

El juez y la *Constitución* vrs. la Ley contra el Crimen Organizado

Francisco Eliseo Ortiz Ruiz

El poder del juez en el Estado de Derecho

Uno de los principales parámetros para saber si el país se encamina hacia un Estado de Derecho es el funcionamiento de la administración de justicia. Este funcionamiento está determinado en gran medida por la actuación de los jueces, mejor dicho, por el ejercicio que estos hagan del poder que ha sido investidos por la *Constitución* y que consiste en el deber-atribución de impartir justicia y, al mismo tiempo, tutelar el respeto a los valores, principios, derechos y garantías de las partes procesales consagrados también por aquella y que persiguen preservar su

dignidad como personas. El ejercicio de este poder jurisdiccional es algo novedoso dentro de la vida institucional salvadoreña y constituye, aun siendo limitado y poco comprendido, uno de los avances democráticos propiciado por las reformas jurídico-políticas negociadas para poner fin a la guerra civil y formalizadas por los *Acuerdos de Paz* de 1992.

Las siguientes reflexiones se relacionan con tal poder y la reacción que enfrenta de los sectores conservadores nostálgicos de dictadura empecinados en reciclar al juez en su papel anterior de servidor incondicional del gobierno de turno y convertirlo en un operador legal de una estrategia autoritaria cuyo objetivo no

explícito es centralizar en manos del órgano ejecutivo —supuestamente investido de una legitimidad electoral que lo hace depositario *per se* del interés general— las funciones administrativas, legislativas y judiciales, con la justificación de una pretendida eficiencia sistémica para el logro de objetivos nacionales presentados de manera abstracta. Dentro de esta estrategia se enmarca, entre otras medidas, la aprobación de la *Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja* que —so pretexto de contar con instrumentos idóneos para combatir la delincuencia— persigue montar un servicio de justicia penal adecuado a los intereses del gran poder económico y político.

Este tipo de medidas va dirigido a los jueces de la república, de manera particular a los competentes en materia penal, precisamente porque en definitiva dependerá de ese poder la justa aplicación o no de leyes como la mencionada. Nuestro propósito es ofrecer algunas ideas que les ayuden a confrontarla con principios como la igualdad ante la justicia y la independencia judicial para poder pronunciar con solvencia jurídica un juicio de constitucionalidad sobre la misma y así asumir con responsabilidad y valentía el papel

de garante de la conformidad de las actuaciones del poder público con la ley primaria.

El Estado de Derecho y el combate a la delincuencia

Hay varias caracterizaciones del Estado de Derecho; una que viene al caso es la que lo define como aquel en el cual al peor delincuente se le trata como persona, es decir, que se persigue, juzga y castiga con estricto respeto a su dignidad humana. No cabe duda de que un Estado de Derecho no puede subsistir si no combate la delincuencia haciendo uso, incluso, de la coacción; pero conservar y restablecer la paz pública no es solo una necesidad sino también una responsabilidad insoslayable del Estado cuyo cumplimiento constituye un verdadero desafío institucional dados los niveles de complejidad de la delincuencia actual, especialmente en su modalidad de crimen organizado, lo cual vuelve más difícil mantener ese frágil pero esencial equilibrio entre el principio de legalidad y la persecución del delito.

Ahora bien, el uso de la fuerza debe estar revestido de legitimidad, por lo tanto, esa responsabilidad debe ser cumplida no de cualquier

forma, sino respetando ciertas pautas que conforman lo que se conoce como «debido proceso» y que constituye el cauce dentro del cual debe ejercerse el *jus puniendi*; tales pautas son ciertas formalidades que buscan preservar principios y garantías mínimas que deben ser aseguradas constitucionalmente a todo imputado y cuya observancia es la que le da legitimidad a una eventual afectación de la libertad ambulatoria y otros derechos subjetivos del individuo objeto de la persecución penal.

Estas formalidades son de tipo penal sustantivo y procesal; las primeras son denominadas por la ley como «garantías penales mínimas» y entre ellas se encuentran los principios de legalidad, de dignidad humana, de lesividad del bien jurídico, de responsabilidad y de necesidad; las segundas son llamadas por la normatividad secundaria como «principios básicos y garantías constitucionales» y bajo este título se enlistan el juicio previo, el principio de legalidad del proceso, la imparcialidad e independencia de los jueces, la presunción de inocencia, el *indubio pro reo*, la prohibición a una persecución penal múltiple y el derecho de

defensa, entre otras.

