



16 de Agosto de 2019

El interpretativismo y la Retroactividad de la Ley Penal. Un análisis del fallo "Batalla"

Rosler, Andrés 

Revista de Derecho Constitucional

[Indice](#)

[Voces](#)

[Citados](#)

[Relacionados](#)

[Videos](#)

El interpretativismo y la Retroactividad de la Ley Penal

Un análisis del fallo *Batalla*

Andrés Rosler

El reciente fallo de la Corte Suprema “Batalla”, que convalidó una ley penal retroactiva más gravosa[1], es un claro indicador de que ha colapsado la frontera entre el derecho vigente y las creencias de los jueces acerca de cuál debería ser el derecho vigente, incluyendo al razonamiento judicial en su más alto nivel. Quisiera aprovechar esta ocasión para ilustrar este colapso a la luz de los votos de la mayoría en dicho fallo, usando como contrapeso la histórica disidencia del juez Rosenkrantz.

Por si fuera necesario, convendría recordar que el fallo “Batalla” se debe a un recurso de queja presentado por la defensa ante la Corte Suprema de Justicia ante el rechazo del recurso extraordinario federal por parte de la Cámara Federal Casación, debido a que el principio de irretroactividad de la ley penal y la aplicación de la ley penal más benigna habían sido violados por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 1 de La

Plata en ocasión de un caso de lesa humanidad.

El colapso entre el derecho que existe y el que debería existir se debe principalmente a una manera de entender el derecho compartida por los votos de la mayoría,[2] que podemos describir como “interpretativismo”[3]. Según este último, el derecho es fundamentalmente un emprendimiento interpretativo que responde a ciertos valores, de tal forma que las reglas jurídicas son vinculantes solamente cuando coinciden con esos valores. Según esta posición, y para decirlo en muy pocas palabras, (a) el derecho es siempre un fenómeno interpretativo; (b) dicha interpretación tiene que ser realizada a la luz de la moralidad política; (c) a raíz de (a) y (b) los jueces son co-autores del derecho. La ubicuidad de la interpretación, a su vez, se explica por la necesidad de que el derecho sea el portavoz inmediato del razonamiento moral o político, una ocasión para dar con la respuesta correcta o razonable. Por lo tanto, según el interpretativismo, el derecho no tiene autoridad ya que no hace ninguna diferencia práctica genuina[4].

Como se puede apreciar, una teoría del derecho como la interpretativista está en muy malas condiciones de poder determinar si una “ley interpretativa” es una interpretación o una modificación de una ley anterior, ya que, como hemos visto más arriba, para el interpretativismo todas las leyes necesitan ser interpretadas. Si una ley interpretativa fuera la excepción, se derrumbaría la naturaleza interpretativa del derecho, y si no hubiera excepciones la búsqueda de la interpretación de toda ley nos haría embarcar en una regresión al infinito.

La posición contraria al interpretativismo, representada en este fallo por la disidencia de Rosenkrantz, sostiene que el derecho es una práctica que gira alrededor de la observancia de reglas y que por lo tanto tiene autoridad incluso o sobre todo cuando sus disposiciones no coinciden con nuestras creencias (o la de los jueces por supuesto).

En una época, esta segunda manera de entender el derecho

solía ser descripta como “positivismo”, aunque si nos atuviéramos a la teoría del derecho de John Finnis, también podría ser entendida como “iusnaturalismo”: “La tradición de la teoría del derecho natural no se ocupa de minimizar el alcance y la determinación del derecho positivo o de la suficiencia general de las fuentes positivas como solventes de problemas legales”[5]. Según esta segunda manera de entender el derecho, la palabra clave en el derecho moderno no es “interpretación” sino “autoridad” y por lo tanto la tarea del juez consiste en aplicar las reglas y en interpretarlas solo cuando no las entiende. En todo caso, un juez no puede arrogarse funciones legislativas cambiando el derecho mediante su “interpretación”. Por supuesto, incluso quienes creen que el derecho se distingue por su autoridad, son conscientes de que a veces no queda otra alternativa que desobedecer el derecho. Sin embargo, en tal caso, los jueces deberían aclarar que en lugar de “interpretar” el derecho lo están desobedeciendo, lo cual ahorraría no solo un buen número de equívocos conceptuales o legales, sino además y fundamentalmente políticos.

Si nos concentráramos en la coherencia del voto de los jueces en “Batalla” en relación a “Muiña”-es decir, el fallo de la Corte sobre el 2 x 1-, observaríamos dos grandes bloques. Por un lado, percibiríamos que Lorenzetti, Maqueda y Rosenkrantz han sido coherentes en relación a “Muiña”, aunque obviamente por razones diferentes: Lorenzetti y Maqueda han mantenido su desapego a las garantías penales, mientras que Rosenkrantz ha confirmado su apego a las mencionadas garantías. Por el otro lado, en cambio, notaríamos que Rosatti y Highton han modificado sustancialmente su posición, ya que se habían aferrado al derecho -es decir, a las garantías penales- en “Muiña” pero cambiaron de opinión en “Batalla”.

A continuación veremos primero el interpretativismo coherente de Lorenzetti y Maqueda para luego pasar al interpretativismo incoherente de Rosatti y Highton[6]. Finalmente, pasaremos revista a cómo Rosenkrantz cumplió con su tarea jurisdiccional de aplicar el derecho vigente a un caso concreto, sin que

importara la reacción social o su propia valoración del derecho vigente emanado ciertamente de un Estado de Derecho en democracia.

I. El interpretativismo coherente de Lorenzetti y Maqueda ^[arriba] -

Habíamos señalado que el interpretativismo consiste en tres grandes tesis: (a) hay que interpretar el derecho siempre; (b) la interpretación debe ser hecha a la luz de la moralidad política; (c) los jueces son co-autores del derecho. El voto de Lorenzetti y Maqueda en Batalla es un buen ejemplo de esta manera de entender el derecho.

Por ejemplo, previa invocación a su voto en “Muiña”, Lorenzetti y Maqueda articulan la ubicuidad de la interpretación con la valoración moral del derecho. En efecto, según Lorenzetti y Maqueda, dado que “la detención preventiva de Batalla no se materializó durante la vigencia del artículo 7 de la Ley N° 24.390 sino, antes bien, desde el 14 de julio de 2010, esto es, varios años después de su derogación” (341:1816), entonces no corresponde el cómputo diferencial del 2 x 1.

Sin embargo, la exigencia de que el eventual beneficiado del cómputo diferencial haya estado en prisión preventiva durante la vigencia de la ley no figura en nuestro ordenamiento jurídico. En realidad, el artículo 2 del Código Penal solamente exige como condición de su aplicación que la ley haya estado vigente entre el momento del hecho y la sentencia: “Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna”. Para que este artículo sea aplicable, entonces, es suficiente que la ley haya sido sancionada entre la comisión del delito y el fallo, y que por supuesto sea más benigna. Caso contrario, entra en operación el artículo 18 de la Constitución Nacional, que es precisamente lo que aconteció -o mejor dicho debería haber acontecido- en “Batalla”. [7]

En relación al fallo “Arce” invocado por la defensa de Batalla,

Lorenzetti y Maqueda ponen en marcha el interpretativismo nuevamente al alegar que dicho precedente -en el sentido lato o temporal de la expresión por supuesto ya que en nuestro sistema jurídico no existen precedentes en sentido estricto u obligatorio- se refería a un delito común y no a un caso de lesa humanidad, a pesar de que, otra vez, el artículo 2 no contiene dicha diferenciación y a pesar de que, por supuesto, el derecho penal internacional o de los derechos humanos -en referencia precisamente a los crímenes de lesa humanidad- contiene básicamente las mismas garantías que el derecho local[8].

Dicho sea de paso, Lorenzetti y Maqueda confunden la modificación del cómputo de la prisión preventiva con la amnistía, el indulto y la conmutación de pena (341:1819). Dado que el voto de Rosenkrantz explica claramente la diferencia, nos detendremos en ella más abajo cuando examinemos su disidencia.

Hay momentos en los que Lorenzetti y Maqueda no incurrir en forma alguna de interpretativismo, como por ejemplo cuando hacen hincapié en la necesidad de perseguir penalmente la comisión de delitos de lesa humanidad. Esto es un avance ya que dicha necesidad figura ciertamente en el orden jurídico argentino. El problema, sin embargo, es que Lorenzetti y Maqueda pasan de exigir condiciones que no figuran en el derecho a señalar lo que es básicamente una redundancia. Los delitos penales de acción pública tienen que ser perseguidos. En todo caso, llama la atención que Lorenzetti y Maqueda no hagan hincapié en otra redundancia legal -aunque a la luz del presente fallo habría que referirse a lo que solía ser una redundancia legal-, a saber, la de tener que respetar las garantías penales de aquellos contra quienes se pone en marcha el aparato punitivo del Estado para que dicha persecución sea jurídicamente válida, es decir, conforme a la Constitución y las leyes penales.

De hecho, cuando Lorenzetti y Maqueda afirman que “no puede sostenerse una interpretación de la ley que conduzca a la frustración de la finalidad persecutoria en este campo” (341:1819), se olvidan de que la persecución penal está sujeta a

ciertas garantías no menos penales. Por lo tanto, a veces la finalidad persecutoria debe quedar frustrada si la misma no satisface las garantías penales. En realidad, deberíamos afirmar que no puede sostenerse una comprensión de la ley que conduzca a la frustración de la finalidad garantista que tiene nuestro derecho penal. Por lo demás, jamás se insistirá lo suficiente en que el derecho internacional contiene básicamente las mismas garantías que el derecho nacional, gracias al cual -por otro lado- el primero está vigente en nuestro país.

Esta última precisión viene especialmente a cuento debido a que Lorenzetti y Maqueda hacen referencia a un “sistema de fuentes que conforman la Constitución, los tratados de derechos humanos, las leyes penales y procesales, de manera de llegar a una conclusión coherente, basada en la comunicabilidad de principios entre fuentes diversas...” (341:1820), cuando, en rigor de verdad, la fuente originaria de nuestro derecho es la Constitución de la que se derivan las leyes y tratados internacionales incorporados a nuestro derecho en virtud de la propia Constitución.

