

EL ESTADO DE DERECHO CAÍDO EN “BATALLA”

Prof. Dr. Andrés ROSLER*

Fecha de recepción: 14 de diciembre de 2018

Fecha de aprobación: 21 de diciembre de 2018

I. Crónica de una muerte anunciada

Para muchas personas, “El Padrino” es nuestra película de cabecera, ya que, como dice el personaje de Tom Hanks en “Tienes un e-mail”, es el *I Ching*, está todo ahí. Cerca del desenlace de la película, Vito Corleone le advierte a su hijo Michael que alguien de su confianza le va a proponer una reunión con Barzini en territorio neutral para resolver sus desacuerdos, lo que garantizaría su seguridad, y en dicha ocasión lo van a matar. Como todos sabemos, la advertencia de Vito resultó ser profética ya que, durante el entierro precisamente de Don Corleone, Tessio se acerca a Michael y le dice que Barzini desea reunirse con él, exactamente en los términos previstos por su padre. También sabemos cómo terminó la historia: Michael supo aprovechar los muy sabios consejos de su padre.

Otro verdadero don, JIMÉNEZ DE ASÚA, también supo dar muestras de tener un “alma profética”, como dice Hamlet en la obra homónima (Acto I, escena 5), ya que en su *Tratado de Derecho Penal* de 1950 sostuvo que “las leyes interpretativas y aclaratorias... se comportan como nuevas leyes y si son penales han de someterse en cuanto a su validez en el ámbito del tiempo, a lo prescrito en el art. 2.º del Código de 1922”.¹

ZAFFARONI, en la primera edición de su *Tratado de Derecho Penal*, tras los pasos de su maestro, también había concebido la posibilidad de que a alguien se le ocurriera hablar de “leyes interpretativas” o de “interpretación auténtica” en materia penal y por eso con mucha razón advertía que se trataba de “modificaciones a la leyes penales y a su respecto rigen los principios del art. 2.º” del Código Penal, el cual, —como viene la mano— bien vale recordar, exige la aplicación de la ley penal más benigna.

* 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). Le agradezco mucho a Leandro A. Dias y a Guiyo Jensen por sus valiosos comentarios a una primera versión de este trabajo. Contacto: andres.rosler@gmail.com.

¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, vol. II, 2.ª ed., Buenos Aires, Losada, p. 428.

Lo que tanto preocupaba a ZAFFARONI en aquel entonces era que el legislador pudiera ampliar retroactivamente y de modo sustancial una ley penal mediante una ley “interpretativa”.² Cabe suponer que ZAFFARONI no hizo referencia a una “ley interpretativa” expresamente más gravosa, lisa y llanamente porque asumió que no tenía mayor sentido hacerlo, al menos si nos tomamos en serio el art. 18 de la Constitución Nacional: “*Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso*”. Para ZAFFARONI, en todo caso, la ley penal interpretativa solamente puede ser válida si es más benigna.

A la luz de la sanción de la ley penal de “interpretación auténtica” 27.362 —sancionada en tiempo récord y casi por unanimidad— y obviamente de su convalidación por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Batalla”, salta a la vista que, a diferencia de Michael Corleone, hemos hecho caso omiso de las advertencias de JIMÉNEZ DE ASÚA y de su discípulo ZAFFARONI y hemos dejado morir la garantía de la irretroactividad penal. Cabe recordar que la ley 27.362 es una modificación de la ley 24.390, más conocida como “ley del 2 x 1”. Si se hubiera tratado de un partido de fútbol cuyo resultado hubiera sido modificado por la aplicación de una disposición retroactiva del reglamento, el escándalo habría sido eterno. Pero como se trató de un caso penal casi no le hemos prestado atención.

El principio de legalidad no solamente figura en nuestro ordenamiento jurídico y en el derecho penal de los derechos humanos o derecho penal internacional (v., v. g., el art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el 24 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional), sino que es la otra cara de la adopción del célebre eslogan: *nulla poena, nullum crimen sine lege praevia*, acuñado por VON FEUERBACH, quien suele ser señalado como el padre fundador del derecho penal liberal.³

Sin embargo, el eslogan de FEUERBACH es un “caso de aplicación de los conceptos jurídicos creados por HOBBS”.⁴ Tal como explica SCHMITT, para HOBBS, “las garantías específicas a las que aspira el Estado de derecho burgués residen en la eliminación del contenido de verdad y de justicia

² ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal*, vol. I, Buenos Aires, Ediar, p. 472.

³ Para los autores de *El Federalista* “la prohibición de leyes ex-post-facto... son tal vez las más grandes seguridades para la libertad y el republicanismo”, ya que esas leyes son “los instrumentos favoritos y más formidables de la tiranía”. J. MADISON, A. HAMILTON Y J. JAY, *The Federalist Papers* (ed. ISAAC KRAMNICK), Harmondsworth, Penguin, 1987, p. 474. De ahí que la prohibición de la ley penal retroactiva figure en la Constitución de los Estados Unidos, art. I, sec. 9(3).