Todo ese conjunto de formalidades que el Estado debe respetar para limitar la libertad individual deviene de una premisa básica del derecho sancionatorio democrático: considerar al imputado como un sujeto procesal titular de derechos y obligaciones, por lo que se le debe tratar como persona, es decir, como un individuo libre y racional, responsable de los actos que consciente y voluntariamente ha decidido ejecutar.

Esta concepción se conoce como «derecho penal de acto», contrapuesta a otra que se llama «derecho penal de actor», que pone el acento de la persecución penal en las condiciones, las características y los antecedentes del supuesto infractor; una variante de esta visión es la que el jurista alemán Gunther Jakobs llama «derecho penal del enemigo», propio de los regímenes totalitarios, que se caracteriza por castigar la intencionalidad del sujeto, a partir de una presunción de culpabilidad, que tiene como centro de la tutela estatal el orden y la seguridad pública y que tiende a sancionar a los individuos más por su actitud que por el efecto dañoso de sus actos.

El papel del juez en el combate a la delincuencia

El combate a la delincuencia es una misión complicada y compartida, porque involucra tareas preventivas, disuasivas, investigativas, de juzgamiento, punición y rehabilitación, por lo que requiere la intervención de distintas instituciones como la Policía, la Fiscalía, la defensoría pública, los tribunales y los centros penales, entre otras; de ahí que los buenos resultados dependan, en gran medida, de la adecuada articulación funcional que se logre entre estos entes, la cual exige una acción coordinada entre ellos, pero manteniendo cada cual su especificidad y la responsabilidad que le corresponde en las distintas etapas del desarrollo de la administración de justicia.

A los tribunales les corresponde juzgar al imputado y decidir la sentencia a dictar con base en la prueba aportada por las partes, principalmente por la Fiscalía con el auxilio de la Policía y de organismos técnicos como el Instituto de Medicina Legal y el Laboratorio de Investigación Científica del Delito. El sistema penitenciario, bajo el control de los jueces de la materia, es el encargado de ejecutar las penas impuestas y procurar la resocialización del reo.

Delimitar el rol del juez en el proceso penal es elemental para ubicar su responsabilidad en relación a la de los otros sujetos participantes, en el entendido de que, al final, los resultados estarán determinados por la calidad del esfuerzo conjunto que se logre a partir del cumplimiento que cada uno haga de su función. La mejor forma de entenderlo es ver al juez como un árbitro, es decir, un tercero encargado de dirimir los conflictos entre las partes, para lo cual requiere conocimientos sobre la materia, apego a las normas aplicables e independencia e imparcialidad frente a la víctima y al imputado (representados por el ente acusador y la defensa técnica), y también frente a otros factores extraproceso (institucionales, económicos, políticos, mediáticos, etc.)

Realmente el juez, en un solo movimiento, cumple una doble función: por un lado decidir — en el caso de la materia penal— sobre la culpabilidad del acusado y, en su caso, imponer la pena que legalmente corresponde; y por otro lado, asegurar que la sentencia haya sido pronunciada conforme el procedimiento previsto por la ley a fin de que sea apegada a la justicia, es decir, que responda a la verdad real de los hechos imputados y a la responsabilidad atribuida en

la comisión de los mismos, para lo cual esa verdad debe haberse construido contradictoriamente entre las partes y con las formalidades que le hayan garantizado al imputado las posibilidades concretas, necesarias y suficientes para la defensa de su derecho a la libertad individual.

Ese resguardo a las garantías del imputado se da en tres formas dentro del proceso: una, vigilando su cumplimiento; dos, restaurando su vigencia, en caso de haber sido negadas o violadas, y tres, no aplicando al caso concreto las disposiciones legales que desconozcan o atenten contra las normas constitucionales contentivas de esas garantías; esta última se conoce como control difuso de la constitucionalidad y se encuentra establecido en el artículo 185 de la *Constitución* (en adelante *Cn.*). Ese control, en manos de los jueces ordinarios, que se ejerce con efectos limitados al caso específico, es solo una de las manifestaciones del poder jurisdiccional sobre el poder político, el cual constituye la llamada jurisdicción constitucional que comprende el recurso de inconstitucionalidad contemplado en el artículo 183, *Cn.* (conocido como control concentrado y cuyos efectos son generales y obligatorios), el am-

paro y el *habeas corpus* (artículos 11 y 247, *Cn.*).