Finalmente, Lorenzetti y Maqueda tienen toda la razón del mundo al sostener que en nuestro país existe una “política de Estado” (341:1821) en relación a la persecución penal y castigo de los delitos de lesa humanidad. Pero, otra vez, se supone que también es -o debería ser en todo caso- “política de Estado” del Poder Judicial bajo un Estado de Derecho democrático aplicar el derecho vigente -que incluye la persecución penal con garantías- con independencia de la cara del cliente, es decir, de la persona contra la cual se ha puesto en marcha el aparato punitivo del Estado. La persecución de delitos es una política de Estado y para eso está el fuero penal. Pero también lo es la protección de las garantías constitucionales y para eso está la Constitución.

II. El interpretativismo incoherente de Rosatti y Highton [arriba] -

El voto de Rosatti y Highton es el más largo del fallo. Su extensión es de 27 páginas en la versión impresa (44 en el documento mecanografiado), lo cual les da espacio suficiente para formular varias distinciones conceptuales, entre las que se destacan la separación entre (a) cuestiones “jurídico-doctrinarias” y “político-institucionales” y (b) entre el “test de consistencia” y el “test de razonabilidad”. La primera distinción, de carácter preliminar, prepara el terreno para la segunda. Pasemos al análisis de ambas distinciones.

Comencemos entonces por la distinción entre cuestiones “jurídico-doctrinarias” y las “político-institucionales” (341:1790). Se supone que la tarea de todo juez, y el caso de un ministro de la Corte no es una excepción, consiste en tratar cuestiones “jurídicas” que se prestan asimismo a ser doctrinarias por naturaleza. Por supuesto, en cierto sentido el derecho trata cuestiones que no son jurídicas, ya que el derecho no existe en el aire. Pero las cuestiones que trata el derecho se han vuelto jurídicas toda vez que se han vuelto jurídicamente relevantes, es decir, identificadas por el derecho para ser tratadas por él.

Por otra parte, aunque concediéramos que el derecho trata cuestiones que lo preexisten, la manera de tratarlas es, otra vez, típicamente jurídica, lo cual explica la existencia misma del derecho. Por lo cual, hablar de “cuestiones jurídicas” en un fallo es francamente redundante. Incluso la más política de las cuestiones debe ser finalmente reducida por los jueces a una norma jurídica.

En cuanto a las “cuestiones político-institucionales” identificadas por Rosatti y Highton, en el fondo también resultan ser “cuestiones jurídico-doctrinarias”. En efecto, dichas “cuestiones político-institucionales” se refieren al proceso de formación legislativa, el cual descansa en ciertas instituciones previstas en normas jurídicas. De otro modo no podríamos hablar siquiera de leyes. Huelga decir que estas cuestiones también son “doctrinarias” ya que la doctrina también se ocupa de ellas.

Ahora bien, junto al proceso legislativo, Rosatti y Highton incluyen como “cuestión político-institucional” una concepción de la democracia, epistémica para ser más precisos. Aquí estamos en presencia de una noción moral o política antes que institucional: “cuando la legislación democrática se refiere a cuestiones de moral colectiva, como las que están involucradas en la justicia retroactiva por violaciones masivas de derechos humanos, la conciencia colectiva es relevante para nuestro razonamiento práctico dado que provee razones epistémicas para determinar los principios de moral sustantiva sobre los que el razonamiento práctico debe basarse” (Nino, Carlos S., Juicio al mal absoluto, ed. Emecé, Buenos Aires, 1997, pág. 249, cit. en 341:1792).

Esta cita, sin embargo, puede prestarse a confusión por varias razones. En primer lugar, el derecho existe en gran medida para no tener que apelar a “principios de moral sustantiva”, ya que los principios de moral sustantiva no están codificados ni cuentan con instituciones encargadas de aplicarlos. Además, si estuvieran codificados -o incluidos por supuesto en la Constitución- y contaran con instituciones de aplicación, entonces serían parte del derecho vigente y no valdrían por ser principios morales, sino por su condición jurídica.

Por otro lado, al menos en el caso argentino por suerte, en última instancia el derecho está justificado por tratarse de un régimen democrático bajo el Estado de Derecho y por lo tanto nos da verdaderas razones para actuar debido a que ha satisfecho ciertos estándares morales. Sin embargo, en el caso que nos interesa, se supone que está fuera de duda la cuestión de la legitimidad moral del Estado de Derecho democrático, bajo cuyo amparo se han estado llevado a cabo los juicios penales por delitos de lesa humanidad y se han sancionado las leyes aplicables, de tal manera que la discusión es estrictamente jurídica. Los principios morales podrán reaparecer o colarse por así decir por la ventana de las lagunas o vacíos legales, o de cuestiones de interpretación en sentido estricto, pero no es el caso del fallo que nos interesa -ni el de

su predecesor, Muiña, por supuesto- , o en todo caso eso es precisamente lo que está en cuestión.

Lo mismo vale para la apelación a la “conciencia colectiva”. Se supone que toda sociedad medianamente sofisticada, es decir que haya dejado atrás la estructura organizativa característica de quienes se dedican a la caza y a la recolección, no puede darse el lujo de apelar directamente a la conciencia colectiva, y es por eso que sociedades como la nuestra cuentan con un sistema normativo e institucional al cual se le confía la resolución de los desacuerdos y particularmente la aplicación del derecho penal. Por supuesto, hay casos en los cuales no hay otra alternativa que apartarse del derecho vigente e incluso establecer una verdadera justicia retroactiva como fue el caso de los juicios de Nuremberg, con sus consiguientes justicias de los vencedores, ejércitos de ocupación, etc., pero se supone, otra vez, que no es el caso de los juicios sobre violaciones de los derechos humanos en Argentina, que se ha convertido en un modelo para el mundo[9].

Dicho sea de paso, la “justicia retroactiva” a la que se refiere Nino es un arma de doble filo. Toda justicia penal es retroactiva en el sentido de que llega demasiado tarde y por eso trata de modificar la situación provocada por el delito. Pero si la retroactividad es literal por así decir, y entonces afecta el principio de legalidad, eso debería ser más que suficiente para descalificar la validez jurídica del proceso. Por lo demás, la ley del 2 x 1 y sobre todo la ley penal retroactiva que motivó el fallo “Batalla” supuestamente ya no corresponden a la etapa de la transición democrática.

Quizás la distinción entre cuestiones jurídicas y político-institucionales aluda a las diferentes cuestiones que toda Constitución suele contener, que caen principalmente bajo dos grandes grupos. Por un lado, una parte que suele ser denominada como “dogmática” con las típicas declaraciones de derechos y garantías, y otra “orgánica” de naturaleza fundamentalmente institucional. Sin embargo, ambas partes abarcan cuestiones “jurídico-doctrinarias”. Estas cuestiones,

obviamente, pueden ser además objeto de estudio de, por ejemplo, la historia y la sociología, pero esta clase de estudios es irrelevante para nuestros propósitos, a saber, el análisis jurídico de un fallo de la Corte Suprema.

Tal vez el punto de la distinción haya sido que tanto la parte dogmática cuanto la orgánica de la Constitución están atravesadas por lo que podríamos denominar como razonamiento político y razonamiento judicial respectivamente, a falta de palabras más apropiadas. Por un lado, la Constitución incluye conceptos decididamente políticos o polémicos, como libertad, igualdad, república, etc., tanto en su parte dogmática cuanto en su parte orgánica. Por el otro, sin embargo, para que tenga sentido hablar de la existencia de la Constitución, tanto en su parte dogmática cuanto en la orgánica, tiene que haber ciertos conceptos o cuestiones que no admitan diferentes concepciones. Estas cuestiones o conceptos no serán muchas pero están incluidas en la Constitución porque son valiosos y deseamos protegerlos, como por ejemplo el principio de la irretroactividad de la ley penal más gravosa, que se supone nos permite distinguir entre un Estado de Derecho y otro que actúa simplemente de acuerdo con el capricho de sus gobernantes, legisladores y jueces.

El principio de la irretroactividad de la ley penal más gravosa, precisamente, es uno de esos “principios de moral sustantiva sobre los que el razonamiento práctico debe basarse” que menciona Nino, principios que no solo son jurídicamente vinculantes debido a que están previstos en la Constitución y el derecho penal internacional, sino que por esta razón se han convertido en un derecho humano, lo cual no puede ser obviado por deliberación alguna, mucho menos aquella que se precie de ser “epistémica”.

Vayamos ahora al corazón del voto de Rosatti y de Highton. Según este voto conjunto la Ley N° 27.362 es constitucional porque satisface dos tests. El primero es el “test de la consistencia”[10]. El segundo es el de “razonabilidad”. Como se puede advertir, la “consistencia” y la “razonabilidad” invocadas

por Rosatti y Highton corresponden a grandes rasgos a las dos primeras tesis del interpretativismo: el test de la consistencia trata de mostrar que la ley penal retroactiva es parte del o consistente con el derecho debido a que dicha ley es una interpretación de una ley anterior, y el test de la razonabilidad trata de mostrar que dicha interpretación a su vez es moral o políticamente valiosa, es decir, “razonable”. De este modo, queda claro por qué, si todo derecho es interpretativo y la interpretación necesariamente conjura la moralidad política, entonces los jueces devienen co-autores del derecho.

Vayamos entonces al primer test, “de la consistencia”, sobre el cual tratan los considerandos 12 a 14 del voto conjunto de Rosatti y de Highton, y cuyo sentido es el de dilucidar si la Ley N° 27.362 es precisamente “consistente” con el derecho argentino, el cual fulmina la irretroactividad de la ley penal más gravosa. Rosatti y Highton tienen mucha razón al sostener que para lograr que la Ley N° 27.362 sea “consistente” hay que mostrar que “no encumbra una modificación bajo el ropaje interpretativo o aclaración” (341:1791). El argumento que subyace al test, entonces, es que hay algo en la Ley N° 24.390 que no se entiende, lo cual exige ser interpretado y dicha interpretación ha sido provista por el mismísimo autor de la Ley N° 24.390 -es decir, el Congreso- en la Ley N° 27.362. En principio, nadie mejor que el autor mismo de la obra para explicar lo que la obra quiere decir.

