

¿POR QUÉ DEBEMOS RESPETAR LAS GARANTÍAS PENALES? UN ENFOQUE CONSECUCIONALISTA*

PABLO LARSEN**

Resumen: Este artículo pretende realizar algunos aportes al debate de la aparente contraposición existente entre la eficiencia en la persecución del delito, por un lado, y el respeto de las garantías penales, por el otro. Convencido de que respuestas dogmáticas tales como “las garantías deben ser respetadas porque así lo establecen la CN y los Instrumentos Internacionales de Protección de Derechos Humanos” no son suficientes, comenzaré analizando factores éticos e históricos que aconsejan respetarlas, para concluir en que la razón fundamental reside en que las mismas pretenden evitar determinadas consecuencias que, de acontecer, serían nefastas para la vigencia del Estado de derecho. Analizaré también determinados argumentos que se han brindado para fundar una posible reducción de las mismas en aras de poder perseguir de manera más eficaz el delito, y procuraré demostrar los que considero que son sus principales inconvenientes.

Palabras clave: garantías penales – razonamiento jurídico – consecuencialismo – derecho penal del enemigo

Abstract: The objective of this paper is to make some contributions to the discussion of the difficulty that exists in making a balance between the efficiency in prosecuting crime and respecting the criminal law guarantees. In order to do so, and convinced that dogmatic answers like “the criminal law guarantees must be respected because they are on the Constitution and in International Human Rights Treaties” are not solid enough, I will start by showing ethical and historic factors that advise that is better to respect them, to later focus on which I consider that is the main reason: we must respect them in order to avoid some consequences that may be harmful to the rule of law. I will also analyze some

* Recepción del original: 07/04/2015. Aceptación: 02/08/2015.

** Estudiante de derecho de la Universidad Nacional de La Plata. Ayudante de la comisión 3 de derecho penal I de dicha casa de estudios. Contacto: pablolar93@gmail.com
dad de Buenos Aires.

arguments that hold a contrary position to the one that I sustain, in order to show what I consider that are their main inconvenient.

Key words: consequentialism – criminal law – guarantees – enemy criminal law

“Toda praxis significa, al final, algo que va más allá de ella misma. Yo diría algo más: la práctica judicial nos confronta a diario con la difícil pregunta de por qué hacemos lo que hacemos. Lo dramático de la situación existencial del jurista es que la respuesta no la pueden dar solo las leyes, sino que, en parte, depende también de su conciencia”.¹

I. DOS PEQUEÑAS HISTORIAS A MODO DE INTRODUCCIÓN

La ficción, ya sea mediante el cine y la televisión, o a través de la literatura, nos suele presentar historias que describen situaciones humanas de lo más variado. Muchas de ellas, por las sensaciones que despiertan en los lectores o espectadores, tienen la ventaja de poder impactarnos con mayor profundidad que la que puede lograr la narración de un mero relato hipotético de un caso o la lectura de un frío expediente judicial. Por tal motivo, pueden constituir un elemento de gran interés para analizar distintos fenómenos jurídicos.² Para dar inicio a este trabajo, considero que hay dos breves fragmentos de historias que pueden ilustrar el punto central por el que girará la argumentación. Una de ellas corresponde a un capítulo de la popular serie televisiva *Breaking Bad*,³ y la otra pertenece a una historia narrada por el autor alemán Ferden su compilación de relatos titulada *Culpa*.⁴

En la primera de ellas, un oficial de policía, producto de una investigación llevada a cabo de manera extra oficial, descubre que existen grandes

1. BACIGALUPO, E., *Técnica de resolución de casos penales*, 2da. ed., Buenos Aires, Hamurabi, 2008, p. 36.

2. En este sentido, ver THURY CORNEJO, V., “El cine ¿nos aporta algo diferente para la enseñanza del derecho?”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del derecho*, nro. 14, Buenos Aires, 2009, pp. 59-81.; y BONIRINO RAMÍREZ, P. R., “Sobre el uso de la literatura en la enseñanza del derecho”, en *REJIE: Revista jurídica de investigación e innovación educativa*, nro. 4, Málaga, 2011, pp. 73-90.

3. Dirigida por Vince GILLIGAN. La escena a la que haré referencia corresponde al sexto capítulo de la tercera temporada, titulado “Sunset”, y tiene lugar a partir del minuto 32:00.

4. VON SCHIRACH, F., *Culpa*, Buenos Aires, Salamandra, 2012, pp. 9-19.

posibilidades que, dentro de una casa rodante –cuya existencia conoce, pese a no haber podido dar aún con su paradero–, funcione un laboratorio dedicado a la producción de estupefacientes. En un momento dado, el oficial se topa con la misma y, pese a no tener una orden que le permita ingresar, decide acercarse. Acto seguido, los sospechosos que se encuentran en su interior –y aquí el espectador toma conocimiento de que efectivamente en su interior se encuentra un laboratorio dedicado a la producción de drogas– le advierten que no puede ingresar dentro de la casa, ya que no posee una autorización judicial ni sospechas objetivas y razonables que le permitan prescindir de la misma. El oficial, consciente de que si decide proceder toda la prueba que obtenga será nula por violación de determinadas garantías, decide abandonar el lugar. Finalmente, el espectador puede observar que, en cuestión de minutos, los sospechosos destruyen por completo la casa rodante junto con lo que se encuentra en su interior, tornando imposible el inicio de una futura investigación.

La segunda historia transcurre en un festival de una localidad de Alemania, en tiempos en los que las pruebas de ADN eran relativamente una novedad y apenas empezaban a utilizarse en los procesos judiciales. El autor relata –en una prosa que no deja de despertar sensaciones encontradas en el lector– el modo en que los miembros de una banda musical, encontrándose profundamente ebrios, violan y agreden físicamente de modo brutal a una menor de edad que se encontraba trabajando como mesera en dicho festival. A continuación, describe el modo en que actúan los médicos e investigadores que acuden a la escena, producto de un llamado anónimo: en la prisa por salvar la vida de la joven, los médicos, inconscientemente, borran de su cuerpo prácticamente toda huella de los imputados, quedando como única prueba posible los rastros de sangre y semen hallados en su ropa –elementos que, tal como puede advertir el lector, hubieran permitido demostrar cabalmente los hechos y arribar a una condena de los autores del delito–. No obstante, y quizás producto del desconocimiento que existía al momento de los hechos del modo de resguardar estos elementos de prueba, los investigadores los depositan, sin mayores resguardos, en el baúl de un vehículo de policía, el cuál permanece varias horas al sol, generando que se torne inútil el único medio existente para probar la culpabilidad de los músicos imputados. De manera elocuente, el autor describe la situación que tuvo lugar con posterioridad: “El juez se limitaba a mirar a mi cliente, dudo que me escuchara. Sin embargo, entre el juez y el hombre había algo más, algo mucho más antiguo que nuestra ley de enjuiciamiento criminal, una

acusación que nada tenía que ver con las leyes escritas. Cuando hube terminado, el juez preguntó de nuevo si el inculcado no quería declarar nada. Lo preguntó en voz baja y sin énfasis, mientras se quitaba las gafas para leer y esperaba. Conocía la respuesta, pero aun así formuló la pregunta. Y todos los presentes en la fría sala supimos que el procedimiento terminaría allí y que la culpa era harina de otro costal”.⁵

