

V. Política y derecho

1. *Política y derecho. La Constitución y el Estado de derecho*

La política tiene que ver con las relaciones de poder en una sociedad; de quién manda, de cómo manda y de para qué manda. El poder no es un fenómeno jurídico. Es la capacidad de quien manda de imponer lo que desea realizar contra cualquier resistencia. ‘Lo que desea realizar’ es generalmente llamado el proyecto político y es la respuesta a la pregunta para qué manda. En cambio, en nuestros días, el derecho tiene mucho que ver con la pregunta de quién manda (si tiene la legitimidad para ejercer el poder) y con la pregunta de cómo manda: es decir, si respeta las reglas del derecho y los derechos humanos.

La política adquirió una importancia enorme con la concentración de todo el poder en un ente que llamamos Estado. El Estado tiene el monopolio de la fuerza pública. Tiene a su servicio las fuerzas armadas y la policía. Un Estado bien organizado no acepta que haya fuerzas armadas fuera de su seno.

Hasta el siglo XVIII se aceptaba que el Estado, es decir, quien tuviera el control del Estado, podía legislar, pero no podía cambiar el derecho. En otras palabras, el papel del legislador era similar al que hoy concedemos a los jueces, es decir, pueden determinar el alcance de las reglas de derecho, pero no pueden cambiarlas. Al menos esa es la teoría. Los llamados reyes absolutos como Felipe II de España o Luis XIV de Francia no tenían contrapesos en el ejercicio de su poder (por eso se les llama ‘absolutos’), pero debían respetar las costumbres locales y las reglas de la tradición y de la religión. En algunos países el cargo de juez era hereditario o se compraba, lo que también limitaba el poder de los reyes. Esto cambió cuando se le reconoció al Estado el poder de formular las reglas de derecho.

Si los controles tradicionales desaparecían, el poder del Estado se haría enorme y la población quedaría desprotegida. Los autores discutían sobre un derecho derivado de la razón o de la naturaleza de las cosas que los

gobernantes debían respetar y también sobre los derechos (o esferas de libertad) de los ciudadanos. El problema estaba en quién controlaba a un ente todopoderoso, o como lo plantea el cuento infantil: quién le ponía el cascabel al gato.

La solución fue encontrada a finales del siglo XVIII y se generalizó en el siglo XIX: la Constitución. La Constitución postula la separación de las ramas del poder público para que ninguna controle todo el poder. El parlamento tendría la facultad de legislar y de aprobar el presupuesto. El gobierno (o ejecutivo) el de aplicar las leyes y ejecutar el presupuesto, dirigir la defensa nacional y controlar el orden público. La judicatura tendría a su cargo resolver los conflictos de los ciudadanos entre sí, y entre estos y los organismos del Estado. Los funcionarios tienen que actuar dentro del límite de la competencia atribuida por la constitución y las leyes. Los ciudadanos tienen libertad de actuar en todo lo que no está prohibido. Este es el principio de legalidad, central respecto al Estado de derecho.

El *Estado de derecho* o *Estado constitucional de derecho* es aquel que constriñe a quienes ejercen el poder político y favorece la libertad de los ciudadanos. En él los jueces tienen la función de protección de los ciudadanos y de resolver sus conflictos sin interferencia del poder político. Los profesionales del derecho tienen mucha importancia en él, pues todos deben someterse al derecho.

Lamentablemente, algunos proyectos políticos ven en el Estado de derecho una severa limitación para realizar sus programas y propósitos. Usualmente se las arreglan para concentrar el poder en una persona u organismo destruyendo los controles para el ejercicio del poder. Al controlar el parlamento éste dejará de controlar al gobierno, aprobará como legislación lo que interese a quienes detentan el poder político y cambiará las reglas para que desaparezcan los controles. Al controlar a los jueces los convierten en instrumentos de su poder y de la represión, en vez de ser protectores de los ciudadanos. Estos países se denominan *estados autoritarios* y otros prefieren llamarlos *dictaduras* o *tiranías*.

2. Franz Kafka: En la colonia penitenciaria

Franz Kafka es uno de los grandes escritores del siglo XX. Su obra sorprendente ha dado lugar a un adjetivo que se usa comúnmente: kafkiano.

Es probable que muchos de quienes lo usan no hayan leído nunca a Kafka y piensan que se refiere a monstruos. Es un error. Sus novelas y relatos se inician siempre como cosas de la vida común, pero introduce elementos que nos sorprenden y nos hacen pensar.

Kafka era un abogado y trabajaba como tal en una empresa de seguros. Tal vez por eso pensó mucho sobre el derecho. Escribió con claridad y lo que cuenta parece muy sencillo. Su arte está en que nos deja pensando sobre lo que significa lo que cuenta.