Como se puede apreciar, no es una tarea fácil la que debe cumplir el test de consistencia, ya que no solo debe mostrar la constitucionalidad de la Ley N° 27.362, sino que además Rosatti y Highton tienen que mostrar que su voto en diciembre de 2017 en “Batalla” es consistente con su anterior voto de mayo del mismo año en “Muiña” (que había respaldado las garantías individuales). En realidad, el problema de Rosatti y Highton no es la sola oscilación de su voto, sino que su decisión en “Muiña” a favor de las garantías penales se apoyaba en la claridad del significado de la Ley N° 24.390 y/o no hace referencia alguna a las dificultades semánticas del 2 x 1.

Por ejemplo, Highton había sostenido en “Muiña” con mucha razón que “la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, sin violentar su significado específico, máxime cuando aquel concuerda con la acepción corriente en el entendimiento común y la técnica legal empleada en el ordenamiento jurídico vigente”. Por lo tanto, cuando la norma “no exige esfuerzo de comprensión debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones ajenas al caso que aquella contempla” (340:581). Fue por eso precisamente que Highton no tuvo otra alternativa que convalidar la aplicación del 2 x 1 a un caso de lesa humanidad.

Rosatti, por su parte, en “Muiña” tampoco menciona duda alguna acerca del hecho de que “el legislador, único sujeto jurídico habilitado para hacerlo, no previó un régimen diferenciado que excluyera la aplicación de los arts. 2° y 3° del Código Penal a los delitos de lesa humanidad. Y lo que no hizo el legislador no lo puede hacer el juez, pues de otro modo este se convertiría en aquel” (340:583).

De hecho, Rosatti también en “Muiña” menciona “el dilema moral que plantea en el juzgador la aplicación de un criterio de benignidad a condenados por delitos de lesa humanidad” (340:582); pero para que el juzgador se vea ante un dilema moral primero tiene que haber entendido aquello que plantea semejante dilema. Sin embargo, en “Batalla”, Rosatti y Highton llegan a la conclusión de que en realidad el Congreso tiene razón: hay algo en la Ley N° 24.390 que no se entiende y que requiere ser interpretado por una ley “de interpretación auténtica”, algo que, insistimos, Rosatti y Highton no parecen haber advertido seis meses antes.

Volviendo a “Batalla”, Rosatti y Highton sostienen que “así como el juez no puede reemplazar al legislador creando una ley que no existe, tampoco puede ignorar la consideración de una ley que el Congreso ha dictado y cuyo contenido juzga compatible con la Constitución” (341:1808). Rosatti y Highton, entonces, se entienden a sí mismo como verdaderos “soldados” -para usar la terminología de Cass Sunstein sobre el

comportamiento de los jueces de una Corte Suprema- cuya tarea es la de obedecer fielmente a sus superiores legislativos “típicamente entendidos como las ramas políticas del gobierno” debido a que han sido elegidos por el voto popular[11]. Como dice Sunstein, el soldado judicial por antonomasia fue el juez Holmes, quien reveladoramente sostuvo que “si mis conciudadanos quieren irse al Infierno, yo los voy a ayudar. Ese es mi trabajo”. [12]

De ahí que Rosatti y Highton planteen el caso en los siguientes términos: “corresponde a este Tribunal verificar si el dictado de la Ley N° 27.362 -catalogada por el legislador como interpretación auténtica del art. 70 de la Ley N° 24.390- ha respetado los principios que, de manera inveterada, han condicionado la validez de las leyes de ese tipo” (341:1793). En este mismo sentido, según Rosatti y Highton, “corresponde al Congreso decidir per se cuál es la índole de las potestades que ejerce en el desempeño de su función específica, y si dicho órgano dice haber actuado en uso de la atribución que lo faculta a formular la interpretación auténtica de la ley, los jueces -en oportunidad de ejercer su función jurisdiccional- no pueden rectificarlo o desconocerla, salvo que medie una clara infracción a normas constitucionales” (341:1794).

Como se puede advertir, Rosatti y Highton son plenamente conscientes de que si “bajo la invocación de la referida potestad, es sancionado un ius novum, una nueva ley que, de este modo, logra efecto retroactivo violatorio de la Ley Fundamental” (341:1794)[13], entonces la ley de “interpretación auténtica” es jurídicamente inaceptable.

Como muy bien sostiene Marx en su tesis XI sobre Feuerbach, una interpretación no puede cambiar el mundo, y si lo cambia no es una interpretación del mundo, sino un mundo nuevo. Si además la modificación es retroactiva, es incompatible con el artículo 18 de la Constitución Nacional. Por lo tanto, por más que una interpretación sea auténtica, es decir, provenga del autor, eso no significa que sea jurídicamente válida, ya que, por más auténticas que sean, la Constitución descalifica las

interpretaciones retroactivas más gravosas de las leyes penales. Parafraseando al juez Holmes, aunque los ciudadanos y/o los legisladores quieran irse al infierno, si el infierno es inconstitucional, entonces en nuestro sistema jurídico la tarea de un juez es declararlo tal.

Rosatti y Highton exageran en “Batalla” cuando dicen que “Pensar que el legislador sanciona normas innecesarias y -por tanto- inútiles, conlleva una subestimación institucional inaceptable. En el presente caso, tal subestimación se extendería al Poder Ejecutivo, que promulgó sin objeciones la Ley N° 27.362” (341:1792; cf. 341:1807). En realidad, todo depende de cuál es la ley sancionada, ya que, dado que el Poder Legislativo está compuesto por seres humanos, no hay nada que asegure que todas las normas legislativas sean constitucionales. Además, el Poder Ejecutivo, huelga decir, también está compuesto por seres humanos y por lo tanto es susceptible de promulgar una disposición inconstitucional. Huelga agregar que lo mismo se aplica al Poder Judicial (vamos a volver a este punto más abajo en ocasión de la disidencia de Rosenkrantz).

Rosatti y Highton agregan que “sólo en casos extraordinarios resultaría lícito que este Tribunal declarara inadmisibles la calificación empleada por el legislador, ya que ello importaría atribuirle error mayúsculo o artificio destinado a burlar la Constitución” (341:1794). En realidad, cuando discutimos la constitucionalidad de una disposición es irrelevante si la misma es intencional o meramente negligente, o si incluso pasó inadvertida por su autor, sino que lo que interesa es determinar si se trata de una disposición inconstitucional.

Luego Rosatti y Highton pasan a examinar el debate parlamentario de la Ley N° 27.362 en el que, según ellos, “quedó plasmada con claridad, en varias de las exposiciones de los legisladores, la voluntad inequívoca de establecer cuál debía ser la interpretación de la Ley N° 24.390 en relación con los delitos de lesa humanidad. Surge evidente que el legislador ha querido dar a la Ley N° 27.362 el carácter de interpretación

auténtica del art. 70 de la Ley N° 24.390” (341:1794-1795). Es por eso que desde las primeras páginas de su voto conjunto, Rosatti y Highton hacen referencia a las “dudas” ocasionadas por la Ley N° 24.390 (341:1790) y al “debate” que provocó el fallo Muiña (341:1791). De hecho, en una nota bastante generosa y exhaustiva, Rosatti y Highton pasan revista a casi todo lo que fue escrito sobre dicho fallo, desde artículos en revistas especializadas hasta notas en diarios, pasando por los blogs.

Sin embargo, la sola existencia de diferencias acerca de un fallo no implica que estemos en presencia de un debate genuino, ya que de otro modo toda diferencia sería un debate genuino si mucha gente estuviera interesada en la cuestión, lo cual sería totalmente circular. Lo mismo se aplica a la constatación absolutamente correcta de Rosatti y de Highton en el sentido de que “la polémica desbordó el marco estrictamente jurídico-doctrinario, abarcó diversos sectores de la opinión pública y registró tan alto nivel de intensidad que motivó la inmediata reunión del Congreso Nacional para debatir un asunto que merecía ser prontamente precisado”. La dificultad del caso tiene que estar en el caso, no afuera de él, al menos si nos interesa razonar jurídicamente y evitar de este modo la politización del derecho. Además, hasta un juez de la Corte puede equivocarse en su voto. La existencia de un debate genuino depende de la calidad de los argumentos, no de que se trate de uno de, varios o todos los jueces de la Corte, para no decir nada del resto de la sociedad.

Yendo a la evidencia de la intención parlamentaria en torno a la Ley N° 27.362 que Rosatti y Highton invocan en defensa de la tesis de la consistencia, una parte considerable de la misma es francamente contraproducente. Veamos, por ejemplo, el testimonio del diputado Tonelli invocado por Rosatti y Highton: “hemos querido buscar una solución a esa aplicación ultractiva de la Ley N° 24.390, que nos parece francamente inconveniente. ... la derogación de la norma no alcanza como solución, porque en la medida en que siga siendo la ley penal más benigna será nuevamente aplicada por los tribunales.

Creemos, en cambio, que la solución consiste en sancionar una norma que constituya una interpretación auténtica de la Ley N° 24.390. Nos parece que no hay nadie más autorizado que el propio legislador que aprueba la ley, al cabo de un tiempo y a la luz de los resultados que ha producido, porque la norma tiene el carácter de interpretación auténtica para que los tribunales la sigan y apliquen” (341:1795).

El diputado Tonelli reconoce entonces que el problema de la ley del 2 x 1 no era su significado sino sus consecuencias. De hecho, como veremos más abajo, en el voto del juez Rosenkrantz figura el mismo testimonio de Tonelli pero para corroborar su tesis disidente de que la ley en cuestión no es una interpretación, sino una modificación de la ley del 2 x 1, un “ius novum”, para usar la terminología de Rosatti y de Highton.