Las dos situaciones narradas poseen un común denominador: el que, por respetar determinadas garantías penales –en la primera de ellas, la inviolabilidad del domicilio y la nulidad de las pruebas obtenidas a través de violación de garantías; en la segunda, la presunción de inocencia frente a la falta de pruebas– se frustró la eficacia de investigaciones que parecían arribar a buen puerto. Planteada la situación, la argumentación que desarrollaré en este artículo tiene como objetivo demostrar cuál es la importancia que poseen las garantías penales en un Estado de derecho, y dar respuestas convincentes y persuasivas al planteo que formula el título del trabajo, así como también a muchos otros que de él se derivan: ¿Por qué deberíamos respetar las garantías? ¿Qué valor tienen? ¿No sería mejor dejarlas de lado o “relajarlas” para poder perseguir el delito de manera más eficiente? ¿Qué consecuencias se pretende evitar respetándolas estrictamente? La polémica que suele despertar el debate no es menor, ya que en él se encuentra en juego uno de los dilemas fundamentales del derecho penal: tal como advierte Binder, “el proceso penal es una encrucijada de caminos que nos obliga a tomar decisiones difíciles. Las necesidades sociales que se expresan a través de él no son menores y nos interpelan con mayor fuerza que en otras áreas de la administración de justicia. Por una parte, nos enfrentamos a la tarea de evitar graves daños a los ciudadanos y el dolor de las víctimas –o la desesperación ante la impunidad– se multiplica en forma cada vez más hirientes. Por otra parte, nada nos indica que debamos disminuir la histórica sospecha ante el posible abuso del poder o bajar la guardia en la defensa de las libertades públicas, siempre frágiles ante el Estado Leviatán”.⁶

5. *Íbid.*, p. 15.

6. BINDER, A. M., “Tensiones político-criminales en el proceso penal”, en PERFECTO IBAÑEZ, A. (dir.), *Revista Jueces para la Democracia*, nro. 60, Madrid, 2007, pp. 21-35, p. 21. Desde otra perspectiva, ROXIN señala que “todo derecho procesal penal legalmente instituido se enfrenta a la necesidad de armonizar, por un lado, el interés en la búsqueda de la verdad y, por otro, el interés del procesado en la salvaguardia de sus derechos individuales”, en

Para llevar adelante el objetivo –y convencido de que respuestas dogmáticas como “se las debe observar porque así lo establecen la Constitución Nacional y los Instrumentos Internacionales de Protección de Derechos Humanos”, pese a ser ciertas, no cumplen con la finalidad de persuadir o convencer a toda persona de la importancia que tienen– comenzaré demostrando cuál es el valor intrínseco que las garantías penales poseen, para centrarme en que lo fundamental es que las mismas tratan de evitar determinadas consecuencias que, de ocurrir, serían nefastas para la vigencia del Estado de derecho. En segundo lugar, partiendo de la idea de que constituyen límites infranqueables al poder punitivo del Estado, demostraré cuáles son esas consecuencias que se pretende evitar, presentando los motivos por los que creo que, frente a casos como los narrados, es preferible inclinarse por la vigencia de las mismas y no por la eficaz persecución del delito –por más deseable que este objetivo pueda ser–. En tercer lugar, trataré de rebatir algunos argumentos que se han presentado para fundar una posible “reducción de garantías” frente a determinadas circunstancias.⁷ Por último, presentaré algunas conclusiones a modo de síntesis de las ideas expuestas.

II. VIENDO UN POCO MÁS ALLÁ: LOS VALORES DETRÁS DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Antes de comenzar la argumentación principal, creo necesario realizar algunas precisiones en torno al que creo que es el razonamiento adecuado

ROXIN, C., “La protección de la persona en el derecho procesal penal alemán”, en *Revista penal*, nro. 6, 2000, pp. 115-126, p. 115.

7. Los argumentos opuestos a la postura que uno pretende defender deben ser referencia obligada en todos los trabajos académicos. La importancia de esto reside en que “la discusión y la decisión intersubjetivas constituyen el procedimiento más confiable para tener acceso a la verdad moral, pues el intercambio de ideas y la necesidad de ofrecer justificaciones frente a los otros no solo incrementa el conocimiento que uno posee y detecta defectos en el razonamiento, sino que ayuda a satisfacer el requerimiento de atención imparcial a los intereses de todos los afectados. Esto no excluye la posibilidad de que a través de la reflexión individual alguien pueda tener acceso al conocimiento de soluciones correctas, aunque debe admitirse que este método es mucho menos confiable que el colectivo, debido a la dificultad de permanecer fiel a la representación de los intereses de otros y de ser imparcial”. Cfr: NINO, C. S., *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 161.

para aproximarse a las cuestiones jurídicas. En efecto, como precisé en el párrafo anterior, resulta difícil sostener que el valor de una determinada solución o norma jurídica pueda justificarse únicamente apelando a “que así lo determina la ley o la Constitución” o a “que así ha sido resuelto en un determinado precedente”. Un ejemplo puede ilustrar un poco más la cuestión: al analizar si deberían permitirse los llamados “decretos de necesidad y urgencia” –es decir, la posibilidad de que el poder ejecutivo “legisle”, haciendo uso de una función que corresponde al poder legislativo–, un camino posible es afirmar que ello no es viable, ya que, en principio, así lo resuelve el art. 99.3 de la Constitución argentina, y finalizar la argumentación allí. No obstante, podemos dar un paso más y defender la misma solución, pero agregando otros argumentos: que ello no corresponde, dado que el único órgano legitimado para sancionar leyes que afecten a todos los ciudadanos de la República es el poder legislativo, y que esto es así por el hecho de que es en él donde se encuentran representados tanto las mayorías como las minorías, y donde las decisiones son tomadas –o al menos deberían serlo– luego de un debate robusto en el que se consideran todos los puntos de vista de los que van a verse afectados, algo que necesariamente no puede darse a través de la reflexión individual de la persona que ocupa el ejecutivo. Creo que este último tipo de razonamiento, que mira “más allá del derecho positivo”, es el que debe ser adoptado,⁸ y posee una serie de ventajas que así lo aconsejan.

