

# LAS INJUSTICIAS QUE (TODAVÍA) NO VEMOS

---

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI<sup>1</sup>

GUIDO LEONARDO CROXATTO<sup>2</sup>

Universidad de Buenos Aires - Argentina

La defensa férrea del debido proceso, central en cualquier estado constitucional, parece hoy la última “trinchera” que le queda o nos queda a quienes defienden (o defendemos) la doctrina constitucional con su plexo básico de derechos y garantías. En cualquier república seria, la defensa de las garantías (sociales, humanas, laborales, económicas, no solo procesales) representa una obviedad. En Argentina, no. La misma es o representa una veleidad de “garantistas”. La constitución de Alberdi es garantista, porque el garantismo era y es una filosofía liberal, igualitaria. La defensa obvia del debido proceso (con sus derechos básicos, como la defensa en juicio, la igualdad ante la ley, la presunción de inocencia, no extorsión de “arrepentidos”, no presos “preventivos” en cárceles “alambradas” y degradantes) no es sin embargo, a fuer de esencial en cualquier república seria, la primera ni la más central de las ideas del “garantismo”, aunque hoy parezca, precisamente por los discursos que lo arrinconan (y arrinconan a todos los abogados de derechos humanos que lo enarbolan) reducido a ello. El garantismo es mucho más que la sola defensa del debido proceso, aunque hoy no lo parezca.

---

<sup>1</sup> Juez de la Corte Interamericana de DD. HH. (CIDH).

<sup>2</sup> Abogado. Director Nacional de la ECAE.

El garantismo como doctrina constitucional defiende o tiene como metodología jurídica propia el positivismo estricto, esto es: el apego a las normas, el estricto apego al principio de legalidad. Por eso es un error (hoy naturalizado) asociar el juez “garantista” a un juez “politizado”, cuando es exactamente al revés. En la medida en que se atiende a la defensa estricta del derecho positivo (principio de legalidad), con sus garantías escritas, el juez “garantista” es el juez más independiente, el menos “politizado” de todos en su tarea. Aunque se suele predicar la imagen exactamente contraria (mostrando al juez que aplica las normas positivas, como un “garantista extremo”, y al juez que las desoye, incumpliendo su mandato, bajo cualquier pretexto, de juez “bueno”, no “garantista”). Esto no es casual. Los jueces que hacen bien su trabajo (apego estricto a la legalidad positiva, a la constitución con sus garantías “garantistas”, la misión de todo juez es defender la constitución) se lo vitupera, y a los jueces que con cualquier argumento (por eso están tan de moda, en la estela de Robert Alexy, un no positivista, los cursos de “argumentación”), se distancian de la constitución con sus normas estrictas, se lo pondera como “republicano”, no como una forma obvia, aunque solapada, de “politización” de su labor. Esta inversión no es un accidente. Pero no favorece la construcción de una justicia independiente ni republicana. Una Justicia capaz de defender las “garantías” sociales, laborales, educativas, humanas en sentido pleno, y de hacerlo sin miedo. Hoy defender cualquier garantía, por mínima que fuera, expone al juez que lo haga a ser denostado por ser un “garantista”. Obliga a muchos magistrados a bajar la cabeza.

Pero esto no es casual. Y se debe a que en realidad el anti garantismo (que viene de tiempos no democráticos) ha avanzado mucho en el ideario colectivo, asociando la idea de derechos humanos de “delinquentes”, a perversión “anti republicana”, como si en rigor lo “justo” fuera privar de derechos “humanos” a los delinquentes”. (Vidas sin valor vital, grasa que “sobra”, diría Binding). Pero esto (este anti “garantismo”) no es lo que indica nuestra Constitución. Sin embargo, hemos llegado a este punto luego de un largo camino de recorte de derechos. El garantismo es mucho más que una acotada filosofía sobre el debido proceso. Pero todo lo otro que el garantismo es o era (una filosofía constitucional, una teoría igualitaria, un proyecto que supone un Estado constitucional a través de garantías sociales, laborales,

educativas, alimetarias, “garantismo” en sentido social pleno, justicia social, termino de exclusión, de hambre, de precariedad, de gente viviendo en la calle) ha sido “recortado” ya por el discurso económico, que muestra a todas estas garantías como un exceso... “ineficiente”. Como un “costo” social. El “costo” laboral, por ejemplo, es el “costo” de las garantías sociales... de los derechos de los trabajadores... Esto que Ronald Coase llamó “el problema del costo social”, que dio inicio a toda una corriente de pensamiento jurídico “eficiente” hoy muy de moda en las aulas de derecho (Law and Economics), no es sino el “costo” de las garantías de los trabajadores, además de querer recortar también el “costo” de las “garantías” de los “delincuentes”. Así llegamos a las cárceles hacinadas y degradantes (incapaces de toda “resocialización”) que hoy tenemos.