Por ejemplo, en una de sus novelas más importantes (*El proceso*) un ciudadano común recibe el aviso que se ha iniciado un juicio penal contra él. No le indican el delito que ha cometido y cuáles son las reglas procesales. El ciudadano intenta defenderse. Lo que le ocurre es mejor que usted lo lea pues es una novela que todos los estudiantes de derecho deberían leer. Es una novela característica de la llamada literatura fantástica, aunque los elementos fantásticos pueden ser engañosos. Uno de nosotros entrevistó personas encarceladas sometidas a juicio o condenadas. Como no conocían las reglas de derecho, ni cómo funciona el sistema jurídico-penal estaban en una situación similar al personaje de Kafka. La situación hacía que José K, el personaje, estuviera presente.

El relato que le pedimos leer es muy corto. Se trata de un explorador que visita una colonia penitenciaria que tiene un sistema de castigo que nos hace pensar cuál es la importancia del Estado de derecho. Es por eso que ha sido escogido. Puede localizarlo con facilidad en Internet, <https://biblioteca.org.ar/libros/11395.pdf>. Le recomendamos que lo lea como cualquier otro cuento. A continuación, usted encontrará las preguntas que lo ayudarán a pensar sobre su relación con el Estado de derecho y seguramente decidirá reerlo como ayuda para su reflexión.

¿Cuál es el delito imputado?
¿Cómo se desarrolla el proceso?
¿Cuál es el castigo y dónde está previsto?

3. El Salvador: Bukele y su política de seguridad

El Salvador es un bello país centroamericano con una superficie de 21.000 Km² y una población de 6.4 millones de habitantes. Tiene una

historia compleja con una severa dictadura militar de más de cincuenta años (1929-1984), una guerra civil que duró hasta 1992. Después de la guerra la situación de seguridad se hizo crítica con tasas muy altas de delincuencia violenta y organizaciones criminales muy poderosas llamadas *maras* (pandillas). Por ejemplo, en 1995 la tasa de homicidios fue de 142 por 100 000 habitantes, la más alta del mundo. En 2019 Nayib Bukele fue electo presidente de la República. Tuvo políticas severas en relación con la pandemia de Covid-19 y desde 2022 declaró una ‘guerra a las pandillas’ que puso en prisión a 64 000 personas en una cárcel (“Centro de Confinamiento del Terrorismo” o CECOT) construida en siete meses, inaugurada en enero de 2023, y que es considerada la cárcel más grande de América. Las imágenes del tratamiento a los supuestos pandilleros se dieron a conocer por el propio gobierno para mostrar su severidad. Bukele ha indicado que es “la nueva casa donde vivirán los pandilleros por décadas”.²⁵ Con ese volumen de personas apresadas no se han podido respetar los principios y reglas del debido proceso. Todo esto ha dado lugar a que los organismos internacionales de derechos humanos hayan publicado condenas explícitas del régimen de El Salvador. Las tasas de delincuencia violenta han bajado sustancialmente. Sus políticas económicas también han sido exitosas y la población lo reeligió como presidente con un apoyo popular del más del 80%. También ha controlado a los otros poderes del Estado y concentrado todo el poder político en sus manos.

Venezuela ha experimentado también una situación de alta delincuencia violenta. El gobierno de Maduro respondió con una política que se llamó: Operación de Liberación del Pueblo, que también bajaron las tasas de delincuencia violenta y generaron condena por parte de los organismos de derechos humanos. Las políticas económicas han sido menos exitosas que en El Salvador. Si usted desea estar más informado sobre las políticas en Venezuela le recomendamos el trabajo de Keymer Ávila el cual puede encontrar en Internet.²⁶

²⁵ C. S. Maldonado (2023). “Bukele exhibe a miles de presos como una demostración de poder sobre las maras”. *El País*, 28 de febrero. Disponible en: <<https://elpais.com/internacional/2023-02-28/nayib-bukele-exhibe-a-miles-de-pandilleros-en-un-traslado-espectacular-a-su-enorme-carcel-contra-el-terrorismo.html>>

²⁶ K. Ávila (2019). *Uso de la fuerza pública y derecho a la vida en Venezuela*. Caracas. PROVEA. Disponible en: <<https://provea.org/wp-content/uploads/2019/04/uso-de-la-fuerza-publica.pdf>>

¿Ve usted alguna relación entre el relato de Kafka y las políticas de seguridad mencionadas?

En la práctica ¿qué consecuencias tiene para los habitantes de un país que los derechos humanos y las reglas del Estado de derecho no sean respetados?