8. Un razonamiento similar a este punto de vista es el adoptado por GARGARELLA al analizar la obligatoriedad de los criterios de los órganos internacionales de protección de derechos humanos: “buena parte de las autoridades –políticas, judiciales, académicas, expertas en derechos humanos– parecen coincidir en una visión estrictamente dogmática sobre la cuestión, para responder a interrogantes tan importantes y cruciales a partir de la mera cita de ciertas fuentes de autoridad normativa internacional –podemos encontrar entre ellas al Estatuto de Roma, al *ius cogens*, a la CADH; y también a ciertos organismos internacionales que gozan de una extendida autoridad, como la Comisión y Corte Interamericanas–. Este tipo de respuestas resultan poco atractivas, sin embargo, en la medida en que no son capaces de responder a ninguna de nuestras inquietudes fundamentales yendo más allá de ciertos reclamos e invocaciones de autoridad. Y –agregaría– ninguna respuesta resulta promisoría en la materia, si ella no es capaz de mostrar de qué modo las respuestas que se quieren dar remiten no a una fuente de poder, sino a razones que todos podemos ser capaces de aceptar y suscribir.” Cfr. GARGARELLA, R., *Justicia penal internacional y violaciones masivas de derechos humanos* consultado en [http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/1_trabajo_coloquio_gargarella.pdf] el 27/3/15, pp. 7-8.

El primer modo de razonar frente a una cuestión jurídica –la mera invocación de normas o precedentes como modo exclusivo de justificar una decisión– es, por su formalismo, uno de los más sencillos y accesibles, ya que no requiere la búsqueda de razones que vayan más allá del mismo ordenamiento jurídico positivo. No obstante, una vez que superamos las dificultades que puede generar la adopción del segundo tipo de razonamiento, los beneficios son muy superiores y salen a la vista: piénsese, por ejemplo, que, si nos limitamos a acatar las normas jurídicas únicamente por su condición de tales, sin reparar en las verdaderas razones morales que puedan justificarla, las mismas pueden cambiar con facilidad y las personas acostumbrarse a respetarlas independientemente de cuál sea su verdadero contenido.⁹ Por otro lado, ello tiene un gran impacto en la enseñanza del derecho, ya que una persona puede interiorizar y comprender mejor el valor –o disvalor, ya que posee también el beneficio de poder despertar y facilitar actitudes críticas– de una determinada norma o solución jurídica una vez conocidos los verdaderos motivos y argumentos que la respaldan. A fin de cuentas, todo ello puede trasladarse a cualquier situación de la vida cotidiana: frente a una discusión, siempre consideramos más valioso que una persona exponga los motivos y valores que guían su razonamiento, antes que la mera invocación de argumentos de autoridad.¹⁰

En particular, uno de estos enfoques puede adoptarse teniendo en cuenta las consecuencias concretas que determinadas normas jurídicas pretenden generar, así como también las consecuencias indeseables que las mismas pretenden evitar. Efectivamente, muchas decisiones judiciales cobran un significado especial una vez que son completadas desde el punto de vista de las consecuencias a las que llevan las mismas, o a las que llevarían las decisiones contrarias que se han descartado.¹¹ Este es el enfo-

9. NINO, C. S., *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, 1ª ed., Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 30.

10. Al respecto, es muy lúcida la siguiente reflexión de NINO: “la cuestión es que los materiales jurídicos –un texto legislativo, por ejemplo– no son los objetos más apropiados para intervenir en un razonamiento práctico destinado a justificar una decisión. Si se me permite el exabrupto, ¡son cosas demasiado duras para incluirlas en un razonamiento! Los textos, costumbres, actos lingüísticos, etc., deben convertirse en proposiciones o juicios que permitan su uso en el razonamiento práctico”. NINO, *Ibid.*, pp. 87-88.

11. BENGOTXEA, J., “Una defensa del consecuencialismo en el derecho”, en *Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas Τέλος*, nro. II/2, 1993, pp. 31-68, p. 38. El mismo autor indica que el aproximamiento a las normas debería ser guiado, entre otros, por los siguien-

que principal que adoptará la argumentación acerca de por qué considero que deben respetarse las garantías penales: las mismas existen para evitar determinadas consecuencias que, de tener lugar, podrían ser perjudiciales para el Estado de derecho.

III. LÍMITES, ERRORES Y CONSECUENCIAS: LA FUNCIÓN DE LAS GARANTÍAS EN EL DERECHO PENAL

En un sentido genérico, las garantías pueden ser entendidas como vínculos idóneos que prevé el ordenamiento jurídico para asegurar la efectividad de los derechos fundamentales.¹² En el sentido específico que aquí interesa, las garantías penales son concebidas como límites destinados a impedir el ejercicio arbitrario o abusivo del poder punitivo del Estado.¹³ Idéntico criterio posee la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha tenido oportunidad de declarar que:

“El respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es, así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. Esto es aún más importante cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues este no solo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, bajo las exigencias establecidas en la Convención”;

tes interrogantes: “¿Cuáles son los resultados que prevé alcanzar la norma aplicable? ¿Cuáles son los objetivos del legislador histórico? ¿Cuáles los del legislador contemporáneo? ¿Cuál es la finalidad de la norma? ¿Cuáles son los valores que inspiran la determinación de dichos objetivos? ¿Están recogidos a su vez en normas del ordenamiento? ¿Qué métodos o vías ha tenido en cuenta el legislador para alcanzar dichos resultados?” BENGOETXEA, *Íbid.*, pp. 36-37.

12. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, p. 28.

13. Ver, por ejemplo: BINDER, A. M., *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, p. 56; MAIER, J., *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996, t.1, p. 471; FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 21; ROXIN, C., *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, p. 3 y SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 2da ed., Montevideo – Buenos Aires, Editorial BdeF, 2012, p. 40.

“En un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo en el que se manifiesta, con máxima fuerza, una de las más graves e intensas funciones del Estado frente a los seres humanos: la represión”.¹⁴

Estas contenciones al poder punitivo del Estado operan tanto a través de límites puestos a la posibilidad de definir *qué constituye un delito* –también llamadas “sustantivas”–, así como también para delimitar *cómo investigar y juzgar la presunta comisión de un delito* –también conocidas como “procesales”–. Su importancia se desprende, por un lado, de un factor histórico que aconseja proceder con prudencia cuando se trata de habilitar el ejercicio del poder más violento que poseen los Estados, más aún considerando los trágicos episodios que tuvieron lugar cuando el mismo se vio despojado de todo límite.¹⁵ Existen, además, argumentos de tipo ético que bregan por que el Estado se mantenga apegado a su respeto. Con elocuencia, dijo HASSEMER que “una cultura jurídica se prueba a sí misma a

14. Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional v. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 68; y *Caso Baena Ricardo y otros v. Panamá (Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia de 2 de febrero de 2001, párr. 107. Para un análisis detallado de la totalidad de los criterios de la Corte IDH en materia de garantías penales, ver LARSEN, Pablo, *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada con jurisprudencia de la Corte IDH de 1988 a 2014*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015 (*en prensa*).