El sentido de estos recursos es, pues, permitir al órgano judicial controlar la actuación de los otros órganos del Estado (no aplicando la ley o expulsándola del sistema jurídico por ser contraria a la *Constitución* y restableciendo el ejercicio del derecho a la libertad o cualquier otro derecho reconocido por la ley primaria cuando ha sido vulnerado por el poder público).

La legitimidad de esta facultad (de juzgar y controlar la constitucionalidad de las actuaciones del poder político) tiene un origen distinto al de los poderes sujetos a su control, pues no deviene de la voluntad popular, por lo que puede decirse que no es formalmente democrático (los jueces no son electos directamente por los ciudadanos); sin embargo, precisamente para salvaguardar su independencia e imparcialidad (que es un derecho del justiciable) indispensable para cumplir su rol, es que se busca sustraerlo, mediante su carácter no electivo, del juego político partidario y de la influencia de otros factores de poder. Su legitimidad es sustancialmente democrática y deriva directamente de la *Constitución* de la república, o sea, del poder

constituyente y no del constituido; este tipo de legitimidad es una de las condiciones infaltables para que funcione el Estado de Derecho, dado que éste no puede existir sin un órgano judicial independiente que sea el guardián insobornable de los derechos fundamentales de la persona, mayormente en el caso de que sea objeto de una persecución penal. Sin esta legitimidad, al juez le sería más difícil controlar la actuación de los poderes administrativo y legislativo, cuya tendencia a la discrecionalidad y arbitrariedad requiere de un contrapeso capaz de restablecer el necesario balance entre el logro de los objetivos que persiguen los gobernantes al hacer y aplicar las leyes y el respeto de los derechos constitucionales de los gobernados.

La configuración constitucional del derecho a la tutela judicial

El reconocimiento que hace la *Constitución* de los derechos fundamentales y de sus garantías no tendría mayor sentido si no reconociera también el derecho de las personas a ser protegidas en la conservación y defensa de esos derechos y esas garantías (artículo 2, *Cn.*). Este supraderecho adjetivo recibe varias

denominaciones, como «derecho a una tutela judicial efectiva» y «derecho a una pronta y cumplida justicia», que implica como correlativo la obligación del Estado de crear los mecanismos legales e institucionales para operativizarlo y darle eficacia haciendo realidad la necesaria protección para el goce de los derechos sustantivos que salvaguarda (la vida, libertad, seguridad, propiedad, etc.). Esas denominaciones hacen énfasis en el interés de obtener tutela de parte de las víctimas o titulares del derecho real o potencialmente lesionado (sujeto activo); sin embargo, siendo esencialmente el mismo, desde el interés del inculpatado o presunto responsable de la lesión inferida (sujeto pasivo o eventualmente obligado a la pena, reparación o compensación), se le da otros nombres como «debido proceso» y «derecho de audiencia». Estos nombres acentúan las garantías que deben asegurarse cuando existe la amenaza de una limitación coactiva de derechos. Ambas perspectivas suelen ser comprendidas bajo el concepto de garantía a «un proceso constitucionalmente configurado» que, sin mayor duda, se vuelve más exigible cuando se ponen en riesgo valores como la libertad frente al *jus puniendi*, por el desbalance de poder

que normalmente existe entre el Estado y el sujeto-objeto de la persecución penal.

Esa configuración constitucional del proceso penal debe entenderse en dos sentidos: el formal y el sustancial. De acuerdo al primero, la aplicación de la violencia de parte del Estado que puede implicar una limitación a la libertad personal, para ser legítima, debe ser necesaria para responder el daño causado, proporcional a este y excepcional, es decir, ser el último recurso a utilizar. Además, debe cumplir ciertos requisitos, siendo el principal que solo puede hacerse mediante una ley (material y formalmente entendida) que establezca la conducta prohibida, la pena, el procedimiento y el tribunal competente.

Esta, además, debe reunir las características de ser escrita, previa, promulgada, cierta, estricta, plena y perpetua. Todas estas condiciones pueden ser resumidas en el principio de legalidad penal. Según el segundo sentido, la ley debe preservar los valores, principios, derechos y garantías que regulan la aplicación de la coacción estatal. Esto quiere decir que no solo basta que la ley haya sido elaborada mediante el procedimiento previsto por la *Constitución*, sino que también sea respetuosa de la vida, la

libertad, la igualdad y otras exigencias de la dignidad humana.