⁴ SCHMITT, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*, Stuttgart, Klett-Cotta, 1982, p. 115.

sustanciales y en la exteriorización positivista de la norma”.⁵ SCHMITT cita asimismo la edición latina del *Leviatán*, cap. 27: “donde no existe la ley no existe el delito. Habiendo cesado las leyes civiles, también cesan los crímenes [*Ubi Lex non est, Peccatum non est. Cessantibus Legibus Civilibus cessant Criminalia*]”. En referencia al mismo capítulo explica SCHMITT que según HOBBS “la ley [penal]... no puede tener fuerza retroactiva alguna”.⁶

En realidad, se trata de una idea que se remonta por lo menos hasta los jurisconsultos italianos del siglo XV e incluso glosadores como Bartolo DE SASSOFERRATO y que se había convertido en derecho positivo en 1532 mediante la sanción de la *Constitutio Criminalis Carolina* del Sacro Imperio Romano-Germánico.⁷ Y si vamos a creerle a Joseph DE MAISTRE, la Inquisición Española juzgaba crímenes solamente “en virtud de leyes preexistentes”.⁸

Es absolutamente natural entonces que nos preguntemos cómo explicar semejante aberración no solamente jurídica sino además filosófico-política, esto es, por qué si hoy queremos una garantía tenemos que comprar una tostadora.⁹ Después de todo, como muy bien sostuvo el juez Rosenkrantz en su histórica disidencia en Batalla: “[e]l carácter central de la garantía de la irretroactividad de la ley penal se pone claramente de manifiesto en el hecho de que esta Corte jamás tuvo que fallar, antes de ahora, un caso donde estuviera en juego una ley penal interpretativa retroactiva y de carácter más gravoso”.

A continuación, quisiera proponer una explicación de este verdadero fenómeno en términos de dos grandes hipótesis. La primera es de naturaleza fundamentalmente política y se refiere a que en lo que atañe a casos de lesa humanidad, el republicanismo penal clásico —con su consiguiente punitivismo o derecho penal del enemigo— ha eclipsado al derecho penal liberal vigente en nuestro país. La segunda hipótesis es de naturaleza iusfilosófica y sostiene que el avasallamiento de las garantías constitucionales y penales ha sido facilitado en gran medida por la irrupción en los últimos treinta años de un discurso interpretativista sobre el derecho, el cual ha llevado al curioso

⁵ SCHMITT, *supra* nota 4, p. 110.

⁶ SCHMITT, *supra* nota 4, p. 110. Es por eso que SCHMITT se sorprende de que FEUERBACH haya escrito un *Anti-Hobbes*. V. SCHMITT, *supra* nota 4, pp. 99, 110.

⁷ V. JIMÉNEZ DE ASÚA, *supra* nota 1, p. 613.

⁸ DE MAISTRE, *Lettres à un gentilhomme russe sur l'inquisition espagnole*, París, Méquignon Éditeur, 1822, p. 14.

⁹ V. ROSLER, “Si Ud. quiere una garantía, compre una tostadora”, en *En Letra: Derecho Penal*, n.º 5, 2017, pp. 62-102 y ROSLER, “Hay dos sin tres: una vez más hacia la brecha de lesa humanidad”, en *En Letra: Derecho Penal*, n.º 6, 2018, pp. 343-362.

resultado de que las discusiones sobre el derecho vigente se han transformado en discusiones sobre filosofía del derecho o, lo que es lo mismo, ha llevado a que el derecho que es haya quedado fundido con el derecho tal como nos gustaría que fuera.

II. El regreso del republicanismo penal

Toda discusión a fondo sobre los crímenes de lesa humanidad, tarde o temprano desemboca en tres grandes cuestiones. En primer lugar, el principismo que suele acompañar a esta clase de crímenes. La criminalidad de estos actos es potenciada por el hecho de que no suelen ser cometidos necesariamente en vista del auto-interés, sino que pueden ser inspirados por verdaderos principios, en el sentido de que quienes los cometen invocan cierta causa e incluso están dispuestos a dar la vida por dicha causa.¹⁰ En todo caso, el principismo de esta clase de crímenes, en lugar de jugar a favor de estos, tal como solía suceder en el caso del “delito político”, en realidad empeora o agrava su desvalor¹¹ y hace que el criminal se transforme fácilmente en un enemigo.

En segundo lugar, existe cierto consenso acerca de que en estos casos el derecho escrito debe ser acompañado por el así llamado *ius cogens*, un derecho que no vale tanto por su fuente, sino por su contenido en términos de ciertos principios que nadie puede razonablemente negar, es decir, el derecho escrito debe ser asistido por el razonamiento moral. En otra época se habría dicho que el derecho positivo debería ser complementado por el derecho natural. Esto hace que los delitos de lesa humanidad sean cada vez más morales y menos jurídicos o, como dice el voto del Juez Rosatti en “Batalla”, hace que estos delitos estén dotados de una “ilegalidad inherente”, *mala in se* como solía decir la reveladora terminología medieval, esto es, delitos que existen antes de ser prohibidos por la ley. En alguna época esto habría sido una contradicción en sus términos, pero evidentemente ya no lo es.