15. Sobre el modo en que los trágicos episodios históricos inciden en la manera en que, por ejemplo, los juristas alemanes tratan a las garantías penales, ver BOHLANDER, M., “Volver a Radbruch. La necesidad de retomar de raíz el diálogo entre *common law* y derecho continental, en atención al ejemplo de la justicia penal internacional”, en *InDret: Revista para el análisis del derecho*, nro. 2, 2012, Barcelona, pp. 5-6. En el caso argentino, es conocida la opinión del ex ministro de la CSJN Enrique Santiago PETRACCHI, quien, en un voto individual de un fallo emitido poco tiempo después de la vuelta a la democracia, sostuvo que “la primera circunstancia determinante, cuando el asunto atañe a la consideración del alcance de las garantías constitucionales, es la toma de conciencia de que nuestro país atraviesa una coyuntura histórico-política particular, en la cual, desde las instancias de producción e interpretación normativas, se intenta reconstruir el orden jurídico, con el objetivo de restablecer y afianzar para el futuro en su totalidad las formas democráticas y republicanas de convivencia de los argentinos, de modo que dicho objetivo debe orientar la hermenéutica constitucional en todos los campos”, *cfr.* CSJN, *Bazterrica, Gustavo M.*, Fallos 308:1392, voto del Dr. PETRACCHI, cons. 5.

partir de aquellos principios cuya lesión nunca permitiría, aun cuando esa lesión prometa la mayor ganancia”.¹⁶

No obstante, considero que las advertencias del factor histórico y del ético quedarían incompletas si no consideramos el argumento de las consecuencias. Al analizar el sistema de persecución penal, es posible establecer que, mientras que por un lado se encuentra el objetivo de evitar la “impunidad”, por el otro se encuentra la necesidad de respetar los derechos individuales de toda persona. Para ello, a cada garantía penal específica corresponde, como las dos caras de una misma moneda, un riesgo que se pretende evitar. En este sentido, y a modo de ejemplo, es posible destacar los siguientes:

I. El principio de legalidad penal, que establece la necesidad de que las conductas que constituyan delito se encuentren definidas de manera previa, clara y precisa por una ley. No es difícil imaginar lo peligroso que resultaría para la libertad de los ciudadanos la existencia de delitos redactados de una manera tan amplia y vaga que permitan encuadrar en los mismos prácticamente cualquier tipo de conducta.¹⁷

16. HASSEMER, W., “Límites del estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada”, trabajo presentado en la reunión “*Organisierte Kriminalität in einem Europa offener Grenzen*” de la *Europäische Rechtsakademie* de Trier, los días 1 y 2 de diciembre de 1994. Traducción del alemán de Alfredo CHIRINO SÁNCHEZ, Prof. de Dcho. Penal de la Universidad de Costa Rica. Consultado en [http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/030509/dp-limites_estadoderecho.doc] el 01/04/15. En este sentido también PASTOR: “el rasgo característico del sistema penal del Estado constitucional de derecho consiste en que, asumiendo el ideal de castigar todos los delitos como algo propio, valioso y digno de fomento, se prefiere, sin embargo, cierta cuota de impunidad antes que tolerar que el castigo sea alcanzado de cualquier manera (no hay un poder penal absoluto). Por ello la idea de cierta cuota posible de impunidad por falta de respeto de las formas es la clave de la paz jurídica: se desprecia a sí misma una sociedad que está dispuesta a alcanzar sus fines transgrediendo las reglas que ella misma se ha impuesto”, *cfr.* PASTOR, D. R., “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, en *Separata de Nueva Doctrina Penal*, 2005/A, pp. 73-114, p. 101.

17. Esta garantía fue desconocida de manera grosera por regímenes autoritarios como el nazi y el soviético. En la Alemania nazi, el artículo 2 del código penal, que enunciaba el principio de legalidad penal, fue reemplazado por una norma que sostenía que “será castigado quien cometa un hecho que la ley declare punible o que sea merecedor de castigo según el concepto fundamental de una ley penal y según el sano sentimiento del pueblo. Si contra el hecho no encuentra inmediata aplicación ninguna ley penal, el hecho se castigará sobre la base de aquella ley penal cuyo concepto fundamental mejor se le adapten”. Del mismo modo, fue negada explícitamente en el derecho soviético de los años siguientes a la

II. La garantía de la inviolabilidad del domicilio de las personas, y la consiguiente necesidad de una autorización judicial o de la existencia de circunstancias excepcionales que permitan prescindir de la misma, que ponen límites a la injerencia que los funcionarios estatales –principalmente, las fuerzas policiales– puedan tener en uno de los ámbitos más reservados de los ciudadanos. Podría pensarse, teniendo en cuenta la tendencia del poder punitivo hacia el abuso, en lo peligroso que podría ser para la tranquilidad de los hogares de los ciudadanos el que las fuerzas policiales posean amplia libertad para ingresar en los mismos bajo el pretexto –no siempre existente o comprobable– de perseguir eficazmente el delito.

III. La nulidad de todos los elementos probatorios que se hayan obtenido en violación de alguna garantía. Ello actúa como un mecanismo que refuerza su respeto, y pretende disuadir a aquellos encargados de la investigación de un delito de la utilización de medios que, como en el ejemplo anterior, puedan ser violatorios de garantías. Su importancia es manifiesta, ya que difícilmente podría pensarse que los funcionarios públicos las respetarían si, una vez obtenidos algunos medios de prueba a través de conductas violatorias de garantías, ellos son considerados válidos para una investigación.

IV. La presunción de inocencia, que establece el conocido adagio “toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario”, y, consiguientemente, la necesidad de que exista prueba suficiente a la hora de condenar a un individuo, y la directiva de que toda duda sea interpretada en favor de su libertad (principio también conocido por el la voz latina *in dubio pro reo*). En esta garantía descansa uno de los puntos centrales del derecho penal liberal: a través de su respeto, se pretende que exista, al momento de condenar a una persona, una seguridad lo suficientemente alta como para descartar cualquier posibilidad de error, ya que se entiende que el riesgo de condenar a una persona inocente es más perjudicial que la posibilidad de dejar a un culpable en libertad.¹⁸

revolución, en tanto el código de la república rusa de 1922 enunció en su artículo 6 que “es delito toda acción u omisión socialmente peligrosa, que amenace las bases del ordenamiento soviético y el orden jurídico establecido por el régimen de los obreros y campesinos para el período de transición hacia la realización del comunismo”.