La cita del senador Guastavino también invocada por Rosatti y Highton en apoyo de su convalidación de la ley penal retroactiva, es igual de contraproducente: “intentamos con esta iniciativa desde el Senado, como desde la Cámara de Diputados, sentar una pauta interpretativa que impida en lo sucesivo, a quienes utilizaron el aparato del Estado para secuestrar, torturar, asesinar y sustraer la identidad de niños nacidos en cautiverio, que puedan gozar de ese beneficio” (341:1795). Como se puede apreciar, el senador Guastavino tenía la intención de que la ley no fuera retroactiva sino que se aplicara “en lo sucesivo”, quizás debido a que era consciente de la inconstitucionalidad de una ley penal retroactiva más gravosa.

Si bien Rosatti y Highton dan asimismo una lista de representantes legislativos interesados en “clausurar una inteligencia amplia del ‘2x1’” (341:1796), a la vez invocan el adagio latino que se debe usar en respuesta a su propia postura: “ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”: “donde la ley no distingue, tampoco debemos distinguir nosotros” (341:1799). Dicha “inteligencia amplia” está en la ley misma, por lo cual toda restricción de la amplitud implica una modificación de la ley. Como muy bien dice la defensa de Batalla, una omisión no es una ambigüedad (341:1790).

Para ilustrar este punto pensemos, por ejemplo, en el Reglamento de fútbol de la International Board, que hace referencia a los clubes de fútbol en general. Con el criterio de este voto conjunto, alguien podría decir que la “inteligencia amplia” del reglamento debería ser “clausurada”, debido a que en realidad dicho reglamento no se aplica a cualquier equipo de fútbol del mundo, sino, por ejemplo, a River y Barcelona, pero no a Independiente o al Real Madrid. En tal caso saltaría a la vista que la “clausura de la inteligencia amplia” no sería una “interpretación” del reglamento, sino una obvia modificación que además sería retroactiva. De hecho, ha habido modificaciones retroactivas realizadas por la AFA en los reglamentos del fútbol del ascenso que han provocado discusiones mucho mayores que la ley penal retroactiva sancionada por el Congreso.

Una variación del tema intencionalista es lo que podríamos denominar como la teoría de la imprevisión. Rosatti y Highton invocan el testimonio de la diputada Hers Cabral durante la muy expedita deliberación de la Ley N° 27.362, en el sentido de que “cuando se sancionó la Ley N° 24.390, del ‘2 x l’, estaban en vigencia las leyes de obediencia debida y punto final, que impedían la persecución de los delitos de lesa humanidad, motivo por el cual el legislador no pudo prever lo que jurídicamente no era posible” (341:1799). Este argumento, a su vez, supone que los legisladores no tienen la intención de buscar aquello que es imposible. Una consideración muy similar emerge del testimonio de la senadora Fiore Viñuales, según quien “el legislador de aquel entonces jamás pensó que tenía que hacer esta distinción entre delitos comunes y delitos de lesa humanidad” (341:1800).

En su voto conjunto en “Batalla”, Rosatti y Highton una y otra vez sostienen que la tarea del juez es la de obedecer al Poder Legislativo. De hecho, la tarea de modificar el ámbito de aplicación del artículo 7 de la Ley N° 24.390 “no podía ser realizada por el juez sino solo por el legislador, pues lo contrario importaría quebrantar el principio republicano de

división de poderes” (341:1801) y por lo tanto obviamente la Constitución, lo cual, por supuesto, explicaría su cambio de voto entre “Muiña” y “Batalla”.

Sin embargo, si el argumento de la imprevisión fuera correcto, no quedaría claro nuevamente por qué Rosatti y Highton no advirtieron dicha dificultad en “Muiña”, caso en el cual estaba obviamente en discusión la aplicación de la ley del 2 x 1 a casos de lesa humanidad. Además, no hay que olvidar que es la misma Constitución republicana la que estipula la separación de los poderes y a la vez el principio de irretroactividad de la ley penal más gravosa (e incluso la aplicación de la ley penal más benigna mediante la incorporación a nuestro derecho de los tratados internacionales).

Por otro lado, tal como hemos visto, si la ley interpretativa obedeciera a la necesidad de resolver una duda sobre el significado de la ley del 2 x 1, Rosatti y Highton deberían conceder que su voto en “Muiña” no tuvo en cuenta esa duda. Si Rosatti y Highton explicaran su oscilación debido a un cambio del significado de la ley del 2 x 1 efectuado por la Ley N° 27.362, le estarían dando la razón a quienes sostienen que esta última no es una interpretación, sino precisamente una modificación de la ley anterior.

Habiendo invocado el argumento de la imprevisión, sin embargo, los propios Rosatti y Highton afirman en su voto en “Batalla” que “al momento del dictado de la Ley N° 24.390, la vigencia de las Leyes N° 23.492 y N° 23.521 vedaban cualquier tipo de avance procesal para enjuiciar a la casi totalidad de los ahora condenados por delitos de lesa humanidad, con la salvedad de la punición de ciertos actos como la sustitución de estado civil y la sustracción y ocultación de menores (art. 5°, Ley N° 23.492) y la violación, sustracción y ocultación de menores o sustitución de su estado civil y apropiación extensiva de inmuebles (art. 2°, Ley N° 23.521)” (341:1800). Rosatti y Highton, entonces, borran con el codo lo que habían escrito con la mano sobre la base del testimonio de algunos representantes en Diputados y Senadores. De hecho, esta misma consideración

va a ser retomada por el juez Rosenkrantz pero en la forma de una previsión de delitos de lesa humanidad por parte de los legisladores.

Por otro lado, incluso si asumiéramos su corrección, la teoría de la imprevisión arrojaría resultados bastante imprevistos. No es precisamente una novedad que las leyes de obediencia debida (OD) y de punto final (PF) terminaron siendo declaradas insanablemente nulas e inconstitucionales. La pregunta, sin embargo, es, dado que dichas leyes eran clara e insanablemente nulas e inconstitucionales, ¿por qué el Congreso no pudo haberse imaginado al momento de sancionarla que la ley del 2 x 1 podría terminar siendo aplicada a casos de lesa humanidad?

Hay dos grandes maneras de responder esta pregunta. Por un lado, alguien podría tomar un camino político y sostener que a pesar de que la nulidad e inconstitucionalidad de estas leyes era manifiesta, la relación de fuerzas impedía que fueran declaradas tales. Sin embargo, las relaciones de fuerza pueden cambiar -de hecho eso es lo que debe haber pasado para que finalmente acaecieran las declaraciones de nulidad e inconstitucionalidad-, lo cual debería haber sido previsto por los legisladores si realmente no querían aplicar el 2 x 1 a casos de lesa humanidad.

Por el otro lado, alguien podría tomar un camino jurídico y sostener que el Congreso en realidad no podría haber imaginado que las leyes de OD y PF iban a ser declaradas nulas y/o inconstitucionales, debido a que el sentido mismo de las leyes de este tipo es el de interrumpir definitivamente la persecución penal -de hecho no debe haber muchos casos en la historia de la democracia en los que leyes de esta clase hayan sido revocadas democráticamente-. Pero entonces este argumento podría ser fatal para la persecución de los delitos de lesa humanidad. En efecto, así como Sansón murió con sus enemigos al haber derribado las columnas del templo con él adentro, la exclusión del 2 x 1 debido a que era jurídicamente impensable derogar las leyes de OD y PF arrastraría con ella a la ley del Congreso que

declaró insanablemente nulas precisamente las leyes de OD y PF y a la decisión de la Corte que convalidó dicha decisión, y por lo tanto a todas las causas que se (re)abrieron en consecuencia.

Llama la atención asimismo que en el marco del test de consistencia Rosatti y Highton hagan referencia a un “efecto cascada” en relación al derecho penal, más precisamente en casos de lesa humanidad (341:1800). Este efecto se refiere a la situación en la cual “una masa crítica de actores adopta una determinada norma o práctica, lo cual genera un momento de cambio impactante”. Sin embargo, a menos que esta “masa crítica de actores” sea una manera de referirse al poder constituyente y/o al Poder Legislativo actuando de modo conforme a la Constitución, ninguna norma o práctica puede generar cambios y mucho menos “impactantes” en derecho penal. Algo similar se puede decir en relación a la referencia a un “nuevo paradigma” en lesa humanidad (341:1800), ya que el derecho no opera sobre la base de paradigmas, sino de normas pertenecientes a un sistema jurídico[14]. De ahí que para que el paradigma sea jurídicamente relevante debe figurar en el sistema jurídico. Esto solía ser una tautología pero evidentemente ya no lo es.

En resumen, la idea de un test de consistencia en relación a una ley y su vínculo con el sistema jurídico, particularmente la Constitución, es obvia, al extremo de ser redundante. El problema, además, es que una ley penal retroactiva no puede superar dicho test, al menos si el artículo 18 de la Constitución -así como las disposiciones pertinentes de los tratados de derechos humanos- es parte de nuestro sistema jurídico.

Yendo ahora al test de razonabilidad, su campo de acción se extiende desde el considerando 15 hasta el 17 del voto conjunto de Rosatti y Highton. En primer lugar, llama la atención que la razonabilidad sea invocada en medio del razonamiento judicial. Los jueces, como muy bien creen Rosatti y Highton, son soldados que obedecen las órdenes de sus superiores, es decir el Poder Legislativo y sobre todo la Constitución. Pero si los subordinados pueden examinar la razonabilidad de las órdenes,

entonces dicha subordinación es ilusoria. Parafraseando al Martín Fierro, un derecho que da consejos más que derecho es un amigo.

Por supuesto, a veces es el derecho mismo el que incluye la razonabilidad como una consideración jurídicamente relevante. Después de todo, lo que está en cuestión en “Batalla” es la arbitrariedad -o la falta de razonabilidad- de una sentencia que diera origen al recurso de queja. Además, el art. 28 de la Constitución (“Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”) suele ser entendido en términos de un control de razonabilidad. Veamos entonces cómo opera el test de razonabilidad en el voto de Rosatti y Highton.

Rosatti y Highton dan al menos tres descripciones diferentes del test de razonabilidad. Según la primera, “La condición de validez de la nueva ley, en relación a la ley anterior y a la interpretación que de la misma ha hecho la justicia, es que la opción hermenéutica escogida por el legislador no desnaturalice el propósito perseguido por la ley aclarada” (341:1801).