La igualdad y el derecho a la tutela judicial

El goce del derecho a la justicia para ser efectivo requiere de ciertas condiciones como accesibilidad, prontitud, gratuidad e igualdad. La igualdad es un valor y un principio jurídico constitucional informador de todos los derechos fundamentales y por tal debe entenderse que, frente a presupuestos fácticos que esencialmente sean los mismos, deben producirse las mismas consecuencias formales y reales respecto a todas las personas que se encuadren en esos presupuestos, por lo que, sin excepción alguna, deben ser tratadas por la ley y por quienes la ejecutan de igual manera, a no ser que el presupuesto se modifique y el cambio de tratamiento sea razonable.

En cuanto al derecho a la justicia, la igualdad debe impregnarla en varios momentos: primero, cuando se elabora la ley el legislador no está autorizado a hacer distinciones arbitrarias o discriminar a los destinatarios de la norma jurídica sin una causa razonable; en el caso de la ley penal esto se traduce en que el hecho

prohibido, la pena o consecuencia de la adecuación de la conducta del sujeto a tal hecho, el procedimiento y el tribunal competente para conocer del mismo deben de ser concebidos de manera abstracta y general, sin dedicatorias específicas; segundo, al momento de aplicar la ley, la autoridad administrativa o judicial tampoco debe hacer distinciones no razonables que pongan al administrado o al justiciable en condiciones de desequilibrio frente a otros.

En el campo penal la igualdad significa que, al momento de dictar sentencia, el juez debe resolver sin perjuicios y con estricto apego a la prueba aportada y, en su caso, imponer la pena que legalmente corresponde, manteniendo una línea de continuidad o congruencia con respecto a fallos anteriores dictados en casos con el mismo presupuesto fáctico. La igualdad también debe garantizarse en términos de oportunidades para las partes procesales, en la medida que tanto la acusación como la defensa deben disponer de las mismas posibilidades de ejercer durante el procedimiento todas las facultades previstas por la *Constitución* y las leyes (igualdad de armas).

La igualdad ante la ley (en la ley y en su aplicación) y la igualdad de

derechos son reconocidos por el artículo 3, *Cn.*; el artículo 17 del *Código Penal* (en adelante *Pn.*) contiene el principio de igualdad en la aplicación de la ley penal; la igualdad de las partes en el proceso es recogida por el artículo 14 del *Código Procesal Penal* (en adelante *Pr. Pn.*), y en materia penitenciaria el principio de igualdad está contenido en el artículo 5 de la Ley Penal.

Como ya adelantamos, la aplicación de este principio no siempre significa un trato parejo para todos; existen casos en los cuales —precisamente para ser igualitarios— se deben hacer distinciones en el campo del derecho a la justicia. Esto se conoce como equidad y consiste en el trato desigual que el Estado debe proporcionar a los desiguales para compensar desequilibrios fácticos que pueden tener su origen en razones extrajurídicas (económicas, sociales, etc.).

En materia penal, esta diferenciación razonable puede tener que ver con la materia (drogas, hacienda, etc.) o con el sujeto (menores, etc.), pero en ningún caso la distinción debe significar limitación de derechos del justiciable, sino, por el contrario, puede implicar un trato preferente a su favor en la tutela de

derechos por razones de una política criminal centrada en el valor dignidad humana.

Las garantías de la igualdad ante la justicia

La *Constitución* y la ley prevén una serie de condiciones para que la igualdad ante la justicia se asegure; entre ellas se encuentran el carácter abstracto y general de la norma jurídica sancionatoria, la unidad jurisdiccional; la independencia e imparcialidad judicial y el juez ordinario y predeterminado, entre otras.

El carácter abstracto y general de la norma penal pretende evitar que haya leyes que consagren privilegios para individuos o grupos determinados en atención a sus condiciones económicas, sociales, culturales, políticas o de cualquier otra índole, y constituye un seguro de la igualdad en la norma en materia de derechos y obligaciones de los sujetos procesales. Se opone a la existencia de leyes particulares o fueros privativos de carácter subjetivo.