18. No es muy difícil imaginar el motivo por el cual, en materia penal, se requiere una mayor seguridad que en otras áreas del derecho a la hora de condenar a una persona. En palabras de WILKINSON, “privar erróneamente de su libertad a un hombre inocente es una

Esto último –la necesidad de evitar los errores, los cuales se manifiestan a través de abusos y la afectación de personas inocentes–, a través de un meditado análisis de costo-beneficio, es el punto central de las consecuencias que se pretenden evitar a través del respeto de las garantías. Tomando algunas de las mencionadas, alguien podría afirmar, por ejemplo, que resulta necesario redactar algunos tipos penales de un modo ambiguo o indeterminado para que algunos delincuentes “no puedan escapar del mismo”; que a veces es necesario otorgar más discrecionalidad a las fuerzas policiales a la hora de poder intervenir, sin orden judicial, en los hogares de particulares, ya que así se podría perseguir el crimen de manera más eficaz –el primer caso mencionado en la introducción es, en este sentido, paradigmático–; o que es necesario, frente al juzgamiento de determinados delitos, poder prescindir de la alta seguridad probatoria necesaria para derribar la presunción de inocencia, ya que, de lo contrario, permanecerían impunes algunos delitos que son de difícil prueba. No obstante, es posible replicar que hay riesgos que son peores que el presunto remedio: que producto de la indeterminación de un tipo penal se pueda perseguir arbitrariamente a las personas, con la consiguiente afectación de inocentes; que en los allanamientos discrecionales se pueda perturbar la privacidad de individuos que no se encuentran vinculados a actividades ilícitas; y que si se prescinde de la necesidad de probar de manera estricta la comisión de un delito, se estaría frente al riesgo potencial de condenar a personas inocentes. Ya hace mucho tiempo, Carrara se lamentaba advirtiendo que “la justicia penal, en ausencia de garantías, genera para los ciudadanos peligros tal vez mayores que las pasiones de los culpables”.¹⁹

El hecho de que, frente a estos planteos problemáticos, la balanza deba inclinarse por evitar la posibilidad de afectar a un individuo inocente, también encuentra fuertes arraigos históricos. El siguiente pasaje es muy ilustrativo al respecto: “Lo contrario importaría ni más ni menos que echar por tierra un bien que la humanidad ha alcanzado y mantenido a costa de no pocas penurias: el principio de inocencia posee antecedentes muy leja-

consecuencia mucho peor que meterle la mano en su bolsillo con una sentencia civil equivocada”, *cfr.* WILKINSON, J. H., “In defense of American criminal justice”, en *Vanderbilt Law Review*, vol. 67, 2014, pp. 1099-1172, p. 1112 (la traducción me pertenece).

19. Citado por FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 604. Del mismo modo, el autor afirma que “si la historia de las penas es una historia de horrores, la historia de los juicios es una historia de errores”, *cfr.* *Ibid.*, p. 603).

nos en el tiempo. Así, en una oportunidad la Corte Suprema estadounidense [...] recordó lo acontecido en épocas del Imperio Romano: Numerius – Gobernador de Narbonensis– se hallaba sometido a juicio criminal, y había asumido su propia defensa negando su culpabilidad y la falta de prueba en su contra. Delphidius, su adversario, previendo el rechazo de la acusación se dirigió a Juliano: ‘Oh!, ilustre César –le dijo– si es suficiente con negar, ¿Qué ocurrirá con los culpables?’; a lo que Juliano respondió: ‘Y si fuese suficiente con acusar, ¿qué sobrevendría a los inocentes?’²⁰

Argumentar, como se ha venido haciendo en estas líneas, en términos de balances, costos, beneficios y errores, puede traer a colación ideas propias del llamado “análisis económico del derecho” –conocido también como *Law and Economics*–. Este movimiento, simplificando algunos de sus postulados al extremo, suele considerar que una medida es correcta cuando las ganancias de los beneficiados superan las pérdidas de los perjudicados, de modo que los primeros pueden indemnizar a los segundos.²¹ En estos términos, y en contra lo dicho hasta este punto, alguien podría sostener, por ejemplo, que considerando que la pena privativa de libertad es reversible, sería eficiente la medida de asumir la posibilidad de encarcelar a un inocente para evitar que un culpable quede libre y pueda afectar a

20. CSJN, fallos 314:1091, cons. 13 del voto de Enrique Santiago PETRACCHI, citando “*Coffin vs. United States*” (156 U.S. 432, p. 453). SANCINETTI, M., “Testimonio único y principio de la duda”, en *InDret: Revista para el análisis del derecho*, nro. 3, año 2013, Barcelona, pp. 3-6. En la cultura jurídica anglosajona –que posee, a la par de la continental, una marcada influencia en los orígenes de la cultura jurídica argentina–, es históricamente conocida la máxima de BLACKSTONE: “Es mejor que diez personas culpables escapen, a que una persona inocente sufra”. Un minucioso análisis crítico del origen de esta noción puede verse en EPPS, D., “The consequences of error in criminal justice”, en *Harvard Law Review*, nro. 4, vol. 128, 2015, pp. 1065-1151, pp. 1077-1081.

21. SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Eficiencia y derecho penal”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 49, fasc/mes 1, España, 1996, pp. 93-127, pp. 96-97 y 121. Un posible razonamiento, aplicado al derecho penal, sería el siguiente: “el delito es un hecho socialmente ineficaz –y de modo cualificado–. El ordenamiento jurídico, por su parte, para ser eficaz en su control, debe contar con la eficiencia individual. Por ello, debe cargar al delincuente potencial con costes adicionales, en caso de comisión del delito, de modo que estos desborden los beneficios que del delito espera obtener. De hecho, la fórmula de un derecho penal ‘eficaz en la eficiencia’ sería la siguiente: de una parte, imponer al delincuente costes adicionales de modo que el coste esperado del delito sea superior a los beneficios que esperar obtener del mismo. De otra parte, que esos costes sean inferiores al coste de la tolerancia del delito”, *cfr. Íbid.*, pp. 112-133.

terceros. En su apoyo, podrían esgrimir lo siguiente: dado que principios como “es mejor que diez personas culpables escapen, a que una persona inocente sufra” fueron elaborados en épocas donde el costo de un error era demasiado alto –la pena de muerte, por esencia irreversible, se encontraba prevista para la mayoría de los delitos²²–, ello ya no debería ser acatado tan férreamente hoy en día, donde las penas aplicables son, en su mayoría, privativas de la libertad, lo que hace que el peligro de eventuales errores se torne considerablemente menor, ya que existe posibilidad de poner inmediatamente en libertad al sujeto equivocadamente condenado.

No obstante, considero que no es una posibilidad viable. La primera dificultad que presenta este tipo de razonamientos al ser vinculados al derecho penal reside en cómo incluir en el cálculo de “coste-beneficio” principios de proporcionalidad, dignidad o, fundamentalmente, libertad.²³ Más aún, hasta cabría preguntarnos si siquiera es posible considerar la idea de incluir derechos y garantías fundamentales en cálculos de este tipo.²⁴ Por otro lado, el argumento que considera a la pena de prisión como reversible en comparación con la pena de muerte es solo una verdad a medias. Si bien no es posible revivir a una persona, pero sí ponerla inmediatamente en libertad, los deterioros que causa en los individuos la privación de la libertad –especialmente si consideramos el estado de las cárceles en Latinoamérica– son de dudosa reversión.²⁵

Habiendo establecido cuál considero que es la importancia fundamental de las garantías penales en un Estado de derecho, en el punto siguiente analizaré una postura que plantea argumentos opuestos a los hasta aquí

22. EPPS, *op. cit.*, p. 1081. El autor considera que el principio se ha vuelto “anacrónico” por diferir considerablemente las circunstancias actuales con aquellas en las que fue elaborado, donde el sistema penal era excesivamente más gravoso para el imputado que en la actualidad.

