10/01/2019, disponible en: <http://lacausadecaton.blogspot.com/search?q=john+finnis> [enlace verificado el 11 de agosto de 2023].

SOLAVAGIONE, Lucía Gabriela, *Administración desleal y taxatividad penal* [tesis de maestría no publicada], Universidad Nacional de Córdoba, 2019.

TARELLO, Giovanni, *El realismo jurídico americano*, Lima, Palestra Editores, 2017.

—, *La Interpretación de la ley*, Lima, Palestra Editores, 2013.