La unidad jurisdiccional, por su parte y en la misma dirección, busca que las leyes sobre determinada materia —penal para el caso— se encuentren en un solo cuerpo normati-

vo, pues la experiencia ha demostrado que la dispersión legislativa atenta contra la seguridad jurídica y la igualdad ante la justicia; por ello nacen los códigos, no como simples recopilaciones de leyes, sino como una articulación interna que las integra alrededor de los mismos valores y principios y que busca darle certeza al justiciable que, sin discriminación alguna, será juzgado en iguales condiciones y con los mismos derechos que cualquier otro. Esta garantía ha llevado a idear la llamada reserva de código, que consiste en que toda ley sobre la materia penal y procesal penal esté contenida en un solo cuerpo armónico de leyes y que su reforma deba pasar por un proceso legislativo reforzado; con ello se pretende precisamente evitar la proliferación de leyes y tribunales especiales al margen o contrarios a los valores y principios que inspiran y guían la justicia ordinaria o común y cuyo objetivo es, casi siempre, dar un trato desigual no objetivo ni razonable al justiciable.

La independencia judicial —interna y externa, no tanto como un atributo del juez sino como un derecho del justiciable— es otra de las condiciones para que la igualdad ante la justicia sea real y efectiva. Para ello se requiere exigencias le-

gales e institucionales (prerrequisitos de designación, de remoción del cargo, etc.), personales del juez (entereza del ánimo, etc.) y culturales (respeto a la ley de parte de la autoridad y funcionarios públicos y de confianza de parte de la población). Sin independencia judicial, que es presupuesto de la imparcialidad en las actuaciones, no puede haber igualdad, pues un juez sometido al poder institucional, político o económico fallará no según la verdad real construida en el proceso, sino de acuerdo a los intereses que lo determinan, dejando al justiciable en manos de la arbitrariedad y la inseguridad jurídica.

Una de las garantías para que haya independencia del juez y, en consecuencia, impartición igualitaria de la justicia, es que el tribunal sea ordinario y predeterminado, vale decir, que su competencia sea para todos (fuero común) y que sea previo en el tiempo respecto al caso que juzgará; no puede haber jueces *a posteriori* o a propósito de determinados hechos o individuos; no pueden, pues, crearse jueces especiales o *ad hoc*. El juez natural-ordinario, competente y predeterminado es una garantía de la independencia e imparcialidad judicial y, por ende, de una justicia igual para aquellos

que caen dentro del mismo supuesto normativo, sin discriminación alguna. Sin embargo, esta exigencia a una predeterminación temporal del juez competente debe ser complementada con una prohibición a una predeterminación subjetiva; lo que significa que un debido proceso también demanda que el juzgador, además de ser anterior al hecho, no haya sido creado ex profeso para juzgar tales o cuales sujetos según criterios que hagan discriminaciones arbitrarias, (raza, clase social, nacionalidad, supuesta peligrosidad, etc.) y que hagan suponer una culpabilidad *a priori*, a no ser que se trate de distinciones por razones de la especificidad de la materia y que por ello se ameriten modificaciones al proceso común que, en ningún caso, pueden implicar un tratamiento que menoscabe los derechos del indiciado.

La ley contra el crimen organizado y la igualdad ante la justicia

Con base en las consideraciones dichas podemos hacer ya un juicio de constitucionalidad sobre la aludida ley tomando como parámetro de control el principio de igualdad que debe informar la impartición de justi-

cia, en la medida que sea compatible con las garantías del juez ordinario y predeterminado, independiente e imparcial (artículo 3, 15, 172 inciso 3º, Cn.). Tomaremos como objeto de control constitucional (disposición infraconstitucional impugnada) el artículo 1 de la ley, que contiene su objeto, «regular y establecer la competencia de los tribunales especiales y los procedimientos para el juzgamiento de los delitos cometidos bajo la modalidad de crimen organizado o de realización compleja».

La confrontación internormativa que puede dar origen a una declaratoria de inconstitucionalidad de la ley puede plantearse en los siguientes términos:

En primer lugar es claro que se crean explícitamente tribunales y procedimientos especializados o extraordinarios para el juzgamiento de determinados delitos, es decir, para cierto tipo de delincuentes que son aquellos que, según el mismo artículo citado, constituyan «un grupo estructurado de tres o más personas, que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos».