23. SILVA SÁNCHEZ, “Eficiencia y derecho penal”, *op. cit.*, pp. 96-97, 121 y 124.

24. Ello no sería viable si entendemos a tales derechos y garantías, en razón de su carácter fundamental, como insuperables o inderogables sin importar las circunstancias, o, en los memorables términos de DWORKIN, si entendemos que los derechos son *cartas de triunfo* frente a las consideraciones políticas generales, y que su respeto a veces implicará la frustración de algunas preferencias mayoritarias. Cfr. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta-De Agostini, 1993, pp. 36-37.

25. Ver, por ejemplo, Comisión IDH, “Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas”, 2011, disponible en [<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>].

defendidos. Procuraré, además de exponer su planteo principal, demostrar cuáles creo que son sus principales inconvenientes.

IV. LOS EMBATES DEL “NEOPUNITIVISMO” Y DEL “DERECHO PENAL DEL ENEMIGO”

Uno de los principales ataques a la postura aquí defendida proviene del llamado “derecho penal del enemigo”,²⁶ el cual plantea –simplificando groseramente sus argumentos– que, para hacer frente a determinados tipos de criminalidad, sea posible dejar de lado determinadas garantías penales, tales como las que se mencionaron en el apartado anterior. Dicho fenómeno se enmarca en otro más amplio y global, denominado “neopunitivismo” o “expansión del derecho penal”, caracterizado por una tendencia a recurrir a la amenaza o sanción penal como medio predilecto para la solución de viejos y nuevos conflictos que se presentan en nuestras sociedades.²⁷ Parte del diagnóstico del asunto, en lo que aquí interesa, destaca que las garantías penales “son vistas más como escollos burocráticos a la eficacia del sistema que como lo que realmente son: garantías de libertad”,²⁸ y el atractivo que suelen despertar reside, según creo, en las promesas de acabar con la impunidad en determinadas áreas donde el derecho penal, hasta entonces, no llegaba –puede pensarse, por ejemplo, en sanciones por actos de terrorismo, delitos económicos, o violencia de género, entre otros–. No obstante, tal como intentaré demostrar en los párrafos que siguen, entiendo que existen determinados riesgos que, a la par de otros factores, llevan a la necesidad de rechazar este tipo de doctrinas. El argumento, sintéticamente, es que el poder punitivo, por su propia naturaleza, siempre tiende a extenderse, generando el peligro de que lo que empezó siendo una excepción al respeto de las garantías termine transformándose en la regla.

26. Un resumen de los principales postulados de esta teoría puede verse en JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Thomson Civitas, 2003, p. 90.

27. Para una panorámica crítica del denominado “neopunitivismo” es útil acudir a PASTOR, D. R., *Recodificación penal y principio de reserva de código*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, pp. 22-82. Una de las obras más representativas y críticas sobre el tema es “*La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*”, de SILVA SÁNCHEZ.

28. PASTOR, *Recodificación...*, *op. cit.*, p. 54.

En sintonía con el factor histórico señalado con anterioridad, estamos en condiciones de afirmar que, por los peligros que entraña, siempre es conveniente aproximarse de manera cautelosa al poder punitivo. Tal como enseña Ferrajoli, “el derecho penal, aun cuando rodeado de límites y garantías, conserva siempre una intrínseca brutalidad que hace problemática e incierta su legitimidad moral y política”.²⁹ Estar de acuerdo con este punto implica, entre otras cosas, un cierto grado de desconfianza respecto de planteos como los que propone el “derecho penal del enemigo”, en tanto parecen atenuar dicho calificativo al sostener que la reducción de garantías penales va a limitarse a determinados campos, respetando las que suelen considerarse “soluciones especiales para problemas especiales”.

Desconfiar de la presunta “excepcionalidad” de estas propuestas reductoras de garantías nos lleva a lo que algunos autores han denominado “*factor metástasis*”.³⁰ Silva Sánchez, por ejemplo, afirma que “existe el riesgo de que los elementos del modelo de lucha contra la impunidad se extiendan a todo el conjunto del derecho penal. Sería erróneo afirmar que las ‘doctrinas contra la impunidad’ patrocinan solo un derecho penal de excepción para afrontar una criminalidad de excepción. Su alcance acaba siendo muy superior. En particular, el terrorismo y, en general, los delitos contra la vida: de hecho, no hay ninguna razón especial para pensar que el concepto –y sus implicaciones– no acaben siendo aplicables a otros delitos graves en los ordenamientos internos”.³¹ En la misma línea, PASTOR advierte que “una vez que una práctica contraria a su conformación liberal entra en el derecho penal se difunde rápidamente a todo el sistema. Ello es una navaja de doble filo: las reglas de relajamiento de los principios liberales limitadores del derecho penal que se aplican a la criminalidad económica, medioambiental y al terrorismo, pronto, por medio del ‘efecto metástasis’,

29. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 21. En el mismo sentido, PASTOR sostiene que “debido a que el poder penal representa una reacción radical, los límites y controles impuestos a su ejercicio deben ser también radicales”, *cfr.* PASTOR, “La deriva neopunitivista...”, *op. cit.*, p. 82.

30. Término propio de la medicina –específicamente, de la oncología–, conceptualizado como el proceso de propagación de un foco canceroso a un órgano distinto de aquel en que se inició.

31. SILVA SÁNCHEZ, “Una crítica a las doctrinas penales de la lucha contra la impunidad”, en *REJ – Revista de estudios de la justicia*, nro. 11, año 2009, Chile, pp. 35-56, p. 47. También en SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2da ed., Madrid, Ed. Civitas, 2001, p. 57 y 72.

serán derecho ordinario también a la delincuencia de subsistencia y a todas las demás manifestaciones de la criminalidad”.³² Complementando lo anterior, Zaffaroni recuerda también sobre el grado de discrecionalidad que una legislación de este tipo suele otorgar a los encargados de aplicarla,³³ con el riesgo adicional que ello supone. La realidad reciente nos brinda algunos ejemplos que parecen dar la razón a los citados autores, dando veracidad a sus diagnósticos.³⁴

A la par de lo dicho, este tipo de propuestas presentan un problema adicional. No solo es ilusoria la afirmación de que el derecho penal del enemigo afectará únicamente las garantías de estos, sino también lo es la pretendida eficacia de aquél contra ese mismo enemigo.³⁵ Se ha objetado que las medidas de este tipo tienden a lograr un mero efecto “simbólico”, sin ocuparse efectivamente de los peligros o amenazas que, supuestamente, están mandadas a eliminar.³⁶ Esto genera no pocas perplejidades. Si, antes

32. PASTOR, *Recodificación...*, *op. cit.*, pp. 60-61.

33. “La formal y hasta solemne declaración o promesa de persecución limitada a terroristas (o brujas, herejes, comunistas, narcotraficantes, etc.) no puede respetarse porque el poder de individualización se le concede a la agencia que lo ejerce que, como cualquier burocracia, lo ejercerá conforme a sus objetivos sectoriales, que no estarán limitados a los estereotipos imaginados por el legislador a la hora de construir los tipos o de ceder garantías de los ciudadanos”, *cfr.* ZAFFARONI, R. E., *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2012, pp. 116-117.