¹⁰ De ahí que esta clase de actos parezca ser tan irracional. P. ej., a ARENDT le llamaba poderosamente la atención —entre muchas otras cosas, por supuesto— el “idealismo” alemán por así decir, esto es, el hecho de que los nazis subordinaran todos sus recursos para llevar a cabo un genocidio en medio de una guerra mundial. ARENDT también indica que el propio Eichmann se consideraba un idealista, dispuesto a matar a su propio padre si le hubiera dado la orden. V. ARENDT, *Eichmann in Jerusalem*, Londres, Penguin, 2006, p. 39.

¹¹ V. ROSLER, “Estado de Derecho, delito político y terrorismo”, en STEINER, CHRISTIAN (ed.), *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, XX, 2014, pp. 805-822.

Finalmente, no es casualidad que esta clase de delitos sean de lesa humanidad, es decir, contra toda la humanidad y no solamente contra un ordenamiento jurídico particular. Después de todo, si se trata de actos de ilegalidad inherente debido a que violan principios morales que nadie puede razonablemente negar, parece ser indudable que no hay otra alternativa que considerar estos actos como atentatorios contra la condición humana en sí misma, antes que contra un Código Penal determinado.

Conviene tener en cuenta que el crimen de lesa humanidad, este verdadero tópico que hoy ocupa el centro de la discusión jurídico-política contemporánea, es un legado del derecho penal republicano clásico. Recordemos muy brevemente que a finales de su penúltimo siglo de vida (103 a. C.), la república romana sancionó la *lex Appuleia*, la cual criminalizó “la disminución de la majestad del pueblo romano”. Este crimen era conocido en su forma abreviada como *maiestas* (“majestad”) y recibió una calurosa bienvenida durante el Imperio romano y las monarquías europeas medievales (convertido ya en el “crimen de lesa majestad”), para convertirse en “lesa humanidad” durante la Revolución Francesa. Tal como lo muestra la terminología misma de la expresión, la majestad de la humanidad ocupa hoy en día el lugar que perteneciera otrora al pueblo.¹²

Ahora bien, la preocupación central del derecho penal republicano clásico no era precisamente la de resguardar los derechos de los ciudadanos, sino la de proteger la república frente a sus enemigos. Dicha preocupación emerge diáfananamente en la fórmula ritual del *senatus consultum ultimum*, mediante el cual el Senado instruía a los cónsules para que “la república no sufra detrimento alguno [*ne quid respublica capiat detrimenti*]”.¹³

De ahí que sea revelador que los tres aspectos que hemos mencionado con relación a los crímenes de lesa humanidad acompañen al crimen de “lesa” desde sus orígenes. Comencemos por la oscilación entre el criminal que se guía por el auto-interés y el enemigo que actúa al servicio de una causa. Durante su discusión con César en el Senado en ocasión de la conjuración de Catilina, CATÓN les explica a sus colegas que: “han centrado sus discursos en el tema del castigo que debe aplicarse a quienes han estado preparando la guerra contra su patria, sus padres, sus templos y sus hogares; sin embargo, la situación real requiere que tomemos medidas para defendernos de ellos,

¹² V. MANENT, *A World beyond Politics. A Defense of the Nation-State*, trad. del francés de Marc LePain, Chicago, Chicago University Press, 2006, p. 214.

¹³ V. ROSLER, *Razones Públicas. Seis conceptos básicos sobre la república*, Buenos Aires, Katz Editores, 2016, p. 283.

mejor que entretenernos en discutir sobre la pena que debemos imponerles. Porque los demás delitos han de ser perseguidos después de que se han cometido; pero este hay que proveer a que no suceda, ya que una vez cometido, es en vano implorar juicios [*frustra iudicia implores*]: tomada una ciudad, no les queda ningún derecho a los vencidos”.¹⁴

CICERÓN también le advierte al Senado que Catilina es un ciudadano convertido en enemigo, un criminal que pierde sus derechos: “nunca en esta ciudad quienes hicieron defección de la república conservaron el derecho de ciudadanos”,¹⁵ ya que “quien es enemigo de la república no puede ser ciudadano”.¹⁶

En cuanto a la oscilación republicana clásica entre el derecho natural y el positivo, CICERÓN ofrece un ejemplo bastante significativo, que hace referencia al relato fundador del republicanismo: “si reinando Lucio Tarquino no había ley alguna escrita sobre el adulterio, no por eso Sexto Tarquino ha dejado de quebrantar la ley eterna violando a Lucrecia..., porque existía una razón jurídica... que no empezó a ser ley precisamente cuando fue escrita, sino que lo era desde su origen, y su origen es el mismo que el de la mente divina”.¹⁷ Como se puede apreciar, se trata de un razonamiento típicamente moral que supone la existencia de una ontología del delito anterior a la ley positiva. Lo único que cuenta entonces es que la conducta moralmente atroz no quede impune.

En CICERÓN asimismo se puede advertir la tendencia del republicanismo hacia la sinécdoque, a saber, la confusión de Roma con la humanidad y a que, por lo tanto, los enemigos de Roma sean considerados como los enemigos de la humanidad, por no decir seres subhumanos.