Se sugiere que los estudiantes consulten el índice del Estado de derecho del World Justice Project (o cualquier otro índice) que clasifica a los países según el respeto a los principios y normas fundamentales del Estado de derecho y observe en qué situación se encuentra el país donde usted vive (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/>).

4. *Después del diluvio: transición al Estado de derecho*

El Estado de derecho es un modelo normativo. Clasificar a los países por su cercanía/lejanía a ese modelo es una tarea con desafíos y limitaciones, pero que puede ser realizada. Mucho más complicado son los problemas prácticos de pasar de una situación de violación masiva de los derechos humanos a una situación de Estado de derecho, pues un sistema jurídico es un aparato complejo con importantes limitaciones. El caso siguiente se propone para la comprensión de los problemas de transición al Estado de derecho con frecuencia llamados de justicia transicional. El caso ha sido inspirado por “The problem of the grudge informer” de Lon L. Fuller.²⁷ El caso es puramente imaginario y cualquier parecido con la realidad es pura coincidencia, pero si usted quiere relacionarlo con un país o un sistema jurídico puede hacerlo para darle más realidad al caso.

5. *Tukusiapón, 5560 de la Nueva Era*

Después de 30 años de un régimen autoritario, corrupto y cruel, una rebelión popular apoyada por un segmento de las fuerzas armadas ha logrado deponer al presidente e iniciar un cambio político importante.

²⁷ L.L. Fuller (1969). *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press, pp. 245-253.

Los jefes más importantes del régimen han huido del país, otros han sido reducidos a prisión y un cierto número parece haberse escondido. En la violación de los derechos humanos y otros abusos del régimen no solo estaba comprometida la alta jerarquía del régimen, sino también muchas otras personas que colaboraban activamente. La Gran Rebelión ha llevado al poder a un grupo de ciudadanos comprometidos con la democracia y el Estado de derecho que conformaron la Junta Suprema Restauradora de la Democracia (JSRD). La JSRD lo ha designado a usted Fiscal general encargado de iniciar los procedimientos de castigo de quienes hayan cometido crímenes, especialmente aquellas personas que usando el poder que el régimen depuesto les concedió cometieron toda clase de delitos, incluyendo violaciones graves de derechos humanos. La JSRD le ha encargado dar toda prioridad a aquellas personas que formaron parte de los cuerpos represivos, pero también le ha pedido no olvidar a los corruptos que se enriquecieron con la represión o con el infortunio colectivo.

La primera acción que usted ha tomado fue medir su tarea y le pidió a un equipo de abogados y sociólogos que lo acompañan, describir los cuerpos a cargo de la represión y la jerarquía y número de personas que los integran. En un breve tiempo, el equipo le presentó el informe que se resume a continuación:

1. Protectores del Pueblo: es una fuerza militar de choque encargada de reprimir las manifestaciones. Usaban hisopos de ruido que lanzados directamente al cuerpo podían causar heridas o la muerte. Podían detener a los revoltosos. Es un cuerpo jerárquico con unas 300 personas en las jerarquías superiores y unos 6 000 subordinados
2. Campeones de la Humanidad: funcionarios civiles armados que podían ayudar en cualquier momento de la represión, pero su misión específica era torturar a los detenidos para conocer el funcionamiento de las organizaciones rebeldes. Podían tener misiones especiales como buscar a personas indeseables en sus casas para darlos de baja. Integrado por unos 5 000 funcionarios, de los cuales unos 500 podían considerarse parte de la jefatura.
3. Organizadores populares: personas sin designación especial en ningún cuerpo del Estado, pero a los cuales el régimen les daba dinero y distintos tipos de bienes y privilegios. Podían usar armas cortas y

colaborar en cualquier misión. Su tarea específica era indicar a las personas indeseables que debían ser eliminadas. No hay un archivo específico central; sin embargo, a través de informantes se pudo saber que tenían líderes locales cuyo número se puede estimar en 600 y que en total puede tratarse de unas 5 000 personas.

4. Informadores y colaboradores: un número que no es fácil de calcular, pero se considera que pueden ser unos 5 000. Un colectivo muy importante porque colaboraban en la identificación de quienes ellos consideraban indeseables o subversivos; se mantenían cautivos en lugares secretos a muchos prisioneros y comercializaban los bienes de los cuales los oponentes eran despojados.
5. No es fácil de estimar el número de funcionarios que hacían cobros ilegales y otras personas que se aprovechaban de los bienes del Estado, pero es probable que el número de los que se enriqueció significativamente supere a las 2 500 personas.