34. La Comisión IDH, en el marco de la aplicación de legislación “anti terrorista” a protestas de pueblos indígenas por parte de Chile, señaló el peligro de la expansión de este tipo de doctrinas: “los riesgos de mantener tipos penales amplios que puedan dar lugar a diversas interpretaciones respecto de la conducta que se considera reprochable penalmente, especialmente en el contexto de persecución y sanción de conductas terroristas, es la aplicación discriminatoria de tales disposiciones, o su utilización para criminalizar contextos generales de protesta social. Ante una falta de definición clara de las conductas que se consideran terroristas, los jueces nacionales cuentan con un amplio margen de discrecionalidad para introducir contextos generales de protesta social o la pertenencia étnica de una persona como aspectos determinantes en la calificación de un acto como terrorista”. *Cfr.* CIDH, *Informe No. 176/10, casos Segundo Aniceto Norin Catriman, y otros v. Chile (fondo)*, del 5 de noviembre de 2010, párr.146. Cabe añadir un dato de color: Chile fue condenado recientemente por la Corte IDH en este mismo caso (ver sentencia de 29 de mayo de 2014, Serie C No. 279).

35. ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 117. En el mismo sentido, JAKOBS, CANCIO MELIÁ, *op. cit.*, p. 90.

36. BINDER es contundente al formular la siguiente crítica “se sigue apelando a la ‘solución penal’ para responder a los problemas más variados, ya sean importantes, populares o simplemente menores. En primer lugar, el recurrir a la amenaza del uso de la violencia

que nada, entendemos que es injustificable, por peligroso, permitir que en ciertos casos se eliminen algunas garantías penales, menos aún podemos justificarlo si cuando estas reducciones se han realizado no se han mostrado efectivas para solucionar los problemas que las originaron. Dicho en otros términos: tampoco sería posible incluirlas en un cálculo de coste-beneficio, ya que, en primer lugar, los valores en juego no son susceptibles de ponderación, y, en segundo, no producen los beneficios que supuestamente permitirían superar el precio de los costos que generan.³⁷

es una figura retórica que esconde la poca predisposición de tomarse en serio la solución de un problema. Muchas cuestiones que perfectamente se pueden solucionar con otro mecanismo de intervención en conflictos si esos mecanismos son solucionados o perfeccionados, se las hace ingresar al sistema penal para evitar tener que afrontar la tarea de crear o perfeccionar esos mecanismos. Hoy, en consecuencia, una de las formas de mantener al sistema penal en un estado de ineficacia es, justamente, la inflación penal. Para muchos sectores políticos es, por otra parte, una forma sencilla de demagogia política; reemplaza la responsabilidad y capacidad de buscar solucionar con el golpe airado sobre la mesa que promete castigar y encarcelar a todo el mundo, aunque a los pocos meses uno pueda demostrar que nada de eso ha ocurrido y ni siquiera se han tomado las medidas más elementales para poner en marcha el programa punitivo”, *cfr.* BINDER, “Tensiones político-criminales...”, *op. cit.*, p. 29.

37. Conviene detenerse en un posible contra-argumento más. Llegado este punto, alguien podría pensar: “si esta legislación es meramente ‘simbólica’ o ‘demagógica’, y muchas veces no llega a ser aplicada, ¿no estaremos siendo un poco exagerados al advertir sobre sus potenciales riesgos?” A ello, como dice PRITTWITZ, cabe responder que habilitar el uso del poder punitivo, independientemente de su efectiva aplicación, siempre entraña determinados riesgos, ya que “se trataría de una espada desafilada, pero espada al fin”, *cfr.* PRITTWITZ, C., “El derecho penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Última ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal”, en AA.VV. *La insostenible situación del derecho penal actual*, Granda, Comares, 2000, pp. 427-446. Adicionalmente, dicha posibilidad no debería hacer que mantengamos una postura pasiva: “al respecto se puede decir, además de formularse una evidente objeción contra el improvisar instrumentos sociales sin sentido, que el jurista penal trabaja para evitar la arbitrariedad justamente del chivo emisario, para impedir, si se quiere, que el propio autor citado sea un día chivo emisario de una arbitrariedad, que entonces sí, seguramente, le parecerá preocupante. No debería uno esperar a que eso suceda para dar la voz de alarma, aunque uno no esté entre los candidatos de siempre a ser chivo expiatorio del derecho penal”, *cfr.* PASTOR, *Recodificación...*, p. 52, cit. 142.

V. CONCLUSIONES

A modo de síntesis, puede resultar útil repasar las premisas que se defendieron a lo largo del desarrollo del texto:

I. A la hora de justificar el valor de una determinada decisión o norma jurídica, no basta con recurrir al mismo derecho positivo o a argumentos de autoridad, tales como la invocación de precedentes judiciales.

II. Uno de los caminos a emplear para superar lo anterior, es analizar las consecuencias concretas que determinadas soluciones y normas jurídicas pretenden generar, así como también las consecuencias indeseables que las mismas pretenden evitar.

III. Al hablar de las normas que consagran las garantías penales, además de considerar los factores éticos e históricos que aconsejan que el Estado las respete, su importancia queda a la vista cuando conocemos cuáles son las consecuencias indeseables que las mismas pretenden evitar.

IV. Estas consecuencias son, concretamente, la posibilidad de que el poder punitivo quede librado a una aplicación arbitraria y abusiva, así como también la posibilidad de que se vean afectados individuos inocentes.

V. Al hacer un cálculo de costo-beneficio entre el respeto de las garantías y la necesidad de “evitar la impunidad” o “garantizar los derechos de las personas que puedan verse afectadas si un culpable no es sancionado”, el resultado debería inclinarse por la necesidad de respetar las garantías. En primer lugar, porque es difícil –o hasta imposible– incluir en este tipo de cálculos valores como la libertad de las personas. En segundo lugar, porque la afectación que pueda sufrir un inocente, en términos valorativos, es más grave que las demás posibles consecuencias.