Marco Antonio, de hecho, era considerado por CICERÓN como un enemigo muy especial, ya que era “un enemigo con el que no se puede llegar a firmar una paz bajo ciertas condiciones”. En efecto, según CICERÓN, Marco Antonio era alguien que, a diferencia de Julio César, ni siquiera era “un criminal y un sacrílego, pero, en definitiva, un hombre”, sino “una alimaña monstruosa, cruel

¹⁴ SALUSTIO, *La conjuración de Catilina. Guerra de Jugurta* (ed. AVELINA CARRERA DE LA RED), Madrid, Akal, traducción modificada, p. 163.

¹⁵ CICERÓN, *Catilinarias* (ed. bilingüe de NICOLÁS GELORMINI), Buenos Aires, Losada, p. 49.

¹⁶ CICERÓN, *supra* nota 15, p. 131.

¹⁷ CICERÓN, *Sobre la república. Sobre las leyes* (ed. JOSÉ GUILLEN), Madrid, Tecnos, 1986, pp. 180-181, traducción modificada. V. IAN MACLEAN, *Interpretation and meaning in the Renaissance. The case of law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, p. 164.

y horrenda, con la que hay que acabar, puesto que ha caído en la trampa”.¹⁸ Según CICERÓN, “habría que expulsar a gente como esta de entre el número de los seres humanos y arrojarla fuera de los límites de la naturaleza humana”.¹⁹ Dicho sea de paso, convendría recordar que en su libro sobre los deberes CICERÓN acuña una expresión que iba a terminar siendo muy popular con el paso del tiempo: “un pirata no está considerado en el número de los enemigos de guerra, sino que es un enemigo común de todo el mundo”.²⁰

Dado que una golondrina no hace verano, veamos ahora qué sucedió con el republicanismo penal clásico durante la Revolución Francesa. Como primer botón de muestra y con relación a la oscilación entre criminal y enemigo, tomemos la ley del 22 de pradiel, mediante la cual los republicanos franceses se contentaron “con definiciones un tanto difusas del crimen político, con el fin de no dejar escapatoria a ningún enemigo de la Revolución”, ya que en dicha ley consta que “[l]a prueba necesaria para condenar a los enemigos del pueblo es cualquier clase de documento, ya sea material, moral, verbal o escrito, que de modo natural puede lograr el asentimiento de toda persona justa y razonable. La regla de los juicios es la conciencia de los jurados iluminados por el amor a la patria; su objetivo es el triunfo de la República y la derrota de sus enemigos”.²¹

Nótese que uno de los rasgos constitutivos del crimen “político”, tal como hemos visto, es su carácter principista. Quizás nos provoque cierta repulsa hablar de un crimen de lesa humanidad como un crimen “principista”, ya que muy probablemente tenemos en mente la idea del delito político, el cual supone que los principios tienen buena prensa. En realidad, lo que suele suceder es que nos caen bien los principios correctos —que suelen ser justo los que coinciden con los nuestros— pero en tal caso la noción de principismo se vuelve redundante, ya que nadie está en contra de los principios correctos. Para que tenga sentido entonces la invocación del principismo, es la sola existencia del principio la que debe hacer la diferencia, sea para mejorar la situación del delincuente —como en el caso del delito político—, sea para agravarla —como en el caso del delito de lesa humanidad—.

En cuanto a la oscilación respecto del derecho aplicable, los revolucionarios franceses tuvieron que sortear el desafío que representaba la inviolabilidad constitucional de la que gozaba

¹⁸ CICERÓN, *Discursos contra Marco Antonio o Filípicas* (ed. JOSÉ CARLOS MARTÍN), Madrid, Cátedra, p. 350.

¹⁹ CICERÓN, *supra* nota 18, p. 592.

²⁰ CICERÓN, *Sobre los deberes* (trad. JOSE GUILLEN CABAÑERO), Madrid, Tecnos, 1989, p. 184.

²¹ SOREL, *Reflexiones sobre la violencia* (trad. F. TRAPERO), Madrid, Alianza, 1976, p. 161.

Luis XVI, todo gracias a la flamante Constitución de 1791. Para poder llevarlo a juicio siquiera — por no decir nada de condenarlo— había que violar la Constitución. Sin embargo, algunos diputados alegaron que el derecho no se agotaba en la Constitución, ya que tenían a su disposición el “derecho de gentes” o derecho natural. De ahí que Luis XVI se convirtiera según Robespierre en el primer criminal contra la humanidad,²² y por eso terminó siendo considerado *hors-la-loi* u *outlaw*, una noción que era frecuente en el derecho anglosajón pero que había sido ajena al derecho francés.