Esta primera caracterización del test de razonabilidad es superflua, ya que se supone que una ley interpretativa que desnaturalice el propósito perseguido por la ley interpretada mal puede ser considerada una “interpretación”, y por lo tanto esta tarea ya debió haber sido cumplida por el test de consistencia, el cual suponía la existencia de una genuina “ley interpretativa”. De otro modo, la ley en cuestión hubiera sido modificatoria. Para ser sinceros, Rosatti y Highton creen que esta primera descripción del test “conduce al análisis de razonabilidad” (341:1801), por lo cual quizás no sea todavía parte de él, sino que solo sea preparatoria.

Pasemos entonces a la segunda versión del test de razonabilidad, que no es menos pleonástica, ya que según esta manera de entenderlo, se trata de un test que nos permite asegurarnos de que “la etiqueta adosada a la ley (su carácter interpretativo)” ofrece “una interpretación verosímil en

relación a la ley que interpreta” (341:1791). Se supone, empero, que una interpretación, por definición, es “verosímil en relación a la ley que interpreta”, lo cual debería figurar nuevamente dentro del test de consistencia.

En tercer y aparentemente último lugar, Rosatti y Highton describen al test de razonabilidad como una manera de dilucidar “si la nueva norma -al determinar la exclusión de una conducta delictual para la aplicación del llamado beneficio del ‘2x1’- no resulta arbitraria, hostil o persecutoria” (341:1802). No pocos se preguntarán seguramente cuándo una norma es “arbitraria, hostil o persecutoria”. Aparentemente, es para responder esta pregunta que Rosatti y Highton formulan otra con su consiguiente respuesta: “¿constituyen los delitos de lesa humanidad una categoría relevante, susceptible de asignar validez constitucional a la decisión legislativa de excluir a aquellos ilícitos de la aplicación del cómputo del ‘2x1’? La respuesta a esta pregunta supone ponderar la gravedad de este tipo de crímenes” (341:1802). La conclusión de Rosatti y de Highton es que “la gravedad de las conductas tipificadas... constituye fundamento suficiente para sustentar la imposibilidad de aplicar a sus autores la ultractividad del beneficio del ‘2x1’ en el cómputo solicitado” (341:1802).

Si bien esta manera de caracterizar al test de razonabilidad lo muestra más claramente y hace una diferencia, esta clara diferencia que hacen los resultados del test es contraproducente, ya que se trata de un estándar extra-jurídico. En efecto, una vez que una ley se muestra consistente con el sistema jurídico, su razonabilidad no es asunto de los jueces, ya que su tarea no consiste en valorar o ponderar la ley, sino en aplicarla. Además, no tendría sentido supeditar la validez de las leyes a un test de razonabilidad ya que el derecho existe en gran medida debido a los desacuerdos que tenemos acerca de qué es aquello que es razonable. Parafraseando el famoso axioma de Hobbes: auctoritas, non veritas, facit legem.

El test de razonabilidad que emplean Rosatti y Highton, entonces, no es jurídico sino una reflexión sobre la condición

humana: “los delitos de lesa humanidad expresan el estadio más degradado en que ha caído la naturaleza humana”. En este mismo sentido, “el régimen durante el cual se perpetraron los ilícitos probados en autos descendió, por su magnitud y organicidad, a niveles de inhumanidad nunca vistos en nuestro país desde la sanción de la Constitución Nacional” (341:1802).

Como salta a la vista, el serio problema que tiene el test de razonabilidad empleado por Rosatti y Highton es que arroja como resultado la denegación de una garantía constitucional por razones antropológicas, morales o políticas tales como la caída de la naturaleza humana y la inhumanidad, que no figuran en la Constitución (ni en el derecho internacional penal para el caso), es decir por razones que no son jurídicas. Además, al menos en “Batalla”, Rosatti y Highton no parecen advertir que el derecho penal de los derechos humanos está diseñado precisamente para los crímenes de lesa humanidad, es decir, delitos cuya gravedad e inhumanidad son innegables. Rosatti y Highton tampoco parecen advertir que igual de o más inhumano sería todavía considerar que un ser humano sea desprovisto de sus derechos humanos y por lo tanto deje de ser considerado como tal[15].

Las cosas habían sido muy diferentes en “Muiña”. Como muy bien sostuviera en dicho fallo el propio Rosatti, “La humanidad contra la cual fueron cometidos estos crímenes exige del Estado de Derecho la necesaria imparcialidad en la aplicación de las leyes referidas a su juzgamiento, pues de lo contrario se correría el riesgo de recorrer el mismo camino de declive moral que se transitó en el pasado” (340:584). Ya habíamos visto que Rosatti se vio en la necesidad de aclarar en “Muiña” que “esta Corte no puede soslayar el dilema moral que plantea en el juzgador la aplicación de un criterio de benignidad a condenados por delitos de lesa humanidad”. Sin embargo, en aquel entonces Rosatti no tuvo dudas de que “Se trata de un dilema que debe ser resuelto con la aplicación de la Constitución y las leyes; y en este caso las normas aplicables son -conforme a lo dicho- concluyentes, máxime cuando se repara que conforme al texto de la Ley N° 24.390 la naturaleza

o gravedad del delito no constituyen condición de aplicabilidad de sus disposiciones” (340:582).

Cabe recordar que en “Muiña” Rosatti también era plenamente consciente de que “los delitos de lesa humanidad expresan el estadio más degradado en que ha caído la naturaleza humana” y que “el régimen durante el cual se perpetraron los ilícitos probados en esta causa descendió a niveles de inhumanidad nunca vistos en nuestro país desde la sanción de la Constitución Nacional”. Sin embargo, no por eso Rosatti dejó de creer que “un Estado de Derecho no es aquel que combate a la barbarie apartándose del ordenamiento jurídico sino respetando los derechos y garantías que han sido establecidos para todos, aun para los condenados por delitos aberrantes” (340:584).

En cuanto a Highton, también había señalado en Muiña que “la mejor respuesta que una sociedad respetuosa de la ley puede darle a la comisión de delitos de lesa humanidad y la única manera efectiva y principista de no parecerse a aquello que se combate y se reprueba es el estricto cumplimiento de las leyes y de los principios que caracterizan el Estado de Derecho” (340:576).

Como se puede advertir, entonces, Rosatti y Highton, con razón, tanto en “Muiña” como en “Batalla”, constataron la gravedad de los delitos cometidos y por lo tanto el evidente e inaudito descenso -aunque en realidad debería ser un ascenso- en niveles de inhumanidad. Por alguna razón, sin embargo, mientras que en “Muiña” esta consideración antropológico-moral no impidió sino que reforzó la convicción de Rosatti y de Highton acerca de la necesidad de aplicar el derecho, en “Batalla” se convirtió en la razón principal por la cual se apartaron de la Constitución.

En “Batalla”, de hecho, Rosatti y Highton incursionan más lejos todavía en la moralización del derecho al hablar de la “ilegalidad propia e inherente a los delitos cometidos” y de “consecuencias jurídicas inéditas” (341:1802), expresiones que se supone que bajo un Estado de Derecho son una contradicción en sus términos. En efecto, la idea de “ilegalidad inherente”

sugiere que hay delitos que existen con anterioridad a su sanción legislativa; en cuanto a las “consecuencias inéditas”, por más que hayan sido “oportunamente convalidadas por esta Corte”, en un Estado de Derecho las consecuencias de un juicio penal deben ser previsibles.

Habiendo moralizado el derecho penal de lesa humanidad, Rosatti y Highton luego proceden a politizarlo al sostener que “nuestra experiencia nacional registra una particularidad que se deriva del contexto político, social e institucional que enmarca su juzgamiento, en tanto se trata de delitos que fueron cometidos por un régimen y están siendo juzgados, luego de una transición política, por el sistema judicial del régimen sucesor” (341:1803). Esta consideración política, de hecho, podría ser usada por la defensa para poner en cuestión la legalidad de los juicios por lesa humanidad.

Ciertamente, no faltan quienes comparan los juicios nacionales de lesa humanidad con los de Nuremberg, pero tal como lo hemos visto más arriba, lo hacen al precio de convertirlos en una instancia de justicia retroactiva impuesta por un ejército vencedor en una guerra. Se supone, en cambio, que los juicios que se han llevado a cabo en nuestro país son un modelo del Estado de Derecho en democracia precisamente para no caer “en la venganza” (341:1810), aquello que Rosatti y Highton con toda razón tratan de evitar. Por supuesto, a veces no queda otra alternativa que hacer una excepción y desobedecer el derecho, pero entonces debe quedar claro que estamos haciendo eso y no “interpretando” el derecho o buscando su “razonabilidad”. De otro modo, estaríamos confundiendo nuestras creencias morales y políticas con el derecho vigente.

Rosatti y Highton parecen ser conscientes de que su posición no puede basarse legalmente (hay otros argumentos, pero como vimos son fundamentalmente morales o políticos) solo en el argumento de que el Congreso ha sancionado una ley y que la tarea de los jueces -como buenos soldados que son para usar la terminología de Sunstein- consiste en obedecer a sus superiores, ya que en todo caso el Congreso es el subcomandante de los

jueces, pero el comandante es la Constitución.

De ahí que Rosatti y Highton aleguen que “la Ley N° 27.362 (al aclarar que no corresponde la aplicación ultractiva del cómputo de la prisión preventiva establecido por el art. 7° de la Ley N° 24.390 en supuestos subsumibles bajo figuras de lesa humanidad) no violenta el compromiso moral de juzgar a los intervinientes en esos crímenes bajo las reglas del Estado de Derecho, ni desconoce el compromiso internacional asumido en la materia”, debido a que “la ley en análisis no priva a los encausados de un proceso imparcial (hecho que no se discute en autos) ni ha modificado las condiciones -modo y forma- del juzgamiento (derecho de defensa, control de la prueba, sistema recursivo, etc.). Lo que la norma ha aclarado (al declarar inaplicable el beneficio del ‘2x1’) es la manera de computar el tiempo de privación de la libertad bajo la forma de prisión preventiva” (341:1804).