VI. Las propuestas consistentes en reducir determinadas garantías penales para poder perseguir de manera más eficaz determinados delitos, también deberían ser rechazadas. En primer lugar, porque las mismas siempre tienden a expandirse hacia áreas distintas de aquellas para las que primariamente fueron previstas. En segundo, porque no han demostrado ser eficientes en el objetivo que se proponen, y eso torna aún más desalentadora la posibilidad de otorgarles un “permiso” para contar con la posibilidad de cometer errores en aras de lograr un “bien mayor” –algo que, como se señaló en la argumentación de la premisa anterior, también debería ser rechazado independientemente de sus resultados–.

Como es posible advertir, la noción de “riesgos” y “errores” estuvo presente a lo largo de toda la argumentación. La brutalidad que puede ejercer el poder punitivo cuando se encuentra sin límites –o, a veces, aún dentro de ellos mismos–, aconseja proceder con prudencia cada vez que consideramos su uso para intentar solucionar conflictos, más aún cuando se demuestra que a veces no es tan efectivo en esa tarea. Ello debería ser un motivo de alarma para que, en lugar de reclamar su aplicación librada de ciertos límites, empecemos a considerar otras posibilidades y estrategias que pueden ser más eficaces para la prevención del delito.

Estas líneas pretendieron poner de manifiesto la cuestión y realizar algunos aportes a un debate de larga data y que dista de encontrarse cerrado, más aún si tenemos en cuenta que cada día parecemos optar más por el camino opuesto al que aconsejo en el párrafo anterior. Tal como alguna vez se dijo, “la batalla en defensa del garantismo es, siempre, a pesar de las solemnes declaraciones de principio no siempre confrontadas por los hechos, una batalla de minorías. Precisamente por ello, tanto más difícil, y que ha de librarse con armas templadas y afiladas”.³⁸ Poner a prueba las razones que existen para defender sus postulados es, seguramente, uno de los medios más adecuados para reforzarlos. Frente a posturas que pretenden reducir su importancia, o directamente negarla, creo que lo correcto, en lugar de considerarlas “indignas” o no merecedoras de debate, o de refugiarnos en abstracciones conceptuales propias de una torre de marfil, es tomar la oportunidad como un momento más para demostrar su necesidad y su valor. Confío en que lo aquí dicho pueda ayudar a superar esos embates.

BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO, Enrique, *Técnica de resolución de casos penales*, 2da. ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2008.

BENGOETXEA, Joxerramon, “Una defensa del consecuencialismo en el derecho”, en *Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas Τέλος*, nro. II/2, 1993, pp. 31-68.

BINDER, Alberto M., “Tensiones político-criminales en el proceso penal”,

38. Cfr: BOBBIO, N., en el prólogo a FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 15.

- en PERFECTO IBAÑEZ, A. (dir.), *Revista Jueces para la Democracia*, nro. 60, Madrid, 2007, pp. 21-35.
- , *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999.
- BOHLANDER, Michael, “Volver a Radbruch. La necesidad de retomar de raíz el diálogo entre *common law* y derecho continental, en atención al ejemplo de la justicia penal internacional”, en *InDret: Revista para el análisis del derecho*, nro. 2, 2012, Barcelona.
- BONIRINO RAMÍREZ, Pablo R., “Sobre el uso de la literatura en la enseñanza del derecho”, en *REJIE: Revista jurídica de investigación e innovación educativa*, nro. 4, Málaga, 2011, pp. 73-90.
- CIDH, “Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas”, 2011, disponible en [<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>]
- , *Informe No. 176/10, casos Segundo Aniceto Norin Catriman, y otros v. Chile (fondo)*, del 5 de noviembre de 2010, párr.146.
- Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros v. Panamá (Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia de 2 de febrero de 2001
- , *Caso del Tribunal Constitucional v. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia de 31 de enero de 2001.
- CSJN, *Bazterrica, Gustavo M.*, Fallos 308:1392, voto del Dr. PETRACCHI.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta, 1993.
- EPPS, Daniel, “The consequences of error in criminal justice”, en *Harvard Law Review*, nro. 4, vol. 128, 2015, pp. 1065-1151.
- FERRAJOLI, Luigi., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.
- GARGARELLA, Roberto, *Justicia penal internacional y violaciones masivas de derechos humanos* consultado en [http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/1_trabajo_coloquio_gargarella.pdf] el 27/3/15.
- HASSEMER, Winfried, “Límites del estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada”, trabajo presentado en la reunión “*Organisierte Kriminalität in einem Europa offener Grenzen*” de la *Europäische Rechtsakademie* de Trier, los días 1 y 2 de diciembre de 1994. Traducción del alemán de Alfredo CHIRINO SÁNCHEZ, Prof. de Dcho. Penal de la Universidad de Costa Rica. Consultado en [http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/030509/dp-limites_estadoderecho.doc] el 01/04/15.
- JAKOBS, Günther, y CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Thomson Civitas, 2003.

- LARSEN, Pablo, *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada con jurisprudencia de la Corte IDH de 1988 a 2014*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015 (en prensa).
- MAIER, Julio, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996.
- NINO, Carlos S., *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, 1º ed., Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2014.
- , *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- PASTOR, D. R., “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, en *Separata de Nueva Doctrina Penal*, 2005/A, pp. 73-114.
- , *Recodificación penal y principio de reserva de código*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, pp. 22-82.
- PRITTWITZ, Cornelius, “El derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Última ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal”, en AA.VV, *La insostenible situación del derecho penal actual*, Granda, Comares, 2000, pp. 427-446.
- ROXIN, Claus, “La protección de la persona en el derecho procesal penal alemán”, en *Revista penal*, nro. 6, 2000, pp. 115-126.
- , *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.
- SANCINETTI, Marcelo, “Testimonio único y principio de la duda”, en *InDret: Revista para el análisis del derecho*, nro. 3, año 2013, Barcelona, pp. 3-6.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., “Una crítica a las doctrinas penales de la lucha contra la impunidad”, en *REJ – Revista de estudios de la justicia*, nro. 11, año 2009, Chile, pp. 35-56
- , “Eficiencia y derecho penal”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 49, fasc/mes 1, España, 1996, pp. 93-127.
- , *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 2da ed., Montevideo – Buenos Aires, Editorial BdeF, 2012.
- , *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2da ed., Madrid, Ed. Civitas, 2001.
- THURY CORNEJO, Valentín, “El cine, ¿nos aporta algo diferente para la enseñanza del derecho?”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del derecho*, nro. 14, Buenos Aires, 2009, pp. 59-81.
- VON SCHIRACH, Ferdinand, *Culpa*, Buenos Aires, Salamandra, 2012.

WILKINSON, John H., “In defense of American criminal justice“, en *Vanderbilt Law Review*, vol. 67, 2014, pp. 1099-1172.

ZAFFARONI, Raúl E., *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2012.