Establecido lo anterior, lo que procede preguntarse es si tal distinción es objetivamente razonable, es decir, si la creación de tribunales

ad hoc para juzgar ese tipo de delitos y delincuentes, fracturando la unicidad de la legislación procesal penal y reduciendo su carácter general como jurisdicción ordinaria, obedece a causas impuestas por la realidad concreta y si el objetivo perseguido no puede obtenerse por otros medios que impliquen menos afectación al derecho a una justicia igual para todos.

Realmente los considerandos de la ley en comento no proporcionan información muy precisa sobre las motivaciones reales que tuvo el legislador para idear un tratamiento excepcional para el caso, pues se limitan a exponer que «en la actualidad los delitos más graves que se cometen revisten las características del crimen organizado o son de realización compleja; en consecuencia, es necesario regular un procedimiento especializado que con mayor celeridad y eficacia sancione tales hechos, así como establecer jueces y tribunales que atiendan con exclusividad este tipo de delitos, a los que se les deben brindar garantías y seguridad para minimizar la posibilidad de algún tipo de presión que ejerzan las estructuras de criminalidad organizada».

De esa definición podemos entresacar que los motivos fueron tres: que el procedimiento penal actual es

lento y por eso no juzga con la celeridad requerida y crea un problema de saturación procesal; que el procedimiento no es eficaz, vale decir, no castiga el delito como debiera ser, sino que culmina con sobreseimientos y absoluciones de individuos que ameritan una condena y un castigo, y que el juez penal ordinario carece de seguridad personal, por lo que está sujeto a riesgos y presiones de parte de las estructuras delincuenciales que los hacen fallar a favor de ellas, por lo que deben crearse jueces exclusivos con condiciones que los protejan de tales amenazas.

Sobre la primera afirmación —que el procedimiento común es lento— habría que decir que la ley no abona mucho a la agilidad procesal, pues su innovación consiste en que se suprime la intervención de los Jueces de Paz y del control que estos ejercen sobre el requerimiento y las diligencias iniciales de investigación en la audiencia inicial —que constituye una garantía de tutela de los derechos del imputado frente a persecuciones penales infundadas o ilegales—. El tiempo que se gana con esta supresión no es muy significativo (tres días con imputado presente y cinco con imputado ausente para decidir si el caso pasa o no a instrucción), artículo 254, *Pr. Pn.* Lo mismo

sucede respecto al plazo para que la Fiscalía presente la acusación u otro dictamen al juez especializado, que será de seis meses prorrogable, artículo 17 de la Ley contra el Crimen Organizado (en adelante LCO), y que es el mismo tiempo que dura normalmente el plazo de instrucción en el procedimiento ordinario y dentro del cual se debe celebrar la audiencia preliminar, artículo 274, *Pr. Pn.* En la ley analizada, presentada la acusación, el juez dispondrá de un plazo de hasta sesenta días hábiles para celebrar tal audiencia, artículo 18, LCO; en cuanto a la vista pública, los plazos siguen siendo los mismos del procedimiento común, artículo 18, inciso último, LCO.

Por otra parte, si el problema fuera la saturación procesal que origina el incumplimiento de plazos y la lentitud en el juzgamiento, lo indicado hubiera sido hacer una revisión de la ubicación y la competencia territorial para redistribuir carga de trabajo o crear nuevos tribunales cuando la demanda lo ameritare.

Sobre la segunda afirmación —de que el procedimiento no es eficaz— habría que aclararle a los autores de la ley que la eficacia procesal no se mide por el número de condenados, sino por su idoneidad para darle cauce a la justicia y dar a cada quien

lo que legalmente le corresponde con base en la verdad real construida con las formalidades exigidas por la *Constitución*. De tal manera que, se trate de crimen organizado o no, la función del juez de lo penal no es castigar, sino resolver el conflicto de intereses que se plantea entre la víctima y el imputado pronunciando un fallo de acuerdo a las pruebas aportadas por las partes, garantizándoles a estas igualdad de oportunidades de acusación y defensa, respetando su dignidad y logrando un equilibrio entre el deber del Estado de sancionar los injustos cometidos (conductas típicas y antijurídicas) y el derecho del inculcado a un debido proceso. Por lo tanto, en un Estado de Derecho no puede la ley plantearse la existencia de jueces que le garanticen *a priori* al ente acusador sentencias de condena, pues tales «jueces» no serían más que instrumentos represivos de la Fiscalía legitimadores de las diligencias de investigación y de fallos anunciados. Lo que la sociedad requiere son jueces responsables de su función de tales y lo único que las partes pueden exigirles es que actúen conforme a derecho y que impartan una pronta y cumplida justicia. Lo único que el Juez debe garantizarles a las partes

es que actuará con independencia e imparcialidad.