El punto de Rosatti y Highton es que el cálculo aritmético del cómputo sobre el tiempo de la prisión preventiva “no tiene relevancia en la eventual sentencia en términos de culpabilidad o inocencia o en la determinación del monto de la pena que corresponde al delito de que se trate” (341:1804) y por lo tanto las garantías constitucionales y penales no están en juego.

Para Rosatti y Highton, entonces, las garantías penales y/o constitucionales tienen vigencia solamente hasta el momento de la sentencia y por lo tanto el cómputo del tiempo de la privación de la libertad no afecta la garantía constitucional a la irretroactividad de la ley penal más gravosa, como si estar fuera de la cárcel no fuera más benigno -o menos gravoso- que estar adentro de ella, o como si hubiera gente que preferiría quedarse en la cárcel antes que salir de ella. Conviene recordar que en “Muiña”, Rosatti y Highton tuvieron un parecer completamente distinto, ya que en aquel entonces ambos aplicaron el artículo 2 del Código Penal sobre el principio de la ley penal más benigna al caso de una persona condenada.

Sobre el final del voto conjunto de Rosatti y Highton confluyen

diáfanoamente las dos primeras tesis interpretativistas mencionadas al comienzo de nuestro análisis -la interpretación mediante una valoración- en la tercera tesis constitutiva del interpretativismo: los jueces son co-autores del derecho, incluso del derecho penal. En efecto, Rosatti y Highton hablan de un “trayecto” o “sendero” que “ha seguido el juzgamiento de los delitos de lesa humanidad en la Argentina”, “dentro del cual se inserta la sanción de la Ley N° 27.362” (341:1809). En realidad, tal como sucede con la noción de “paradigma” o “ponderación”, sobre todo en derecho penal, el trayecto o el sendero tomado por los jueces tiene que seguir al derecho y no al revés. Y si la Ley N° 27.362 -claramente inconstitucional-, se inserta en un sendero preexistente, esto nos debería hacer dudar del camino recorrido hasta este momento.

La co-autoría judicial emerge más claramente todavía cuando Rosatti y Highton no solo predicen el hecho siguiente, sino que hacen votos literalmente para que suceda: “a partir del presente pronunciamiento, la Ley N° 27.362 se insertará como un nuevo eslabón de esta construcción institucional”. Cabe decir algo similar respecto a la referencia de Rosatti y Highton a un “Estatuto para el juzgamiento y condena de los delitos de lesa humanidad”, el cual ha sido “conformado con el transcurso del tiempo y las enseñanzas de la historia” (341:1810), debido a la acción de los tribunales. En un Estado de Derecho, los jueces no pueden ser co-autores del derecho penal, y mucho menos de la estipulación de los delitos, por más graves que fueran. La tarea de un juez es jurisdiccional, no legislativa.

III. La coherencia jurisdiccional de Rosenkrantz [arriba] -

Pasemos finalmente a examinar el voto del presidente de la Corte Suprema, una verdadera rara avis en nuestra cultura jurídica actual. En lugar de tener pretensiones constituyentes, legislativas o filosófico-políticas, Rosenkrantz se concentra en el derecho aplicable al caso. Rosenkrantz no cree que la jurisdicción sea una ocasión para que los jueces den rienda suelta a sus creencias morales y políticas, sino que el razonamiento judicial tiene autonomía normativa precisamente

para que los jueces cumplan con su tarea jurisdiccional, la cual consiste en aplicar la decisión tomada por los representantes del pueblo, tal como figura en la Constitución Nacional y en las disposiciones que emanan de ella. Después de todo, la tarea de los jueces consiste en aplicar el derecho vigente -en este caso la Constitución- a un caso particular, sin modificarlo o desobedecerlo mediante una “interpretación”.

Retomando la terminología de Rosatti y Highton, entonces, la misión del juez según Rosenkrantz consiste en verificar si la disposición jurídica en juego es consistente con la Constitución. Es por eso que la razonabilidad de la disposición es irrelevante, a menos que esté prevista en el derecho. Si bien en nuestros días esta visión del derecho parece ser heterodoxa, en realidad ella responde al diseño institucional estipulado por nuestra Constitución desde sus orígenes.

La posición de Rosenkrantz en “Batalla” -ciertamente al igual que en “Muiña”- es que el significado del derecho aplicable al caso es básicamente claro. Basta leer el artículo 18 de la Constitución Nacional para darse cuenta de que Rosenkrantz tiene razón: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”. La Ley N° 27.362, sin embargo, pretende ser aplicable a las causas en trámite con lo cual es obviamente retroactiva, amén de no ser más benigna -la única retroactividad penal permitida por nuestro sistema jurídico-.

Dado que la discusión es “si la Ley N° 27.362 es válida o si resulta inconstitucional por violentar un principio constitucional básico como el de la irretroactividad de la ley penal más gravosa”, es fundamental dilucidar “si se trata de una ley genuinamente interpretativa o si, por el contrario, se trata de una ley que no se limita a interpretar sino a asignar a la ley presuntamente interpretada un significado novedoso” (341:1827). Después de todo, como nos lo recuerda Rosenkrantz, “Esta Corte ha invalidado leyes interpretativas cuando ‘lejos de haber querido aclarar [...] solo se propus[ieron] modificar[las] con el fin de evitar inconvenientes emergentes no

de anfibología o falta de claridad sino de efectos inconvenientes por lo inesperados en su cabal aplicación” (Fallos: 187:352; en el mismo sentido, Fallos: 134:57; 187:360) (341:1833).

El artículo 7 de la Ley N° 24.390, que supuestamente fue “interpretado” por la Ley N° 27.362, es tan claro como el artículo 18 de la Constitución, ya que como muy bien dice Rosenkrantz, dicho artículo “dispone que ‘transcurrido el plazo de dos años previsto en el artículo 10, se computará por un día de prisión preventiva dos de prisión o uno de reclusión’”. Por lo tanto, “Como puede advertirse fácilmente, esta norma no recurre a ningún concepto equívoco, oscuro o dudoso. Cualquiera que sea capaz de leer su texto puede entender su claro sentido” (341:1833).

Rosenkrantz a menudo se ve obligado a recordarnos cosas que todos los abogados saben o deberían saber, lo cual es bastante revelador para nuestra época. Por ejemplo: “En nuestra tradición constitucional y en toda la cultura jurídica y política en que ella se enmarca, el principio de irretroactividad penal no está sujeto a limitaciones y debe, por ello, aplicarse sin condicionamientos. Su fuerza normativa proviene del hecho de que funciona como la principal y más eficaz garantía frente al ejercicio arbitrario del poder punitivo estatal. Como el principio de legalidad del cual deriva, el principio de irretroactividad disciplina y limita el poder punitivo del Estado y constituye, en última instancia, el mejor parámetro para distinguir entre un Estado de Derecho y un mero derecho de estado” (341:1842).

Contra quienes insisten en la existencia de un desacuerdo genuino acerca del significado de la ley del 2 x 1 que podría justificar la necesidad de sancionar la así llamada “ley de interpretación auténtica”, Rosenkrantz distingue entre la mera contradicción o diferencia y la idea de desacuerdo acerca del significado de una disposición jurídica: “esta Corte ha sostenido que no basta que haya sentencias contradictorias sobre el alcance de una ley para que una ley posterior que pretende poner fin a dicha contradicción sea genuinamente interpretativa. La ley es genuinamente interpretativa solo si el

desacuerdo de los tribunales es el producto de la imposibilidad de otorgarle sentido unívoco a las normas en cuestión (doctrina de Fallos 187:352, 360) y, como se ha señalado, en este caso no había imposibilidad alguna de otorgarle sentido unívoco al artículo 7° de la Ley N° 24.390 supuestamente interpretado” (341:1833).

Por supuesto, lo que sí puede existir en este caso es un desacuerdo no tanto sobre el significado de las disposiciones jurídicas, sino acerca de su valoración. Sin embargo, no debemos olvidar que, tal como hemos visto, para poder estar en desacuerdo con una norma (v.g., la Ley N° 24.390, el artículo 2 del Código Penal o el 18 de la Constitución) primero debemos entenderla. Sería absurdo estar a favor o en contra de lo que no entendemos. En segundo lugar, es precisamente el desacuerdo sobre la valoración de las normas jurídicas el que explica por qué la validez de dichas normas no puede depender de su valoración, sino que, como dice Joseph Raz, existe una “brecha normativa” entre el valor de las normas jurídicas y su validez[16]. Es por eso que las normas jurídicas pueden ayudarnos a resolver nuestros conflictos de valores, antes que al revés.

Es por eso que, como nos recuerda Rosenkrantz, “En el contexto de un sistema constitucional debemos adoptar las soluciones que ese sistema dispone y prevé, aunque en ciertos casos pensemos que no sean las ideales ni las que en otras circunstancias adoptaríamos” (341:1826), o, para usar otra vez la terminología de Rosatti, aunque estas soluciones nos parezcan “irrazonables”. Rosenkrantz sostiene que el razonamiento jurídico “Nos exige dejar de lado una de las emociones morales más básicas, esto es, el profundo repudio que nos genera el indeleble daño causado por el condenado y decidir únicamente guiados por el respeto a la Constitución” (341:1825). Como suele explicar Martín Farrell, un juez no es un pretor y por eso “Un juez que nunca dicte una sentencia cuyo resultado le desagrade no es un buen juez”.

Sin embargo, la ubicuidad actualmente imperante de la

interpretación -constitutiva del interpretativismo- es la que contribuye a la confusión que nos permite llamar “interpretación” a nuestra valoración del derecho vigente. Nos hemos acostumbrado a llamar “interpretación” cualquier cosa que hagamos con una ley, incluyendo la atribución de requisitos o condiciones que no figuran en el derecho -se trate de una ley como la del 2 x 1 o de una disposición constitucional como la irretroactividad de la ley penal más gravosa-, lo cual explica por qué lo que parecía ser una discusión sobre el significado de una norma jurídica en realidad es una discusión sobre el valor de la norma, es decir, en lugar de hablar sobre el derecho que es, estamos expresando nuestra opinión acerca de cómo debería ser el derecho.

