

EL GARANTISMO FRENTE AL IMPUTADO Y LA VICTIMA

Por Mariano H. Gutiérrez

Garantismo penal, es, estrictamente hablando, aplicar las garantías constitucionales en cualquier juicio y para todo perseguido o potencialmente perseguido en el sistema penal. Estas garantías son:

- 1) No se puede penar a una persona por lo que *es*, por su categoría moral o por cualquier condición propia. Sólo se puede penar por un *hecho*.
- 2) No se puede penar un hecho que no dañe a un tercero.
- 3) No se puede penar por un resultado que no fue querido o que no pudo ser previsto o evitado por el sujeto. Sólo se puede penar al sujeto que cometió el hecho.
- 4) No se puede penar por un hecho que no esté tipificado como delito en la ley. Y de esto se deriva: No se puede hacer interpretación “extensiva” de una ley que penaliza. No se puede hacer analogías de situaciones para penar, si el hecho no está previsto en la ley penal. No se puede aplicar una ley penal de forma retroactiva, es decir para un hecho anterior a que estuviera la ley vigente que lo penaliza. Y de todas estas se deriva:
 - 5) Hasta que una sentencia válida, luego de un juicio justo y legítimo, lo declare, no se puede considerar a nadie culpable.
 - 6) Para que el proceso de juicio de una persona sea justo, debe haber sido un proceso con igualdad de armas entre acusación y defensa, deben haber tenido las partes derecho a ser oídas, a presentar prueba y a que la decisión judicial tome en cuenta esas intervenciones y resuelva de forma racional.
 - 7) Mientras nadie sea declarado culpable, tiene derecho a gozar de libertad.
 - 8) La pena sólo se puede aplicar al culpable, y sólo puede ser la pena prevista en la ley. Si la pena es de privación de libertad (prisión), no pueden afectarse otros derechos que no estén relacionados con la libertad, ni puede perjudicarse o afectarse derechos de otras personas (como, por ejemplo, los familiares del condenado).
 - 9) Cuando no se tenga certeza de que el sujeto ha cometido el hecho imputado para condenarlo, debe absolversele: la duda favorece al acusado.
 - 10) la pena es la respuesta legal más fuerte posible, por lo tanto si se puede resolver el conflicto o evitar la victimización con otras medidas efectivas, deben preferirse éstas, y sólo aplicar la respuesta penal cuando no existan esas otras posibilidades.

Estos son principios constitucionales, y por tanto, es obvio, no son nuevos, sino que tienen más de 250 años, surgen con fuerza definitiva en la ilustración, aunque tienen raíces arcaicas, y están relacionados con todo el orden republicano moderno. La base es el axioma liberal de que las habilitaciones del estado contra un particular deben estar estrictamente reguladas, porque si no, tiende a abusar de su poder, a atropellar las garantías individuales, que, es la otra forma de decir los *derechos humanos*. Es decir, cuando se habla de derechos humanos individuales en la cuestión penal se habla de garantías penales.

Aunque estas garantías así enumeradas parezcan obvias, todo el tiempo, todos los días y en casi todos los casos, son violentadas en los procesos penales, en la ejecución de la pena, en el uso de la fuerza, etc. Por ejemplo, el principio que dice que nadie puede ser penado por un hecho que no dañe a un tercero, se viola cuando la policía detiene a alguien porque tiene un porro en un bolsillo y lo encarcela y lo somete a un proceso penal. El principio de paridad de armas en el proceso se viola porque el fiscal determina cual es la prueba y la defensa no puede y no tiene la capacidad de presentar su propia prueba. El principio de que sólo se puede penar por la figura legal que así lo prevé se viola cuando se pretende que a alguien se condene por una figura distinta para que se le aplique más pena, cuando no es esa figura la que corresponde según la ley sino otra (caso Agrest).

Garantista es, en materia penal, entonces, quien reclama que estas garantías deban ser aplicadas estrictamente.

Pero, desde los años 70 hasta la fecha además, el garantismo se ha nutrido de otras críticas y lecturas del sistema penal, que han demostrado: 1) que se castiga desigualmente: más a los vulnerables y menos a los poderosos (o directamente a los primeros por cualquier cosa, a los segundos nunca); 2) Que el poder de persecución y encarcelamiento del estado funciona siempre en contra de las garantías, trata de esquivarlas o de deshacerse de ellas (por ejemplo, la policía reclama tener el poder de detener por criterio propio, sin orden judicial); 3) Que en muchos sistemas procesales, ni la víctima ni el imputado tienen ni voz propia ni poder de decisión, están sometidos a los que el Juez haga de ellas, y eso a veces impide que se llegue a algún resultado que a ambas les sería más conveniente que la pena de prisión; 4) Que siempre que como efecto de un conflicto intervenga el sistema penal, este introduce más violencia y lo hace más irresoluble, empeorando la situación y agregando más daño (el ejemplo más claro es que la cárcel, en lugar de resocializar, desocializa, es decir que quien pasa por la cárcel sale más resentido, más violentado, y más violento, que lo que era antes de pasar por ella); 5) Que ni aumentar las penas, ni castigar más han reducido de ninguna forma el delito (la tasa de encarcelamiento de nuestro país y de casi todos los países occidentales ha venido aumentando exponencialmente en los últimos veinte años, y eso no ha frenado el aumento del delito), y, al contrario, dispersa el foco de atención y los recursos que podrían destinarse a políticas de verdadera prevención.