Sobre la tercera afirmación —de que existe la necesidad de crear tribunales exclusivos para que atiendan ese tipo de delitos, los cuales deben gozar de medidas de protección que los salvaguarden de los atentados que puedan sufrir de parte de las organizaciones criminales—, es conveniente recordar que es obligación del Estado dar protección a todos los juzgadores que a diario corren riesgo por razón de su cargo. Tal protección no debe ser tratada como un privilegio de cierto tipo de jueces, pues tal discriminación dejaría por fuera a otros operadores judiciales como los mismos fiscales y, particularmente, a los jueces de Paz, que serían los encargados de realizar diligencias por orden de los jueces especiales y a los cuales la ley no prevé medida de seguridad alguna.

En conclusión, puede decirse que esta segregación que la ley hace, al crear jueces de lo penal al margen de la jurisdicción ordinaria, no obedece a un objetivo que no pueda ser logrado con eficacia dentro del proceso común y, más bien, obedece a razones subjetivas que tienen que ver más con garantizar de antemano la pena como medida retributiva al

delito sin importar si el condenado es el realmente responsable, y supuestamente producir así un efecto preventivo general que disminuya la delincuencia a partir de la punición generalizada.

Lo anterior es avalado por magistrados de la Corte Suprema de Justicia que, incluso, se han involucrado en la promoción de la ley, a tal grado de hacer afirmaciones temerarias como que los jueces especiales serán escogidos por su ideología jurídica, la cual debe caracterizarse por no ser garantista y poner la seguridad pública por encima de los derechos del imputado; es decir, que tales jueces deben hacer a un lado la presunción de inocencia y privilegiar la imposición de las penas sobre la impartición de justicia, lo cual, por supuesto, solo será posible si son obedientes a la pretensión fiscal y esta hace a un lado la verdad material.

Lo previsible es que se produzca una sobresaturación procesal dada la presión laboral a que serán sometidos estos tribunales, los cuales se convertirían en una especie de maquila de sentencias condenatorias a criterio de la Fiscalía, la Policía y el Ministerio de Seguridad, o absolutorias según la capacidad de tráfico de influencias del acusado; y, aún en el caso de que la ley sea un «éxito», es

de esperar que se produzca un mayor hacinamiento carcelario con las consecuencias que de ello se deriven.

La Ley contra el Crimen Organizado y el Estado Constitucional de Derecho

En suma, las objeciones hechas a la ley analizada tienen precisamente su asidero básico en el hecho de que su objeto entra en conflicto con principios en los que se asienta el Estado Constitucional de Derecho. Esta forma de régimen político es aquel en el cual la ley y los actos de las autoridades y funcionarios públicos están sometidos a la *Constitución*, entendida como un cuerpo normativo jurídico de aplicación inmediata, y los jueces son los principales responsables de asegurar ese sometimiento. Sus características esenciales son la garantía y la tutela de los derechos fundamentales, para lo cual se requiere, entre otras condiciones, que exista una real separación de poderes que propicie la independencia judicial; que los jueces sean ordinarios, predeterminados e imparciales, y que las personas tengan a su disposición mecanismos jurisdiccionales que aseguren un control eficaz de la constitucionalidad de las leyes

y actuaciones del poder político.

Esa presunta inconstitucionalidad radica tanto en el contenido como en la forma. En relación al primero, ya vimos que con probabilidad colisiona por lo menos con el principio de igualdad ante la justicia y, por ende, con la independencia judicial. En cuanto a la segunda, hay una duda razonable de que se haya respetado el proceso de elaboración previsto por la *Constitución*, específicamente en cuanto a la titularidad de la iniciativa de ley, que según el artículo 133, Nro. 3, *Cn.*, correspondería privativamente a la Corte Suprema de Justicia por tratarse de una materia relativa a la jurisdicción y competencia de tribunales, pues es públicamente conocido que tal iniciativa nació del presidente de la república a través del Ministerio de Seguridad y Justicia, aun cuando *a posteriori* se haya requerido a la Corte que propusiera las reformas a la Ley Orgánica Judicial para crear territorialmente en concreto los tribunales especiales.