Finalmente, el uso de la categoría se extendió hasta designar en general a cualquiera que estuviera en contra del gobierno nacional revolucionario. Otra vez, llegamos entonces a la sinécdoque de considerar que el enemigo de la república era el mismo que violaba el derecho natural pero que además era, por eso mismo, un enemigo de la humanidad. De este modo, los derechos naturales o humanos terminaron justificando la negación de toda protección legal a algunos seres humanos al menos.²³

A esta altura cabe recordar que, a la luz del resurgimiento actual de la filosofía política republicana, excavada por QUENTIN SKINNER y sistematizada por PHILIP PETTIT, hoy en día está cobrando fuerza la idea de un derecho penal republicano. Sin embargo, parece haber un malentendido al respecto. En efecto, PETTIT suscribe indudablemente la noción republicana de libertad como no dominación y la creencia no menos republicana según la cual la libertad es un estatus jurídico de las personas, esto es, somos libres si somos *sui iuris* y de ahí que para el republicanismo la libertad y la ley no son sino dos caras de la misma moneda.

Pero, en lo que atañe a su teoría del derecho penal, la posición de PETTIT está mucho más cerca del liberalismo que del republicanismo, ya que según PETTIT, p. ej., “los agentes del derecho penal representan fuerzas potenciales de dominación que son difíciles de mantener a raya incluso para el régimen republicano más concienzudo”, a tal punto que “la policía moderna representa el tipo prominente de amenaza a los valores republicanos que el ejército permanente representaba para los republicanos tradicionales”, y de ahí el principio de “parsimonia” o “frugalidad” penal que

²² EDELSTEIN, *The Terror of Natural Right. Republicanism, the Cult of Nature, and the French Revolution*, Chicago, Chicago University Press, 2009, p. 18. Todo esto, por supuesto, si hacemos excepción de Satán —cuyo nombre significa literalmente “adversario”—, quien quizás merezca el título de ser el primer “enemigo de la humanidad”, tal como nos lo recuerda MILTON en *El Paraíso Perdido*, IX.494.

²³ V. EDELSTEIN, *supra* nota 22, p. 20.

defiende PETTIT.²⁴ Por lo tanto, podemos decir que al menos en lo que atañe al derecho penal, el republicanismo moderno no es sino una forma de liberalismo bajo otro nombre.²⁵

Este breve repaso muestra que, en cierto sentido, no hemos inventado nada con la reciente violación de la Constitución en el fallo “Batalla”. Sin embargo, se supone que el fallo “Batalla” no es un *senatus consultum ultimum* en defensa de una república en peligro, una decisión conforme al derecho penal del enemigo o la toma de la Bastilla para el caso, sino una sentencia de la Corte Suprema dentro del marco del Estado de derecho en democracia en ocasión de un juicio penal — lo cual debería incluir obviamente una garantía penal básica como lo es el principio de irretroactividad de la ley penal más gravosa—, que es exactamente todo a lo que solemos hacer referencia cuando mucho más económicamente hablamos de la “Constitución”.

El punto de esta breve recapitulación histórica acerca del derecho penal de los derechos humanos, ciertamente, no es que, en primer lugar, el republicanismo clásico sea responsable de lo que sucede. Después de todo, se trata de un discurso que no conocía al Estado ni tampoco contaba con una teoría de los derechos. Somos nosotros los que hoy en día usamos el discurso republicano con un fin completamente diferente al originario, a pesar de que nosotros sí conocemos el Estado de derecho, que a la vez es el derecho vigente.

En segundo lugar, aunque todavía más importante, el punto tampoco es que haya que deshacerse del derecho penal de los derechos humanos, sino que hay que recordar que este derecho penal —inspirado por el liberalismo— incluye ciertas garantías (es decir, derechos humanos), para impedir que nuestro afán de castigar actos atroces nos lleve por un camino punitivista o nos haga caer en los brazos del derecho penal del enemigo. Como muy bien sostiene PRODI, no podemos darnos el lujo de “concebir el Estado de Derecho como una conquista definitiva a defender solo contra ataques externos, como pudieron parecer en nuestro siglo —en una historiografía impostada— los regímenes totalitarios. En realidad, el mal siempre está dentro de nosotros, y aun en los regímenes democráticos más avanzados la amenaza proviene en cierto

²⁴ PETTIT, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, Oxford, Oxford University Press, 1997, pp. 154-155.

²⁵ La impronta liberal del republicanismo penal de PETTIT se percibe además en la cantidad de veces que cita a MONTESQUIEU, de modo aprobatorio, para ilustrar su teoría del derecho penal. V. *supra* nota 24, pp. 153- 157. Sobre el republicanismo penal clásico v. ROSLER, *supra* nota 13, cap. 6.

modo desde el interior, de la tendencia a sacralizar la política”.²⁶ Un Estado de derecho democrático, después de todo, sigue siendo un Estado con un aparato punitivo a su disposición.

III. La interpretación permanente

Es hora de preguntarnos cómo fue que a pesar de que nuestro derecho penal es claramente liberal (basta recordar dos artículos a tal efecto: el 2 del Código Penal y el 18 de la Constitución Nacional, alrededor de los cuales giró —o debería haber girado, mejor dicho— la discusión en los fallos de la Corte “Muiña” y “Batalla”), sin embargo el republicanismo penal clásico o derecho penal del enemigo logró filtrarse en o articularse con nuestra jurisprudencia. Mi segunda hipótesis es que, precisamente, en los últimos años fue tomando cuerpo en (al menos una parte considerable o relevante de) nuestra cultura jurídica un discurso que a falta de una palabra mejor quisiera denominar como “interpretativista”.

