

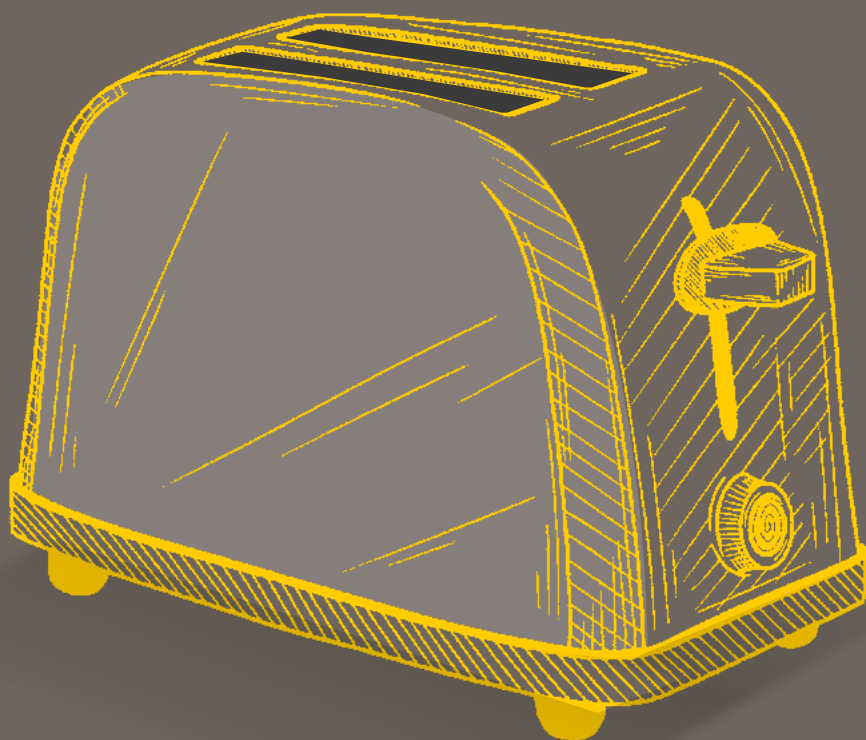
# Si quiere una garantía compre una tostadora

Ensayos sobre punitivismo y  
Estado de derecho

Andrés **Rosler**

PRÓLOGO

Daniel Pastor



Editores  
del Sur

**Si quiere una garantía**  
compre una tostadora  
Ensayos sobre punitivismo  
y Estado de derecho

---

Andrés Rosler

PRÓLOGO

Daniel Pastor



# Contenido

Prólogo, por Daniel Pastor .....	11
Introducción .....	17
CAPÍTULO I. Si quiere una garantía compre una tostadora. Acerca del punitivismo de Lesa Humanidad.....	23
I. Garantismo .....	28
II. Punitivismo .....	37
III. Con ustedes, los intérpretes .....	54
IV. De nobis fabula narratur.....	59
CAPÍTULO II. El interpretativismo y la retroactividad de la ley penal. Un análisis del fallo “Batalla” .....	61
I. El interpretativismo coherente de Lorenzetti y Maqueda .....	64
II. El interpretativismo incoherente de Rosatti y Highton.....	66
III. La coherencia jurisdiccional de Rosenkrantz .....	84
CAPÍTULO III. El Estado de derecho caído en “Batalla” .....	95
I. Crónica de una muerte anunciada.....	95
II. El regreso del republicanismo penal.....	98
III. No sé si me interpreta.....	104
CAPÍTULO IV. Estado de derecho, delito político y terrorismo .....	111
I. La caracterización del delito político .....	112
II. La tesis soberana .....	115
III. La tesis liberal .....	121
IV. Los límites de la tesis liberal y el regreso de la tesis soberana .....	124

CAPÍTULO V. Hermes o la continuación de Antígona por otros medios.	
Una crítica al interpretativismo .....	129
Tres tesis.....	131
Interprétame otra vez .....	138
A media luz .....	144
Co-autor e intérprete.....	151
Hermes: ¿Antígona o Creonte? .....	157
CAPÍTULO VI . ¿Quien dice humanidad quiere engañar?	
Legalidad, legitimidad y crimen universal durante el juicio a Luis XVI .....	161
I. La dialéctica de la Ilustración penal.....	161
II. La defensa del rey: línea de tres.....	163
III. El alegato de Desèze: “Luis no es más que un hombre” .....	173
IV. La acusación jacobina: César debe morir .....	187
V. La posición girondina: antes de morir un poco de unga-unga.....	196
VI. Derecho penal del enemigo: una cuestión de principios .....	216
VII. El vale todo humanitario .....	223
Conclusión .....	234
Bibliografía.....	237