Habría que agregar otros señalamientos, entre ellos, que es una ley desfocalizada, porque se articula alrededor de la premisa de que el problema radica en un juzgamiento defectuoso de cierto tipo de delincuentes, desconociendo una constatación

empírica: que la principal debilidad de la persecución penal está en la investigación de las conductas delictivas. Puede decirse también que es una ley innecesaria no sólo porque tales tribunales lo son, sino porque la figura del crimen organizado y su tratamiento procesal particularizado ya existían en nuestra legislación (artículos 22-A, *Pn.*, y 59, inciso último, *Pr. Pn.*, derogados); de ello puede inferirse que el propósito central de la ley es crear tribunales especiales sumisos a la pretensión punitiva de la Fiscalía; es decir, institucionalizar un juez obediente y manipulable por el poder político.

Asimismo se trata de una ley sospechosamente selectiva en su contenido, impuesta y onerosa. En relación a lo primero, a pesar de su nombre, excluye sin justificación alguna otros delitos que caen dentro de la categoría de crimen organizado y de realización compleja, como los de la llamada delincuencia económica y de «cuello blanco» (lavado de dinero, negociaciones ilícitas, enriquecimiento ilícito, etc.). En relación a lo segundo, se aprobó sin tomar en cuenta opiniones calificadas que advirtieron sobre el riesgo de su inconstitucionalidad y, además, atropellando el procedimiento constitucional establecido. Y en relación

a lo tercero, su aplicación exigirá fondos adicionales que, de contar con ellos, sería más apropiado utilizar para fortalecer la investigación del delito, así como la infraestructura y personal de los Juzgados de Paz, en los cuales recae el control del requerimiento fiscal y de las diligencias iniciales y de cuya calidad depende, en principio, el éxito de la instrucción.

Finalmente, hay que preguntarse por qué una ley con tales deficiencias formales y materiales, algunas demasiado obvias, puede ser impulsada con tanto afán por el Gobierno. Indudablemente las razones no hay que buscarlas en sus considerandos, sino en el contexto de su surgimiento. Por un lado habría que verla como otra medida encaminada a continuar centralizando el poder político y debilitar al Órgano Judicial como contrapeso al Ejecutivo, que está empeñado en desmontar el modelo de justicia penal democrática, al cual le achacan ser muy garantista con los imputados; este argumento pretende esconder la verdadera causa que irrita a sus detractores: la facultad de los jueces de controlar la constitucionalidad de las leyes mediante el recurso de inaplicabilidad.

Por otro lado, habría que ubicar la ley como un recurso tendente a

apuntalar la credibilidad del Gobierno y del partido oficial tan urgentes de mostrar ante la opinión pública eficiencia por combatir la delincuencia y la corrupción, dados los magros resultados obtenidos en ese campo, lo que lo convierte en el flanco más vulnerable de cara a la campaña electoral de 2009. Habría que adicionar los reclamos de la empresa privada y las presiones del Gobierno norteamericano por la inseguridad prevaleciente en el país, aunados a la preocupación gubernamental por asegurar el flujo de los denominados «fondos del milenio», que peligran de persistir tal situación.

Podríamos ensayar como conclusión que tal ley no hace más que reiterar la insistencia oficial en no impulsar una política criminal integral y concertada, al contrario la sustituye por una apuesta unilateral a la punición como principal estrategia para combatir el delito y la violencia social. Ante un panorama tan sombrío para la administración de justicia penal, ¿qué se puede hacer? En primer lugar, perseverar en los mecanismos institucionales para que la Corte Suprema de Justicia retome su papel de baluarte en la defensa del Estado Constitucional de Derecho y de última reserva ética-jurídica de la nación, para lo cual los ciudadanos

deben asumir la tarea de reclamar la declaratoria de inconstitucionalidad de la cuestionada ley. Y, en segundo lugar, el gremio de los jueces, ante la incapacidad de la institucionalidad llamada a tutelar la independencia judicial, debe organizarse de manera

unificada y luchar por defender ese derecho fundamental del justiciable, lo mismo que por su derecho a trabajar impartiendo una justicia igualitaria e imparcial; en suma, por su dignidad.