En un estado democrático, como bien aclara Rosenkrantz, “todos los ciudadanos tenemos un deber de moralidad política de usar la Constitución como la primera y última vara para juzgar la acción del Estado” (341:1826). Por supuesto, Rosenkrantz no cree que la Constitución o el razonamiento jurídico sean un pacto suicida. A veces no hay otra alternativa que apartarse de ellos. Sin embargo, hoy en día “Afortunadamente, no nos encontramos en la situación dilemática en la que hay que elegir entre lo que el derecho requiere y la subsistencia de nuestra sociedad. Si bien lo que hoy debemos decidir pone en juego principios constitucionales de primera magnitud, no nos enfrenta con esa trágica alternativa. La elección solo consiste en determinar si el cómputo de la pena del recurrente debe regirse por el artículo 7° de la Ley N° 24.390 o si, por el contrario, dicha norma resulta inaplicable en virtud del dictado de la Ley N° 27.362” (341:1827).

Cabe recordar que, como sostiene Rosenkrantz, “El 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. Todos los casos de leyes interpretativas conciernen a otros dominios o disciplinas (se trata de casos civiles,

previsionales, impositivos o de honorarios). De hecho, aun cuando esta Corte solo se pronunció en ese tipo de casos, tuvo el cuidado de recalcar que en materia penal el artículo 18 de la Constitución Nacional impide la aplicación retroactiva de la ley más gravosa (Fallos: 184:620; 287:104)” (341:1840).

Ante la conmoción social ocasionada por “Muiña”, que a su vez provocara la sanción de la Ley N° 27.362, Rosenkrantz aclara que “una reacción ciudadana” y/o el “intento de plasmar ciertos ideales -por loables que sean-” no pueden hacer que una ley sea eo ipso “constitucionalmente válida”, sino que el “texto constitucional es el que establece los límites de toda regulación legal y, entre ellos, los límites dentro de los cuales deben llevarse adelante todos los objetivos comunes que nos hemos propuesto como comunidad política y, entre ellos, el de atribuir responsabilidad por crímenes de lesa humanidad” (341:1825). Después de todo, “nuestro país no es solo una democracia sino también una república constitucional. Ello significa, centralmente, que si bien las mayorías tienen derecho a gobernar, están limitadas por los derechos que consagra la Constitución” (341:1826).

Al igual que Rosatti y Highton, Rosenkrantz no se conforma con citar el texto de la ley del 2 x 1, sino que se remonta a su sanción para determinar la intención del legislador, aunque extrae consecuencias radicalmente diferentes a las de sus pares preopinantes: “el modo en que la Ley N° 24.390 fue concebida por quienes la sancionaron y la forma en que fue interpretada y aplicada desde su sanción muestran que no había ningún punto oscuro que aclarar” (341:1829).

Rosenkrantz, por ejemplo, nos recuerda que cuando el diputado Gallo propuso que el 2 x 1 no fuera aplicable a los delitos “que en el Código Penal tengan pena mínima de cinco años”, el entonces diputado Pichetto explicó que dicha propuesta debía ser desestimada ya que el Pacto de San José de Costa Rica, en referencia a quiénes son los titulares de los derechos estipulados en el mismo, estipula que se trata de “toda persona”, “sin hacer ningún tipo de calificación de los delitos

[artículo 7.5 de la CADH]” (341:1830).

Ciertamente, agrega Rosenkrantz, “La referencia del diputado Pichetto al texto del Pacto de San José de Costa Rica era especialmente pertinente porque la Ley N° 24.390 era reglamentaria del derecho a ser juzgado en un plazo razonable y su objetivo principal era compensar a los condenados por las detenciones preventivas que se prolongaron más allá de lo que, en ese momento, el legislador entendió que era un plazo razonable. Como puede advertirse, era indudable que fue la intención del legislador que el artículo 7° de la Ley N° 24.390 fuese aplicable a todos los delitos que no estuvieran expresamente excluidos, independientemente de su gravedad, lo que incluye, por supuesto, a los delitos de lesa humanidad” (341:1830). La Ley N° 27.362, entonces, “no es un intento genuino de aclarar una duda o algún concepto equívoco sino una manera de dar respuesta a una reacción social provocada por una decisión de esta Corte” (341:1833).

Rosenkrantz sostiene con razón que en ocasión de la Ley N° 27.362 los legisladores “expusieron con claridad que lo que buscaban no era interpretar el artículo 7° de la Ley N° 24.390 sino que, en realidad, querían modificar su alcance” (341:1832). Tal como habíamos anticipado, Rosenkrantz invoca la misma opinión del diputado Tonelli que Rosatti y Highton, por alguna razón, creyeron que respaldaba su posición, a saber: la idea de que la aplicación ultraactiva de la Ley N° 24.390 les había parecido “francamente inconveniente” a los representantes del pueblo, “a la luz de los resultados que ha producido” (341:1832).

El presidente de la Corte también invoca la opinión del diputado Gioja, el cual manifestó que “Desde la política, cuando nos enteramos del fallo empezamos a pensar en qué hacer” y que “al parecer, hoy hemos encontrado una solución desde la política” (341:1832). Sin embargo, otra vez, no nos puede parecer inconveniente, o conveniente para el caso, algo cuyo significado no entendemos. Con lo cual, la N° 27.362 no aclara el significado de la ley del 2 x 1, sino que estando los

legisladores en desacuerdo con dicha la ley, decidieron modificarla.

Además, tal como habíamos adelantado, Rosenkrantz acertadamente rechaza la tesis de la imprevisión legislativa, al sostener que “del hecho de que las Leyes N° 23.492 de Punto Final y N° 23.521 de Obediencia Debida estuvieran vigentes al momento de sancionarse la Ley N° 24.390 no puede inferirse que la categoría de delitos de lesa humanidad no formara parte del universo de delitos que el legislador tenía en consideración al dictar la ley en cuestión. En efecto, el argumento que aquí se analiza olvida que las Leyes N° 23.492 y N° 23.521 no hicieron imposible la persecución de todos los delitos de lesa humanidad. La Ley N° 23.492, por ejemplo, estableció que no quedaba extinta la acción penal respecto de la sustitución de estado civil y de la sustracción y ocultación de menores (artículo 50) y la Ley N° 23.521, por su parte, dispuso que seguían siendo punibles los delitos de violación, sustracción y ocultación de menores o sustitución de su estado civil (artículo 2°)” (341:1831).

Por lo tanto, “es indisputable que, aún después de sancionadas las Leyes N° 23.492 y N° 23.521, estaba abierta la posibilidad jurídica de castigar algunos delitos de lesa humanidad. Por ello, (...) no es cierto que el legislador, al momento de sancionar la Ley N° 24.390, no se pudo haber representado que el cómputo diferencial de la prisión preventiva que ordenaba dicha ley sería también aplicable a la categoría de delitos de lesa humanidad. El lenguaje incondicionado usado por el legislador es indicador de lo contrario. Este lenguaje, entonces, es una señal clara de que su decisión fue que la Ley N° 24.390 se aplicase a todos los delitos, salvo a los expresamente excluidos por el artículo 10 (es decir, a los delitos agravados vinculados con el tráfico de estupefacientes)” (341:1832).

Tal vez con el voto de Lorenzetti y Maqueda en mente, Rosenkrantz aclara que “La conclusión sobre el carácter innovativo o modificatorio de la Ley N° 27.362 tampoco puede controvertirse aduciendo que el artículo 7° de la Ley N° 24.390

no puede ser entendido como aplicable a delitos de lesa humanidad porque ello implicaría un indulto, una amnistía o una conmutación de pena, o porque violaría el principio de proporcionalidad de la pena” (341:1833-1834).

En efecto, el indulto es una atribución presidencial, amén de ser particular y producir la extinción de delitos federales, mientras que lo que está en discusión es una ley, la N° 24.390, esto es, una disposición dictada por el Congreso, de alcance general y que no extingue las penas. En relación a la amnistía, que sí es dispuesta por el Congreso, la ley del 2 x 1 no extingue la pena ni hace desaparecer el delito (341:1834). Finalmente, tampoco se trata de una conmutación de pena, ya que esta última es una facultad presidencial, que se ejerce de modo individual, a diferencia de la Ley N° 24.390, la cual es general por definición (341:1834-1835).

Rosenkrantz asimismo señala algo que suele ser pasado por alto en esta discusión: “cualquier ley penal que regula aspectos generales acerca del modo en que se deben castigar delitos, como la Ley N° 24.390, es aplicable no solo a los delitos que hubieran sido perseguibles al tiempo de su sanción sino a todos los delitos que sean perseguibles al momento en que dicha ley tenga que ser aplicada en un caso concreto”. Por ejemplo, “si con posterioridad a la sanción de una ley que modifica el modo en que se deben graduar las penas se incorpora al Código Penal un nuevo delito, nadie puede dudar de que debe aplicarse esa ley al nuevo delito, aun cuando este no hubiera estado ya tipificado al momento de la sanción de dicha ley y, en consecuencia, no hubiera sido perseguible entonces”. La conclusión es que “el hecho de que los delitos aquí investigados no fueran perseguibles al momento de la sanción de la Ley N° 24.390 es completamente irrelevante para decidir si dicha ley es aplicable a los autores de tales delitos” (341:1831).

Es tal el celo de Rosenkrantz por proteger las garantías constitucionales que llega al extremo de sostener que “aun si esa ley fuera genuinamente interpretativa, no puede ser aplicada porque hacerlo constituiría una violación flagrante de

una de las garantías centrales en la tradición del humanismo liberal: el principio de irretroactividad penal (artículo 18, Constitución Nacional)” (341:1839). Esto supone que para Rosenkrantz, toda ley penal interpretativa es inconstitucional por definición a menos que fuera más benigna, incluso si se tratara de una ley que efectivamente aclarara -en lugar de modificar- el significado de una disposición anterior, lo cual ciertamente no es el caso de la Ley N° 27.362 en absoluto. De ahí que según Rosenkrantz si una disposición no se entiende, o bien es inaplicable, o bien solo es aplicable si redundando en beneficio del acusado o condenado.