Usted, como nuevo Fiscal general ha llamado a un grupo de colaboradores. Como usted, ellos son personas comprometidas con la instauración de un Estado de derecho y conocedoras del derecho constitucional y penal. Los llamaremos vocales y lo siguiente constituye el resumen de las recomendaciones que esos vocales expresan:

Vocal Primus. Por años hemos luchado por el Estado de derecho. Esto implica que se debe evitar la impunidad y no podemos hacer excepciones. Todas las personas que han cometido delitos o faltas deben ser castigados conforme lo establecen las leyes. Todos aquellos que son funcionarios deberán ser expulsados de la función pública. Como todos están conscientes que colaboraban con un régimen ilegítimo y represor, no se le reconocerá ningún derecho laboral. Respecto a cada uno hay que abrir la averiguación y, si resultan autores o cómplices de cualquier delito, debemos solicitar la pena máxima para ese delito y que, mientras tanto, se les mantenga en prisión preventiva.

Perseguir a estos delincuentes no es solo nuestra obligación legal, también lo es moral porque son gente que merecen un castigo fuerte.

Vocal Secundus. He sufrido, en carne propia, la represión, los malos tratos y la prisión. También siento un gran compromiso con el Estado de derecho, pero soy una persona pragmática. El informe nos ha mostrado que son unas 21 300 personas quienes han estado involucradas de distinta

manera en delitos y graves violaciones a los derechos humanos además de millares de corruptos. ¿Podemos realmente iniciar averiguaciones y juicios contra unas 24 000 personas? Aparte de esos delitos nos tocan los corrientes, es decir, los homicidios, secuestros, robos, violaciones, entre otros, que tanto preocupan a la población. No podemos abandonar todos esos casos para concentrarnos en las 21 300 personas de los cuerpos represivos y tal vez más de 2 000 corruptos. No son los únicos delincuentes en Tuku-siapón. Debemos tener conciencia de nuestras propias fuerzas. Tenemos 500 fiscalías, la mayor parte de las cuales unipersonales. Todos tienen ya una carga importante de casos. ¿Ha pensado el vocal *Primus* donde se van a poner los 20 000 o 24 000 nuevos presos? ¿En las prisiones que ya están sobre el límite de su capacidad? ¿O habrá que crear un gran campo de concentración? ¿No vamos a ser acusados de represivos y violadores de los derechos humanos nosotros mismos?

La idea de despedir a unos 12 000 funcionarios y privarlos de sus derechos laborales me parece igualmente cruel e impracticable. ¿Cuántas familias vamos a condenar al hambre, la prostitución o la delincuencia? Vamos a generar un nuevo problema social a los muchos que ya tiene el país.

Considero que debemos andar con cuidado. Ser selectivos. A partir de casos conocidos, identificar a los perpetradores y ofrecerles beneficios procesales para que realmente podamos llegar a los jefes, a los verdaderamente responsables de la situación que hemos vivido. Si podemos armar unos 500 casos bien llevados y lograr unas 300 condenas en los próximos dos años, creo que nos podríamos dar por satisfechos.

Vocal Tertius. Admiro y aprecio a mi colega *Secundus*, pero estoy profundamente en desacuerdo. La ley tiene que ser igual para todos. Si comenzamos por seleccionar los casos ya imagino lo que va a pasar, a Fulano no porque es primo de Sutano, que al otro si o no, por re o por fa. Y, seguramente, otros van a ofrecer dinero para no estar en la lista. Mal comienzo para quienes estamos comprometidos con el Estado de derecho y hemos prometido que no habrá impunidad ni corrupción. Comprendo las preocupaciones del vocal *Secundus*, pero nosotros somos fiscales. Si los encargados de prisiones van a tener que crear campos de concentración, eso no es de nuestra competencia. Allá ellos, que vean cómo se las arreglan. Yo estoy por ser estricto, pero en todo caso tenemos que ser cohe-

rentes. O acusamos a todos, o no acusamos a ninguno. Estoy por acusar a todos. Si empezamos por escoger los casos nos acusarán de preferencias y sospecharán corrupción.

Si alguno de nuestros fiscales se queja por exceso de trabajo, que se vaya y busquemos a otro. Y si hay una familia que se muere de hambre porque su único sustento es uno de los malvados a quien debemos perseguir, tampoco tengo por qué sentirme culpable.