Entiendo por “interpretativismo” una manera de entender el derecho según la cual el derecho no es un conjunto de reglas que hay que seguir, sino una práctica de argumentación o discusión en la que no debe prevalecer la autoridad de una regla, sino la decisión que consideramos correcta, aunque eso implique apartarse de las reglas. El discurso interpretativista, a su vez, puede ser descompuesto en tres grandes tesis: (a) *cada vez* que aplicamos el derecho vigente debemos interpretarlo (de ahí el nombre de esta escuela); (b) dicha interpretación conlleva una valoración moral cuyo sentido es el de mostrar al derecho en su mejor luz moral; (c) dados (a) y (b), los jueces son co-autores o si se quiere co-legisladores del derecho.²⁷

Este cóctel de interpretación, razonamiento moral y co-autoría judicial hace que *toda* discusión jurídica —incluso sobre un caso penal— tienda a convertirse en una discusión sobre filosofía del derecho, sobre filosofía moral o derecho viejo. Mientras que en el pasado los filósofos

²⁶ PRODI, *Una historia de la justicia. De la pluralidad de fueros al dualismo moderno entre conciencia y derecho* (trad. de PADILLA LÓPEZ), Buenos Aires, Katz Editores, 2008, pp. 12-13, traducción ligeramente modificada.

²⁷ Sin duda, existe un innegable parecido entre el interpretativismo tal como está descrito aquí y la filosofía del derecho tardía de DWORKIN expuesta en *Law's Empire*. Sin embargo, existe entre ambos una diferencia fundamental. Para DWORKIN, la interpretación que muestra al derecho en su mejor luz es siempre la liberal, por lo cual ningún dworkiniano de ley puede invocar la teoría del derecho de DWORKIN para negar la aplicación del principio de la ley más benigna y/o para defender la convalidación de una ley penal retroactiva más gravosa. De ahí que debamos mantener separados al interpretativismo y a la exégesis de DWORKIN, del mismo modo que separamos, *v. g.*, al (neo-)aristotelismo de la exégesis de ARISTÓTELES. Los “ismos” se basan o inspiran en el autor al que están adjuntados, pero si el interpretativismo que describo pretende ser una exégesis de DWORKIN, salta a la vista que ha sido presa de un malentendido.

del derecho solían convertirse en penalistas —a lo cual le debemos la dogmática penal—, hoy en día los penalistas se han convertido en filósofos del derecho —a lo cual le debemos el paroxismo interpretativista—. Por si todavía existiera alguna duda acerca de este paroxismo interpretativo, el hecho de que el Congreso sancione en tiempo récord y casi por unanimidad una ley *penal* retroactiva más gravosa y que esta última haya sido convalidada por la Corte Suprema debería hablar por sí mismo.²⁸

El interpretativismo vernáculo se presenta como una tercera posición en términos de la discusión entre garantismo y punitivismo.²⁹ Sin embargo, en realidad es una forma de punitivismo disfrazado, ya que la necesidad de interpretar emerge justo cuando el significado de la norma que contiene la garantía no es claro. En rigor de verdad, el interpretativismo no puede ser una tercera —o primera o segunda— posición, ya que la interpretación es un método que nos permite identificar cuál es el derecho vigente. Por lo cual, una vez que hemos entendido cuál es el derecho vigente —lo cual se supone que es el sentido de la interpretación—, las opciones siguen siendo las mismas de antes: garantismo o punitivismo, reconocemos o no las garantías penales.

Volviendo a “Batalla”, la idea misma de una ley de interpretación auténtica como la 27.362 en el marco del apogeo del interpretativismo es bastante irónica, si no es que está al borde de convertirse en un *sketch* pythonesco. Si el derecho debe ser interpretado *cada vez* que es aplicado, una ley interpretativa no tiene mayor sentido. Se trata de una grosera redundancia —como ZAFFARONI solía decir aunque en referencia a ser garantista³⁰— o de una regresión al infinito, ya que la ley interpretativa es una ley y por lo tanto también requiere interpretación. Esto último muestra que el interpretativismo no puede siquiera levantar vuelo, es decir, no puede defender exitosamente su primera y epónima tesis, ya que si podemos evitar la regresión al infinito es porque existe una ley que no exige interpretación.³¹ Por otro lado, el art. 2 del Código Penal y el art. 18 de la Constitución parecen ser lo suficientemente claros. Sin duda, “Muiña” —y en

²⁸ FARRELL ha señalado con mucha razón algunos defectos estructurales de “Batalla”. V. “La otra Batalla” en el blog *En Disidencia*, <http://endisidencia.com/2018/12/la-otra-batalla/>.

²⁹ V. ANDRÉS ROSLER, “Hay dos sin tres”, *supra* nota 9.

³⁰ V. ZAFFARONI, *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2009, p. 169.