Los garantistas que retoman estas críticas, son además minimalistas o reduccionistas, porque luchan por reducir el ámbito de aplicación y la violencia en la respuesta penal. Estas críticas, que toman tanto los abolicionistas como los garantistas actuales, hacen que en el discurso mediático una y otra escuela se confundan. Pero son muy distintas y hasta opuestas en sus soluciones. Los

abolicionistas dicen que para salir de esto hay que pensar en otras formas de resolver los conflictos, poniendo en primera lugar a la víctima y a la comunidad, y buscando una salida reconstructiva, no violenta (por que siempre la salida violenta, aunque sea por la vía del sistema penal, es destructiva). Los garantistas están a favor de esto en muchos casos, pero también creen que eso o es imposible en algunos casos y que en otros es inconveniente, porque deja librada a las partes la respuesta, y eso, en ocasiones, puede ser peor. Y creen que el verdadero camino es luchar cada vez más para que haya una respuesta estatal, incluso una respuesta punitiva, pero garantizada en su racionalidad, necesidad y medida, por todas las garantías que antes hablamos. O sea, que el abolicionismo quiere desformalizar y desprofesionalizar la respuesta, en cambio el garantismo dice que hay que ser más estrictos y más profesionales en la observancia de las formas y las garantías.

Las víctimas:

Son justamente, los garantistas y los abolicionistas, no los punitivistas ni los represores o conservadores, los que desde los años setenta en adelante vienen insistiendo que hay que darle voz y decisión a las víctimas. Tradicionalmente en el sistema penal, el juez “expropia” el conflicto de la víctima, y como debe “averiguar la verdad” somete a víctima y a imputado a ser meros objetos de su sistema de averiguación de la verdad. Por ejemplo: un niño o una mujer víctima de violación debe declarar ante la policía una vez, luego ante el juez o psicólogo, luego en el juicio oral... esto se ha hecho así siempre. Son los garantistas los que ponen el grito en el cielo y pretenden que una sola intervención, si está bien hecha, sea suficiente. ¿Por qué? Porque cada intervención, sobre todo si no está muy bien hecha, es una re-victimización, es volverle a hacer pasar por el trance, es introducir más violencia, y sin ninguna utilidad, puesto que luego se hará nuevamente. Los abolicionistas insisten, por ejemplo, que lo que hay que tener en mente en la respuesta es ver cómo el estado y la comunidad pueden reconstituir a la víctima, cuales son sus intereses y como pueden verse satisfechos (por ejemplo, sobre todo en hechos leves, a lo mejor un pedido de perdón y una indemnización simbólica sirven mucho mas a la victima de un robo que mandar al culpable cinco años preso).

Por otro lado, nuevamente, la verdadera preocupación por las víctimas debería llevarnos a poner el foco en la prevención antes de que el delito se cometa, para que no haya víctima, más que en la pena, que es una reacción posterior y que, tal como está ahora, como dijimos no tiene que ver con la víctima, sino con el estado respondiendo a la violación de una de sus leyes.

La víctima, el cuidado de la víctima, la atención a qué es lo que pretende del conflicto y cómo puede terminar lo mejor parada y reconstituida posible nunca fue un tema en la agenda conservadora. Sólo se usa hoy para atacar al garantismo en el caso de hechos graves. Pero el sistema penal tal como ha funcionado tradicionalmente ni le importan ni le da voz propia a la víctima en el proceso. Es decir que el garantismo reclama observancia de las garantías (derechos humanos) tanto para el imputado para la víctima; pero esto no supone darle rienda suelta para aplicar la pena que quiera, más bien supone que el estado debe escucharla y tener como prioridad los otros mecanismos de reconstitución de la víctima, más allá de la pena.

Luigi Ferrajoli, el máximo exponente del garantismo a nivel mundial, resume así la filosofía del garantismo penal: las garantías siempre deben estar para proteger al más débil. En el delito, el más débil es la víctima, por lo tanto el sistema penal debería estar allí para prevenirlo, para evitarlo y, si no puede, para reducir sus potenciales efectos destructivos. En el proceso penal y en la ejecución de la pena, el más débil es el imputado y el condenado, por lo tanto el sistema penal de garantías debe estar allí para evitar las injusticias, las violencias ilegítimas, el abuso de la pena o del poder punitivo del estado o de los particulares.