---

## Prólogo

Juzgo a Andrés Rosler como uno de los juristas más sugerentes del momento por sus reflexiones acerca de los problemas y dilemas que actualmente plantea el ejercicio del poder de castigar. Este libro prueba que mi juicio no es una preferencia personal. También su magnífica obra *La ley es la ley* (Buenos Aires, 2019) demuestra que sus evaluaciones con respecto a la legislación y la jurisprudencia penales son de las más interesantes y atractivas que han visto la luz en tiempos recientes. Quien haya seguido con atención las memorables entradas en su sitio web *La causa de Catón*, sabe de qué estamos hablando. Allí nada está puesto al azar, ni el nombre del blog, ni los avisos *emergentes* al margen de las entradas, ni los temas escogidos ni el estilo: riguroso, por lo solvente y sólido, pero también hilariante, no por sobrereactuar acerca de una realidad que cuesta ser tomada en serio, sino por el privilegio de ilustrar sus textos con un humor erudito que acierta siempre con la gracia precisa que ayuda a desatar, sin recurrir a más esgrima argumental, el nudo analizado.

Nuestro autor es un académico de tiempo completo. No solo en lo que esa calificación significa textualmente en términos de dedicación plena a la docencia y a la investigación, sino también en cuanto a su sagacidad analítica y a su espíritu crítico. Y es un jurista muy independiente, salvo por su vinculación estricta a una cultura jurídica, republicana y democrática, que permite ver en él un exponente de lo que Habermas llama patriotismo constitucional.

Esa cultura es parcialmente fruto de una genética afortunada, que le regaló una magnífica lucidez. Y en parte es un saber que adquirió con esfuerzo: abogado (UBA), máster en Ciencia Política (FLACSO) y doctor en Derecho (Oxford). También tuvo un gran maestro, Carlos Nino, quien estaba acompañado de brillantes colegas y contaba con talentosos discípulos de Rosler como para decir, sin exagerar, que esta gente, en

lugar de llevar lechuzas a Atenas, trajo Atenas a Figueroa Alcorta. Los conocimientos alcanzados, y los nuevos que va generando nuestro autor como investigador del CONICET, los enseña como profesor de Filosofía del Derecho en la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires. Domina la ciencia y la filosofía jurídica con la misma destreza con la que controla la teoría política y la lógica, combinando todo ello, para sus productos, por medio de la historia de las ideas y de un aparato conceptual formidable.

El libro, afortunada iniciativa de Editores del Sur, tiene por título otro giro maravilloso fruto de la conexión de las culturas jurídica y general de su autor: *La tostadora*. Una reunión de trabajos unidos por la advertencia de que, sin garantías, no hay república, no hay democracia, no hay ley, no hay estado de derecho y, naturalmente, tampoco Constitución. Mientras casi todos llegan hasta el art. 15, Rosler leyó también el art. 16 de la Declaración Francesa de 1789. Parfraseando un autor de cabecera de nuestro autor, *La tostadora*, como *La ley es la ley*, es completamente original: los derechos fundamentales del individuo enfrentado al poder estatal de castigar no pueden ser suspendidos ni cancelados para conceder la preferencia, por capricho ilegal de la autoridad (interpretativismo), al interés social —válido, pero secundario— de penar a los culpables, sobre todo porque, sin respeto por las garantías, no es legítimo considerar culpable al condenado (crítica del punitivismo).

Esa *originalidad*, que es hilo conductor de este libro, está probada también si uno se fija en qué andan, jurídica y políticamente, los demás análisis de los temas que aborda *La tostadora*. Los tres primeros trabajos están dedicados a la cuestión de cuánta pena de prisión corresponde atribuir, en caso de condena, a una prisión preventiva de duración exorbitante.

En uno de los dos casos judiciales objeto de esos primeros tres episodios del libro, relativo al juzgamiento de hechos punibles sucedidos 40 años antes y en el que la prisión preventiva duró casi una década, la CSJN, por mayoría, aplicó aquella sabia norma que, para compensar la monstruosidad de las usuales e interminables prisiones preventivas que impone la no menos monstruosa jurisdicción penal federal argentina, otorgaba dos días de pena de prisión por cada día de encarcelamiento preventivo superior a los dos años, pues para el primer bienio, naturalmente, todavía no correspondía ese ajuste por *inflación*.