³¹ En gran medida, el interpretativismo ha cobrado vuelo gracias a una confusión entre la comprensión de una convención y la idea de interpretación. Sin duda, toda interpretación supone la existencia de una convención que nos provee del significado, ya que el significado no es algo natural. Sin embargo, a menos que quedemos atrapados en un círculo, el significado de la convención misma no puede depender de la interpretación. V. ROSLER, “Hermes o la continuación de Antígona por otros medios”, *Revista Jurídica de San Andrés*, 2018, n.º 6, pp. 11-17.

bastante menor medida “Batalla”, lamentablemente— tuvo una gran repercusión, pero no tiene sentido sostener que el significado de una norma depende de su repercusión, ya que semejante criterio es obviamente circular. De otro modo, sería suficiente lograr juntar un número significativo de gente en la calle para decir que no entendemos cuál es el derecho vigente.

Otros sostienen que de la sola existencia de una *diferencia* entre los jueces de un tribunal como la Corte Suprema —recordemos el 3 a 2 de “Muiña”, que luego se transformara en un lapidario 4 a 1 para las garantías penales en “Batalla”— se sigue que existe un *desacuerdo* sobre la cuestión, lo cual a su vez mostraría que el derecho no es claro al respecto. Sin embargo, que exista una disidencia es precisamente un hecho; no demuestra la existencia de un *desacuerdo genuino*, es decir, con argumentos atendibles de ambas partes. Eso dependerá de la calidad de los argumentos en juego, no de la sola diferencia. Además, aunque la ley 27.362 fuera verdaderamente interpretativa —ya que en realidad no lo es, sino que es una ley modificatoria—, dicha interpretación más gravosa no podría ser retroactiva.

En realidad, el interpretativismo confunde la noción de “interpretación” con un poder normativo en manos de los jueces para cambiar el derecho cuando les parece inmoral, irracional, inmerecido, etc., a pesar de que ninguna interpretación puede cambiar el mundo, como muy bien decía MARX. Si una interpretación cambia su objeto, entonces no es una interpretación. Además, si una ley nos parece inmoral, irracional, inmerecida, etc., es porque ya la hemos entendido primero. La interpretación tiene que venir antes, no después de la valoración. Y si nos ponemos a interpretar *porque* algo nos parece mal, otra vez, esto se debe a que queremos cambiar el mundo, quizás por muy buenas razones —es inmoral, injusto, etc.—. Pero al menos tengamos la decencia de decir que estamos cambiando el mundo (o el derecho), no que lo estamos interpretando. De ahí que el interpretativismo nacional invierte la célebre frase de Giovanni Giolitti: “La ley para los enemigos se interpreta, para los amigos se aplica”.³²

Algunos insisten, p. ej., en que “no se entiende” si el art. 18 de la Constitución se aplica a crímenes de lesa humanidad, ya que dicho artículo se refiere a “juicio” o “castigo” en general y por lo tanto a la idea de delito en sentido genérico. Algo similar se ha invocado con relación a la ley del 2 x 1, que habla de delitos en general sin excluir los delitos de lesa humanidad, lo cual sería una “ambigüedad” o “vaguedad” (para ser bastante generosos con esta invocación). Pero,

³² Le agradezco mucho a Hernán Inverso por haberme hecho conocer esta frase.

precisamente, eso equivaldría a sostener que dado que el reglamento de la International Board habla de "clubes de fútbol" en general pero no especifica a cuáles clubes se refiere (*v. g.* River o Barcelona), entonces contiene una "ambigüedad" y no podemos aplicar ese reglamento a River o a Barcelona, o a ningún club irónicamente para el caso, ya que el reglamento habla de clubes en general sin especificar club alguno. Ciertamente, el art. 18 de la Constitución y el 2 del Código Penal se remontan a una época en la que no existían los delitos de lesa humanidad. Pero no hay que olvidar que la Constitución fue reformada en 1994 y que estamos hablando de garantías que figuran en el derecho penal internacional incorporado a nuestro derecho. De ahí que sea difícil evitar la conclusión de que lo que realmente sucede en los últimos tiempos es que cuando nos parece mal lo que prescribe el derecho deseamos cambiarlo mediante una "interpretación".

Por otro lado, si una garantía como la de la irretroactividad de la ley penal más gravosa debe ser interpretada a la luz de nuestros valores, deja de ser una garantía, un "triumfo". Es bastante revelador, p. ej., que ALEXY crea que la garantía de la irretroactividad penal en el art. 103.2 de la Ley Fundamental Alemana es "un derecho fundamental o cuasifundamental", protegido "sin reservas". Sin embargo, ALEXY cree a la vez que este artículo está sujeto a una "cláusula de excepción claramente definida" merced a un "valor jurídico dotado de rango constitucional" y por eso este inciso es "elástico, sin dejar de ser una norma dura",³³ algo así como una persona casada que no deja de ser soltera.³⁴