Sorprende incluso que en pleno siglo XXI nuestra constitución (que habla de cárceles sanas y limpias...) siga hablando de “reos”. Son personas. En el siglo XXI la constitución argentina no puede seguir empleando esa palabra. Ese concepto. Son personas (no “reos” como los presos encadenados que cortaban árboles en el sur, los tocones cubiertos de nieve en Usuahia) con derechos, como todo ciudadano. No hay “menos” derechos para quienes delinquen. Y sobre todo para quienes delinquen desde la vulneración previa y constante de una larga lista de derechos y garantías “costosos”. Nuestras cárceles están mayormente ocupadas por pobres. Esto nos indica algo. Algo importante, que no queremos nombrar. Como son espacios para los pobres, es que precisamente se encuentran en estado de inhumanidad, degradación, y olvido. Es una hipocresía seguir hablando de “resocialización” en cárceles así. (Cierta periodismo ha llegado a hablar de “muertes ecológicas”, muertes que le harían “bien” al “ecosistema” luego de trágicos -pero no por eso accidentales- motines, como el dramático motín de Altamira en Brasil, Carandirú no es un “accidente”, es algo más que una “tragedia”, es una forma poco discreta de amontonar y abandonar -neutralizar, y dejar morir- personas, para que se “pudran”, como se escucha muchas veces, en la cárcel). Para colmo la mitad de los encerrados están presos violando la constitución, sin condena, esperando el juicio. En prisión “preventiva”. Es tan grave lo que sucede, que resulta sorprendente que cualquiera que alce la voz para decirlo, en seguida se lo acuse de “garantista”. “Garantista” por decir una obviedad. También parece

curioso que en países como el nuestro, o países hermanos, lacerados por el hambre y la desigualdad, con millones de chicos revolviendo la basura para vivir, se diga que en estos países el problema en realidad son las “garantías” “excesivas”, el “exceso” de “derechos humanos”, el exceso de “garantismo”. Es exactamente al revés: el problema grave, serio, que tenemos, es la absoluta falta de derechos. La absoluta falta de “garantías”.

El anti-garantismo ha avanzado tanto en los medios -no solo argentinos- de comunicación, (se normaliza como nuevo sentido común, aun cuando es inconstitucional, por eso los jueces no garantistas -que se pretenden independientes- son, a su vez, “no positivistas”) que el garantismo parece arrinconado hoy en una discusión de “forma”: la defensa del debido proceso. Es -o parece- la última bandera. El último resquicio que queda en un mundo (el mundo donde el “garantismo” -y no el hambre- es un “problema”, donde las garantías -y no los chicos que revuelven la basura para vivir- son un “problema” o un “exceso”, y no los miles de seres desahuciados que se ahogan cada año en el océano buscando una vida menos cruenta), que detiene y persigue activistas que dejan agua en un desierto o una frazada como si fueran, por ese acto básico, peligrosos criminales... Sin embargo, es menester devolver al garantismo, como hemos dicho, a la discusión grande, a la discusión de fondo, sobre la importancia de defender todas las garantías, no solo las procesales, obvias y básicas (en cualquier república sería), sino también las garantías sociales, educativas, alimentarias, laborales, humanas en sentido pleno. El garantismo no es solo una acotada filosofía procesal, como parece hoy muchas veces (en parte debido a que el anti garantismo ha avanzado mucho, se han avasallado tantos derechos, que al garantismo le queda solo ese último y acotado margen: el debido proceso, porque es lo último que queda en pie frente al auge del derecho penal del enemigo, que es un derecho pre liberal de autor, y no de acto, donde las personas son encerradas, acusadas y perseguidas por lo que “son”, y no por lo que hacen, y lo que son o representan en la sociedad no lo deciden ya los jueces en un proceso con garantías legales, de allí la importancia de defender, ante este retroceso institucional severo, el debido proceso, como última trincherita de “justicia” y de garantías constitucionales, como último resquicio del Estado de Derecho moderno, sin que por defender esta verdad

de perogrullo, este ABC, uno se convierta en un “garantista”). Es una teoría igualitaria del Estado y un proyecto (o segunda ola) constitucional. El garantismo es mucho más que un enfoque sobre las garantías procesales. Es un proyecto constitucional igualitario, que trasciende –y por mucho– la mirada penal. Por eso desconfía de la respuesta punitiva. Porque entiende que no hay respuestas punitivas para severos conflictos sociales. La exclusión y el subdesarrollo no se solucionan recortando garantías.

Es menester, en definitiva, sacar al “garantismo” de la acotada discusión procesal donde el anti garantismo (que es una rémora del Proceso) parece haberlo (o habernos) arrinconado.