Pero no era un caso de *lawfare*, porque el imputado no era un dirigente del campo popular, todo lo contrario, era un enemigo del campo popular. Así que, esperablemente, los juristas de la corona se abrieron paso entre ellos, a los codazos, para ver quien era el primero en fulminar la decisión de la CSJN. Obviamente, fueron invocados los derechos humanos y los trabajos se concentraron en un problema de calendario que, discrepando con el almanaque utilizado por la Corte, les proporcionó a estos autores una calculadora cuyo *display* mostró que la Suprema había hecho mal las cuentas. Válido tratamiento del tema, opción legítima en el marco de las libertades de pensamiento y expresión. Pero qué tristeza me dejaron en el alma. El caso muestra una prisión preventiva impúdica, sin dudas infundada, de duración tan obscena que desafía la imaginación, en el marco de un proceso de extensión totalmente irrazonable, algo también inexplicable, porque son casos de derecho penal del enemigo, en los cuales, como en los de *lawfare*, todo está en contra de unos imputados que, miente quien lo niegue, pueden ser condenados por trámite rápido porque no tienen derecho a casi nada, no solo tienen proscripta la libertad durante el proceso, tampoco gozan del privilegio de ser condenados por hechos demostrados, pues son castigados, como dice nuestro autor, sin dudas, pero también sin pruebas. Por no hablar de la prohibición de amnistías, prescripciones, indultos y, según la última genialidad de los delirantes, también estaría excluida la extinción de la acción por muerte del acusado, dado que ello produciría una inadmisibile *impunidad biológica*.

Frente a todo eso, la mayoría de la muchachada penalista se fijó solo en el cómputo de la prisión preventiva y en si la ley aplicada era ultra, retro o irretroactiva, con una despreocupación e indiferencia por todas las violaciones de derechos humanos, cometidas contra el imputado, que da envidia, pues ya me gustaría andar por la vida en general con esa capacidad de concentrarse en ingeniosas falacias colaterales y esconder bajo la alfombra lo que realmente importa, aunque tenga el tamaño de una casa. Ni siquiera tuvieron inspiración constitucional y experiencia práctica para sostener que si el 2x1, como ellos creen, ya no existía, era imprescindible que una nueva ley lo resucitara.

Rosler, en cambio, fue más sutil. Sin calculadora, pero con *La tostadora* (¿qué sería de nosotros si no hubiera dispositivos electrodomésticos?), proporciona las razones que derrotan la posición, digamos oficialista, que se expresó como crítica a la decisión mayoritaria de la CSJN y que se

impuso después como ley exótica y sentencia revertida por la propia Corte. Ante todo, nuestro autor vindica los valores del principio de legalidad penal para que no sea, como lo calificó Moccia con roslereana ironía, una *promesa incumplida* (Moccia, S.: *Das „nicht gehaltene Versprechen“*, Berlín, 2007). Las proposiciones de nuestro autor resultan victoriosas porque se asientan en una documentada historia de las ideas y no en la búsqueda de las ventajas que brinda la conveniencia. No estoy reprochando ese oportunismo, que considero lícito y comprensible, únicamente estoy diciendo que un beneficio de ocasión no transforma un argumento falso en verdadero. Se trata nada más que de unas estrategias de justificación de cierta voracidad individual (usualmente de cargos públicos), cosa entendible, pero que se presenta, para conseguir la ovación del público, como acto de justicia. Por fortuna, en estos temas, la verdad encontró en Rosler a su mejor amigo.

Pero, aun así, estas tres primeras tostadas del libro se podrían haber quedado algo tibias, al menos si confrontamos su posición en este asunto con mi modesta, relativa y provisional opinión: ¡Era 4x1! Quien conozca cómo funciona realmente la jurisdicción penal en Argentina y no viva en mundos metaversianos, debería postular, de *lege ferenda* claro, que por cada día de encarcelamiento preventivo se abonen cuatro de prisión en caso de condena, aunque de *lege lata* pueda que hoy solo rija el insuficiente 1x1. Además, algún tipo de aumento de la compensación está empezando a ser postulado, más allá de mi provocación, en las construcciones jurídicas serias y dignas de respeto y admiración (ver, p. ej., Ragués i Vallès, R.: «¿Realmente un día en prisión preventiva equivale a un día de pena de prisión?», *InDret* 3.2020, p. 112 y ss.).

