



Impunidad

Francisco Javier Álvarez García
Universidad Carlos III de Madrid
falvarez@der-pu.uc3m.es

Resumen

El autor plantea el problema de la impunidad no como lo excepcional sino como lo ordinario, no en referencia a los grandes crímenes contra la humanidad sino a la vida cotidiana, que es donde, entiende, se manifiesta con más habitualidad pero con menos visibilidad. La impunidad se reconoce especialmente en la falta de regulación antes que en la ausencia de castigo por concretas conculcaciones normativas; de esta forma su ámbito se identifica más con el ¿qué castigar? que con particulares faltas de castigo, o siendo más rigurosos: también se amplía a las decisiones previas del Legislador que es el que determina el ámbito de las regulaciones. En cuanto a las técnicas concretas que se utilizan para conseguir la impunidad en supuestos de persistencia de regulación, unas están ligadas a la confección de la propia norma y otras a su aplicación; y junto a ellas, medidas extraordinarias como prescripciones o caducidades sometidas a plazos de difícil satisfacción por las peculiaridades de las estructuras punitivas, o las ya excepcionales referidas al perdón, el indulto o la amnistía.

Palabras clave

¿Qué castigar?, falta de control, ausencia de regulación, óbices procesales, sanciones irrelevantes, prescripciones, caducidades.

Impunity

Abstract

The author presents the problem of the impunity phenomenon not as an exceptional but as an ordinary one in daily life and not only referred to the crimes against humanity. In daily life impunity reaches a high impact being more habitual but less visible than in cases of macro criminality. Impunity can be recognized not only in the absence of punishment but in the absent of rules. Thus, the scope of impunity is better identified or connected to the questions of what should we punish than the concrete absent of punishment in the situation. Consequently, impunity covers those situations where the Legislator should have decided to intervene by creating norms, and finally it did not. The iure impunity strategy can be focused either in the absence of Law, or in case of regulation, in the concrete manner of making the rules or defining its applicability. Together with it, the Legislator can decide to proclaim extraordinary measures as prescription or expiration which result very difficult to avoid, taking into consideration the peculiarity of the punitive structures, or the exceptional ones as pardon or amnesty.

Keywords

How and why to punish, lack of control, absence of regulation, proceedings obstacles, irrelevant sanctions, prescription, expiration.

1. La impunidad es generalmente definida como la falta de castigo (*impunitas*). Es ésta una definición tan común como excesivamente restringida, pues su presupuesto es la existencia de una regla que prescriba, precisamente, el castigo como consecuencia de una conducta, lo que no siempre ocurre. Por ello, entiendo que resulta preferible el remitirnos en primer lugar a una acepción todavía más amplia de impunidad, y es la que se refiere a la actuación en un ámbito carente de regulación, con imposibilidad, por tanto, de armar cualquier reacción –más allá de la puramente primitiva e individual regida por el placer o displacer- frente a actuaciones en aquél marco.

Así, pues, la concepción de la impunidad como falta de castigo implica una evolución frente a la que se refiere a la ausencia de regulación. Esta última manifiesta un estado natural (en sentido *rusioniano*) en el que el comportamiento está absolutamente desvinculado de cualquier norma, y por ello es el estado de impunidad perfecto: todo le está permitido a quien en él actúe, pues nada está regulado, preceptuado.

Pero profundicemos en este concepto amplio de impunidad, que no es el normalmente referido por los tratadistas pues estos suelen enfocar aquélla noción, generalmente, de la mano de una conculcación normativa. El concepto amplio de impunidad se reclama al ejercicio más descarnado del poder, a la inexistencia provocada y querida de limitaciones en el desenvolvimiento de la acción, trasladándonos de hecho a un mundo de significados en el que el ejercicio del dominio se puede realizar con desprecio absoluto de cualquier forma: sólo la brutalidad de su ejercitado contenido material marca sus confines.

El campo de desarrollo del concepto amplio de impunidad es, preferentemente, el de los procedimientos; ello es así porque el derecho, libertad o bien en general al que finalmente se refiera la concreta actuación, está, normalmente, protegido en abstracto y blindado frente a los ataques más burdos; en realidad existen pocos bienes cuya protección no esté invocada por algún tipo de norma. Ello es lo que, en principio, puede, aparentemente, aportar tranquilidad a los ciudadanos, a las sociedades. Sin embargo, la cuestión no es, o no es sólo, que, verbigracia, la propiedad o la intimidad estén abstracta y genéricamente protegidas, sino si están protegidas contra determinadas formas de ataque a las mismas, pues evidentemente de ningún texto se puede deducir la protección total de los derechos, pues ello supondría una absoluta paralización social. Del hecho, así, de que la protección de los derechos sea sectorial -y no solamente en el ámbito del Derecho Penal que pareciera el más propicio a estos efectos-, se deriva la atipicidad, la falta de previsión de sanción a determinados procedimientos, modalidades y formas de ataque a los bienes.