Vocal Quartus. Me divierte ver llegar a los nuevos equipos directivos, generalmente con gente joven y animosa que quieren hacer mucho y creen que lo pueden hacer. Les hablo desde la experiencia. Esta es una institución y esto quiere decir que hay rutinas institucionales, una cultura organizacional que es muy difícil de cambiar. Cada fiscal es autónomo, es decir, hace lo que quiere, o más propiamente, que no hace lo que no quiere hacer. Ustedes pueden designar a un fiscal nuevo, pero a las pocas semanas se va a parecer mucho en sus actitudes al anterior. He visto muchos planes de acción, o de reestructuración, cambios de nombres, pero en la práctica poco cambia. La mayor parte de los fiscales hacen apenas lo suficiente para no perder su chamba, o peor, simulan que hacen. Yo sé que ustedes quieren definir una política, producirán un documento; los fiscales los recibirán, mostrarán entusiasmo para luego seguir con su rutina. Si ustedes quieren evitar la frustración hagan más o menos lo mismo. Como oficina del Fiscal general concéntrense en unos pocos casos, los más obvios, aquellos donde la cadena de mando esté clara e implique peces gordos. Así podrán tener éxito. Los casos que no sean obvios no vale la pena emprenderlos porque los buenos abogados que tendrán los acusados se los tumbarán rápido. Mientras más casos emprendan, más fracasos van a encontrar. Respecto a los demás, dejen a los fiscales actuar a su aire, pues igual eso es lo que van a hacer, aunque ustedes formulen políticas y establezcan procedimientos y controles. Es muy difícil cambiar al mundo y tal vez todavía es más difícil cambiar a la fiscalía.

Vocal Quintus. Veo claramente dos posiciones. *Primus* y *Tertius* son maximalistas, pero tanto *Secundus* como *Quartus* han mostrado no solo que proponen algo irrealizable, y si fuera realizable sería inconveniente. También entiendo y agradezco el consejo que nos da *Quartus*, pero francamente, la posición minimalista me deja insatisfecho. Me niego a tirar la toalla.

Siempre he buscado alejarme de los extremos y esto me lleva a simpatizar con la posición de *Secundus*. No obstante, reconozco que la posibilidad de arbitrariedad, corrupción y acepción de personas está allí. Pienso que esos males pueden evitarse si la decisión de escoger los casos no sea de un fiscal individual sino de un panel. Y que los abogados que conforman esos paneles tengan como misión apoyar también a los fiscales que inicien una acusación. Apoyar es una manera de decir, pues tenemos que prevenir los favoritismos no solo en la decisión de acusar o no acusar sino en la diligencia que se ponga en llevar el caso. Esto puede agregar algo de demora y sé que no es una adición que va a satisfacer a los colegas maximalistas, pero no se me ocurre nada que realmente desate el nudo gordiano.

Me parece que debemos dar todos los incentivos que podamos para que quienes fueron los ejecutores de acciones delictivas y violatorias de derechos humanos confiesen e indiquen quiénes les daban las órdenes para hacer lo que hicieron. Así podemos subir en la escala y no afincarnos en los más tontos y desdichados. Sería cruel e injusto tener las cárceles llenas de sardinas mientras los peces gordos se dan la gran vida en algún resort recóndito.

Podemos también crear un cuerpo especial que dediquemos a esta materia. Dependerá de nuestros recursos, pero la idea es que un grupo de gente bien preparada y con entusiasmo por la tarea maneje estos casos. A ellos les podemos pedir resultados, pero sin quitarle competencia a otros fiscales, pues tal vez encontremos algunos que efectivamente quieran hacer algo. Puede que los entusiasme buscar notoriedad. Eso está bien. Apoyémoslos para que les vaya bien.

También se me ocurre que mis colegas están pensando que nosotros, como institución, tenemos el monopolio de la acción penal. Entiendo que esta ha sido una opinión dominante, pero podemos proponer una breve reforma legislativa que permita a cualquier ciudadano, que haya sido víctima de un delito, iniciar la acción penal y que sea su responsabilidad llamar a testigos y aportar documentos. Por supuesto, el Ministerio Público y la policía deberían apoyar en todo lo posible. Mis colegas seguramente objetarán que las víctimas generalmente carecen de los recursos para hacer las averiguaciones que requiere un juicio penal. Bueno, tal vez algunas tengan esos recursos. En todo caso, si alguien se queja de no haber sido lo suficientemente activos, podemos animarlo a que acuse. Con eso verá que no es cuestión de soplar y hacer botellas.

La reunión terminó y usted se quedó en la oficina pensando en qué hacer. Usted, como Fiscal general, no está obligado a seguir la opinión de ninguno de sus colaboradores, pero deberá decidir cuál es el curso de acción que debe tomar. Usted mismo ha convocado para mañana a los periodistas para anunciar el curso de acción que seguirá la institución que preside. Así que tiene pocas horas para decidir.