Hay un argumento de Rosenkrantz que desentona con el resto de su voto. Según este argumento, “el hecho mismo de que el legislador haya sancionado la Ley N° 27.362 indica que la Ley N° 24.390 es inteligible en sus propios términos. En efecto, el artículo 1° de la Ley N° 27.362 dispone que no debe aplicarse el régimen previsto por el artículo 7° de la Ley N° 24.390. Ahora bien, esta disposición presupone, justamente, que se puede conocer y entender claramente cuáles son los casos comprendidos en el artículo 7° de la Ley N° 24.390 y de qué modo ellos son regulados por dicha norma. De otra manera, si el artículo 7° de la Ley N° 24.390 no fuese inteligible en sus propios términos y el legislador no hubiera podido entender lo que este artículo dispone, no habría podido establecer, tal como lo hace la Ley N° 27.362, que dicho artículo no es aplicable a los casos que regula” (341:1828).

Sin embargo, para sostener que “el hecho mismo de que el legislador haya sancionado la Ley N° 27.362 indica que la Ley N° 24.390 es inteligible en sus propios términos” también hay que suponer que el legislador es infalible. En realidad, el legislador pudo haber creído que la ley anterior era claramente inteligible cuando en realidad no lo era. De hecho, en el caso que estamos examinando, precisamente, el Congreso ha sancionado una ley penal retroactiva, con lo cual no abundan los motivos para creer en la infalibilidad del Congreso -ni para temer ciertamente el riesgo de una “subestimación institucional inaceptable”, para usar la terminología de Rosatti y de

Highton-

La conclusión de Rosenkrantz es rotunda: “no es posible sostener válidamente que el artículo 7 de la Ley N° 24.390 requería ser interpretado”. Al “dictar la Ley N° 27.362 el Congreso no intentó interpretar dicha norma sino que en realidad buscó modificarla. Ello es así porque el legislador consideró indeseables las consecuencias de la aplicación del artículo 7° de la Ley N° 24.390 a los casos que esa norma regulaba. Esa modificación se realizó en perjuicio del condenado y ello basta para concluir que la Ley N° 27.362 es inválida” (341:1839).

Retomando la tipología de Cass Sunstein sobre los jueces constitucionales, alguien podría verse tentado a decir que el voto de Rosenkrantz cae bajo la descripción de un “héroe” constitucional. Según Sunstein, los héroes judiciales “están enteramente dispuestos a invocar una comprensión ambiciosa de la Constitución para invalidar las decisiones del gobierno federal y los estados”. [17] Sin embargo, el voto de Rosenkrantz no es heroico en este sentido, ya que no está inspirado en una “comprensión ambiciosa de la Constitución” ni en una filosofía del derecho propia, sino que resulta sencillamente del desempeño de la propia tarea jurisdiccional conforme -entre otros- al artículo 2 del Código Penal, la Ley N° 24.390 y el artículo 18 de la Constitución Nacional.

En todo caso, para seguir con la terminología de Sunstein, Rosenkrantz es un soldado, aunque no de primer orden como Rosatti y Highton que siguen las órdenes del Congreso, sino de segundo orden ya que su superior es la Constitución [18], y un soldado muy probablemente heroico, aunque no por sus ambiciones teóricas, sino porque tuvo el coraje de cumplir con su trabajo en “Batalla” no solo en disidencia, sino además haciéndole frente al resto de la sociedad que había reaccionado indignada ante un fallo jurídicamente impecable como “Muiña”. Esa es exactamente la clase de jueces que necesitamos en la Corte Suprema.

Tal vez el personaje del Teniente Coronel Frank Slade - protagonizado por Al Pacino- en la famosa escena final de la película “Perfume de Mujer”, explique mejor que Cass Sunstein cómo debe comportarse un juez una vez que ha dado con el camino jurídicamente correcto, cuya dificultad -en el fondo- no se debe a cuestiones epistémicas sino en todo caso políticas: “Yo siempre supe cuál era el camino correcto. Sin excepción, lo supe, pero nunca lo tomé. ¿Saben por qué? Porque era condenadamente difícil. Ahora aquí está Charlie. Él ha llegado a la encrucijada. Él ha elegido un camino. Es el camino correcto”.

Finalmente, mi punto no es que al voto de la mayoría subyace una filosofía del derecho (el interpretativismo), mientras que el voto de Rosenkrantz -que rezuma la idea de que el derecho tiene autoridad- es simplemente un capricho personal. También hay una muy rica teoría del derecho detrás de la idea de que el derecho tiene autoridad y por lo tanto del deber judicial de obedecer la Constitución y las leyes a pesar de que sus creencias morales y políticas no coincidan con ellas.

En primer lugar, el derecho moderno gira alrededor de la idea de autoridad para poder evitar conflictos graves, originariamente las guerras civiles de religión. De este modo, es la propia moralidad política la que decide dar un paso para atrás, supeditándose al derecho, para luego poder dar dos pasos hacia adelante. Una vez que el orden está asegurado, dicho orden puede ser utilizado para defender ciertos valores particulares. Y si por razones morales hubiera que desafiar el orden jurídico, una vez finalizados el desafío y la desobediencia, de todos modos tendríamos que establecer un nuevo orden jurídico que exigiera otra vez tener autoridad.

En segundo lugar, la autoridad del derecho moderno no solo se sigue de la necesidad de orden, sino que se ha convertido además en la manera en que se expresa la soberanía popular, lo cual explica no solo la primacía constitucional y la separación de los poderes, sino también el papel subordinado que deben cumplir los jueces frente a la Constitución y las leyes, si es que quieren respetar dicha soberanía.

Esta manera de entender el derecho moderno y democrático supo ser alguna vez la opinión común, pero hoy se ha convertido en una visión contestataria. Ojalá que pronto vuelva a ser parte de la ortodoxia.

Notas [arriba] -

[1] Sobre el lugar que solían ocupar las garantías penales en el pensamiento jurídico occidental quizás el lector pueda consultar con provecho Andrés Rosler, “Si Ud. quiere una garantía, compre una tostadora”, En Letra: Derecho Penal, V, 2017, págs. 62- 102.

[2] Sobre algunos problemas estructurales de la decisión mayoritaria en “Batalla”, o mejor dicho sobre la ausencia de una decisión mayoritaria en dicho fallo, v. Martín Farrell, “La otra batalla”, en el blog En Disidencia, <http://endisidencia.com/2018/12/la-otra-batalla/>.

[3] Dado que la marca “interpretativismo” ha sido monopolizada por la filosofía del derecho de Ronald Dworkin, es natural asociar a este último con la caracterización siguiente. Sin embargo, a pesar del innegable aire de familia que existe entre Dworkin y el interpretativismo aquí mencionado, según Dworkin la mejor luz en la que debemos ver el derecho es siempre la liberal, por lo cual el descuido de las garantías no es un efecto necesario del interpretativismo, aunque este último pueda ser portador sano del virus punitivista.

[4] En todo caso, según el interpretativismo la autoridad del derecho emerge no tanto en la Constitución y las leyes, sino en las sentencias de los jueces, ya que estas últimas, se supone, no requieren ser interpretadas y deben ser obedecidas, aunque estemos en desacuerdo con ellas, por lo cual el interpretativismo deviene una suerte de positivismo judicial. Al respecto, v. Andrés Rosler, “Hermes o la continuación de Antígona por otros medios”, Revista Jurídica de la Universidad

de San Andrés, VI, 2018, págs. 1-26.

[5] John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 2da. ed., Oxford, Oxford University Press, 2011, pág. 290.

[6] Por supuesto, si en lugar de concentrarnos en “Batalla” lo hiciéramos en “Muiña” entonces Rosatti y Highton deberían ser catalogados no como interpretativistas sino como positivistas incoherentes.

[7] V. Andrés Rosler, “El Estado de Derecho caído en Batalla”, En *Letra: Derecho Penal*, VII, 2019, págs. 20-34.

[8] V. Andrés Rosler, “Si Ud. quiere una garantía, compre una tostadora”, En *Letra: Derecho Penal*, V, 2017, págs. 74-75, 92.

[9] V. Andrés Rosler, “Si Ud. quiere una garantía, compre una tostadora”, En *Letra: Derecho Penal*, V, 2017, págs. 73-74.

[10] Ciertamente, una discusión jurídica no puede tratar solamente la consistencia de una disposición, sino que además debe rastrear su origen o fuente, ya que hay muchas cosas que pueden ser consistentes con nuestro derecho, pero que si no se derivan del mismo, entonces no son parte de nuestro derecho. En este caso, la Ley N° 27.362 se deriva de nuestro derecho ya que fue sancionada por el Congreso, que figura en nuestra Constitución, pero así y todo no es consistente con nuestro derecho ya que es inconstitucional.

[11] Cass Sunstein, *Constitutional Personae*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pág. 10.

[12] *Ibidem*, pág. 11.

[13] Se trata de una cita hecha de modo aprobatorio por Rosatti de Fallos 241:128, voto disidente de los jueces Aráoz de Lamadrid y Oyhanarte.

[14] Se podría objetar que en realidad el derecho tiene una relación probablemente extrínseca por así decir con la noción de paradigma, en la medida en que los métodos de interpretación jurídica sean considerados precisamente como paradigmas. Sin embargo, sin que importe cuál es el método correcto de la interpretación jurídica, dicha interpretación no puede cambiar su objeto. Tal como lo hemos visto más arriba, Marx tenía mucha razón al sostener que la interpretación no puede transformar el mundo, ya que si lo hiciera dejaría de ser una interpretación.

[15] V. Andrés Rosler, “El Estado de Derecho caído en Batalla”,

En Letra: Derecho Penal, VII, 2019, págs. 20-34.

[16] V. Joseph Raz, *Between Authority and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2009, págs. 207-208.

[17] Cass Sunstein, *Constitutional Personae*, op. cit., pág. 5. En realidad, los héroes se destacan por cumplir con un ideal con el que estamos de acuerdo, por lo cual lo que distingue al héroe no es tanto lo que hace o sus “comprensiones ambiciosas”, sino por qué lo hace, la motivación que lo lleva a actuar.

[18] V. *ibidem*, pág. 33.