Finalmente, en lo que atañe a la co-autoría judicial del derecho, que equivale a que los jueces sean co-legisladores no solo porque la metáfora oficial del intepretativismo sea la de una novela en cadena, sino porque expresamente lo que se presenta como una "interpretación" en realidad es una modificación del derecho, ni siquiera los legisladores —los verdaderos autores del derecho— pueden interpretar auténticamente el derecho si dicha interpretación, por ser retroactiva, está prohibida por la Constitución. Después de todo, el autor de la Constitución es el pueblo, no los legisladores. Mucho menos entonces podrían los jueces ser autores del derecho y de la Constitución que se supone deben aplicar. El sentido mismo de la tarea jurisdiccional consiste en

³³ En las palabras de ATRIA, "Esto es como un muro cortafuego que es inflamable, sin dejar de ser incombustible", *La forma del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 291. No me queda claro por qué, sin embargo, la manera que tiene ATRIA de entender los derechos constitucionales —o al menos algunos de estos—, es decir, su tesis de la polemicidad de los conceptos constitucionales, no queda expuesta a la misma crítica que ATRIA le formula a ALEXY. Esta cuestión quedará para otra oportunidad.

³⁴ Como dice CARL SCHMITT, "Un jurista que se aventura a ejecutar valores de manera inmediata debería saber lo que hace" (*La tiranía de los valores*, prólogo de JORGE E. DOTI, traducción de SEBASTIÁN ABAD, Buenos Aires, Hydra, 2009, p. 147).

que los jueces cumplan con las reglas que emanan de la Constitución y del poder legislativo, sobre todo en un régimen democrático. Sin embargo, la idea de la co-autoría judicial se ha hecho carne otra vez en el voto del Juez Rosatti en “Batalla”, el cual *sobre la base de fallos judiciales* hace referencia a la existencia de un “estatuto para el juzgamiento y condena de los delitos de lesa humanidad”, cuando se supone que en un Estado de derecho los delitos no son creaciones pretorianas o que los jueces no crean estatutos penales, sino que los aplican. Esto, por supuesto, es lo que sucede cuando los jueces creen que no deben aplicar el derecho, sino adaptarlo a su “pensamiento jurídico propio”.

Por otro lado, existe cierta confusión respecto del accionar de ese tribunal tan particular que es la Corte Suprema. En nuestro sistema jurídico, los jueces tienen el poder normativo de declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones jurídicas y de ahí que en este sentido, al ser el máximo tribunal de la jurisdicción, la Corte Suprema tenga el *shibboleth* de la constitucionalidad, una tarea que suele ser de naturaleza esencialmente política. Sin embargo, no hay que olvidar que la Corte también opera como tribunal de última instancia penal, tal como ha sucedido en los casos “Muiña” y “Batalla”, y que en tal carácter lo primero que debe hacer es asegurarse de que se cumplan las garantías establecidas tanto por la Constitución como por el Código Penal. La Corte, entonces, es un órgano que atiende dos ventanillas diferentes, y no podemos decirle que mientras atiende la ventanilla estrictamente jurisdiccional se comporte como un órgano político, no en todo caso si nos interesa proteger los derechos humanos de aquellos contra quienes se pone en marcha el aparato punitivo del Estado.

Así y todo, algunos insisten en que toda discusión constitucional, por el solo hecho de ser tal, cae presa del razonamiento político. Sin duda, la Constitución es una iglesia bastante amplia que reúne elementos muy diferentes, varios de ellos políticos, como lo son p. ej. sus declaraciones sobre libertad e igualdad e incluso gran parte de sus disposiciones sobre las instituciones del Estado. Ciertamente, existen diferentes concepciones de libertad e igualdad, pero no tendría mayor sentido decir que existen diferentes concepciones de la retroactividad temporal de una ley, a menos que estemos dispuestos a incluir la física cuántica dentro del derecho, de tal forma que no sabríamos, p. ej., si este número de la revista es efectivamente el último de 2018.

Además, se supone que la Constitución también contiene ciertos elementos, como p. ej. la garantía penal sobre la irretroactividad de la ley, precisamente porque creíamos que esa era la mejor manera de protegerla o “blindarla”, como suele decir la jerga, y no un modo de dejarla expuesta al arbitrio de los jueces. De otro modo, bastante irónicamente, lo peor que le podría

sucedier a un derecho es que lo consideráramos fundamental y por lo tanto quedara incluido en la Constitución. Sería mucho mejor en ese caso sacarlo de ahí y degradarlo a la legislación ordinaria o incluso en disposiciones de menor jerarquía, si es la única manera en que los jueces lo tomen en serio.

En conclusión, es muy importante que en los juicios por casos de lesa humanidad busquemos memoria, verdad y justicia, sin olvidar que dicha búsqueda debe incluir al derecho, es decir, debe tener lugar dentro del marco del Estado de Derecho en democracia. Se trata de una cuestión que supo ser obvia cuando, en los comienzos de la última restauración democrática, NINO y MALAMUD GOTI idearon la arquitectura de los primeros e históricos juicios a las juntas militares cuando la propia democracia estaba en peligro, pero que hoy en día ha perdido toda relevancia. Que todavía la tenga depende de nosotros.