Las personas que pongan sus ojos sobre el libro verán que en los capítulos 4 y 5 aparece toda la sabiduría del Rosler especialista en conectar la teoría política con la ciencia del derecho por medio del análisis de dos supuestos de violencia pública y política, siempre analizados desde el marco histórico conceptual. De ahí que en ambos trabajos se exhibe la evolución en el tratamiento público del delito político, desde su original carácter atenuador por ser un acto fundado en los principios, a su estigmatización moral actual, interpretativismo mediante, para fulminar terroristas, sean privados o estatales.

El capítulo postrero, una tostada con mermelada de frutilla, es el único hasta ahora inédito. Llamado en el proceso como ciudadano Capeto, Luis



XVI no es más que un enemigo público a quien el poder juzga y ejecuta negándole todos los derechos que la modernidad ilustrada quería regalar al mundo. Por mucha alergia que levante entre los iushumanistas, los derechos humanos son violados para defender los derechos humanos. Hasta hoy en día, siguen desfilando por los estrados de los tribunales penales ciudadanos desprovistos de sus derechos fundamentales: terroristas, abusadores sexuales, dirigentes políticos corruptos, narcotraficantes, en fin, una caravana de enemigos que se puede volver interminable. Rosler demuestra con el caso analizado, con esa erudición que humilla (a mí, a lo menos), que no aprendimos nada de las lecciones de la historia, ni siquiera a tratar de ser menos idiotas, debido a que muchos de los amigos del derecho penal del enemigo lo han terminado sufriendo.

El punitivismo, obsesionado con evitar la impunidad de los indeseables y sus atroces hechos, reales o supuestos, suprime la función civilizatoria del derecho, al tratarlos sin protección jurídica para priorizar a toda costa la presa por encima de la caza, siendo que, como lo recordó Andrés Ibáñez con esta maravillosa cita del recientemente fallecido Franco Cordero, sabemos que es exactamente al revés: “Juzgar a un semejante es una empresa terrible que supera los límites de la condición humana; también aquí la caza vale más que la presa y el modo como se actúa cuenta más que el resultado” (ver Andrés Ibáñez, P.: “Juzgar es cuestión de método en un marco de derechos fundamentales sustantivos y procesales”, en *Jueces para la Democracia*, n.º 102, Madrid, 2021, p. 83).

*La tostadora*, en definitiva, es un laboratorio del Estado constitucional de derecho, un banco de pruebas que brinda como resultado la plena vigencia, frente al punitivismo extremo, de una cultura jurídica ilustrada de moderación en el ejercicio limitado del poder de castigar, de modo que cierta impunidad, aunque sea frustrante, es preferible a su cancelación sin respeto por los valores que subyacen al imperio de las leyes. Como decía Winfried Hassemer, se desprecia a sí misma una sociedad incapaz de respetar los límites que se autoimpuso a sus poderes, especialmente si es grande la ganancia en transgredirlos.

Bien dice Ferrajoli que el garantismo es un emprendimiento siempre tendencial, un esfuerzo interminable por limitar la arbitrariedad estatal. Por eso la historia del Estado constitucional de derecho, como dique para la contención del abuso del poder penal (Beccaria), ha tenido un curso con altibajos. Actualmente —está claro— la tostadora, como lo indica un célebre

experto en leyes, está cayendo siempre por el lado de la mantequilla. Es solo una página oscura más. Una que, gracias a juristas luminosos como Rosler, pronto vamos a dar vuelta y dejar atrás. Podrá ser una utopía, pero una, como dice Rutger Bregman, para realistas.

*Daniel R. Pastor*

Vivimos en una época en la cual la defensa de nociones fundamentales del Estado de derecho como el principio de legalidad se ha convertido en una utopía, ya que prevalece el modelo punitivista de derecho penal. En 2017 el Congreso Nacional sancionó una ley penal retroactiva casi por unanimidad, la cual ha sido convalidada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Todos los ensayos que componen este libro tratan de explicar, desde el punto de vista de la teoría del derecho y de la filosofía política, el cambio ocurrido entre los inicios de la última restauración democrática y hoy. Hay dos grandes maneras de entenderlo: o bien la Ilustración penal y los consiguientes derechos humanos han perdido su atractivo, o bien hay algo en la idea misma de la Ilustración penal y los derechos humanos que los convierte por lo menos en inestables. Los primeros cinco capítulos del libro se inclinan por la primera hipótesis, mientras que el último capítulo explora la segunda.