La impunidad, pues, proviene, en primer lugar, de la falta de regulación de procesos sociales. Obviamente su campo preferido de desenvolvimiento está unido a lo que siempre ha constituido el terreno predilecto de los poderosos: la riqueza; y su desarrollo se encuentra generalmente unido a la opacidad en el desenvolvimiento de determinadas actividades, cuya misma importancia o trascendencia está, en muchas ocasiones, oculta a la mayor parte de los ciudadanos.

Este tipo de impunidad no suele alcanzar –salvo casos excepcionales o en momentos inmediatamente seguidos a algún escándalo por el alcance extraordinario de algunas concretas realizaciones llevadas a cabo- un alto grado de rechazo social, lo que es debido a distintos factores como, entre otros: 1º) A la inexistencia de concretas víctimas, o, al menos, de sujetos que se perciban a sí mismos como víctimas de esas conductas. Se trata éste de un mecanismo muy conocido en la criminología, en el que se vincula esa falta de percepción social del crimen con la conciencia de su no comisión. Esa difuminación de la víctima, además, es la que

casi garantiza la ausencia de persecución, pues generalmente nadie defiende un derecho del que no se tenga conciencia que haya sido conculcado; y los acusadores públicos, normalmente, sólo se movilizan ante “infracciones transcendentales”, de las que sirven para justificar su *status*. 2º) Al etiquetamiento, genérico, de algunos de los dichos comportamientos como “actividad de negocios” y por lo tanto de riesgo – autopuesta en peligro; en efecto, hay una amplia percepción social que sigue vinculando, políticamente, gran parte de la actividad económica con el liberalismo puro, en el cual todo el ejercicio de la actividad corre a ventura de los distintos agentes. Por lo tanto, y en este planteamiento, todo el que se arruina o sufre pérdidas económicas como consecuencia de, por ejemplo, actividades de inversión de capital en el mercado mobiliario, asume cualquier tipo de riesgo; y, paralelamente, cualquier conducta desarrollada en ese ámbito está cubierta con la presunción de legalidad; de ahí la resistencia de los operadores económicos a aceptar “reguladores” en su mercado. 3º) A la participación en las conductas de sujetos considerados como pertenecientes a la “buena sociedad”; de hecho la impunidad está frecuentemente “garantizada” o “avalada” con “presencias personales” pertenecientes a aquélla categoría en la realización de las particulares conductas. En este caso basta para probar el anterior aserto con mencionar el “blanqueo de dinero”, que ha constituido hasta épocas muy recientes uno de los comportamientos “normales” de las entidades financieras.

El problema a la hora de vincular la idea de impunidad a estas conductas huérfanas de regulación, es el de justificar la necesidad de sancionar (pues de su ausencia nace la idea de impunidad) los tales comportamientos. Obviamente la justificación sólo puede ser sociológica en este caso (cualquiera intento estrictamente jurídico en este campo, nos hundiría en la controvertible categoría de los *delicta iuris naturalis* o nos obligaría a referirnos a discutibles principios o costumbres de difícil probanza), y debe remitirse al daño evaluable que los aludidos comportamientos causan a los ciudadanos, de forma tal que impunidad, en este sentido, se vincula a la posibilidad de hacer daño libremente.

Este tipo de impunidad se muestra, así, como una estrategia política dirigida a permitir que ciertos actores o/y grupos sociales puedan llevar a cabo sus comportamientos libremente, abandonados a su propia iniciativa. La impunidad, pues, consiste en la ausencia de regulación; la norma es la ausencia de norma. La ley efectivamente existente será, por lo tanto, únicamente para aquellos que realizan una actividad reglada, no para los que a veces son los más dañinos, para éstos no hay norma. Ese es su extraordinario poder.

2. La segunda y más común definición de impunidad como falta de castigo, nos debe llevar a reflexionar, en primer lugar, en el por qué de esa falta de castigo y en sus consecuencias.

Generalmente la invocación de la idea de impunidad nos hace enlazar mentalmente con los grandes crímenes contra la humanidad, cometidos en otros países o si fueron en el propio achacados a nuestra lejana historia. Sin embargo, la impunidad es algo ligado a nuestra vida cotidiana, al ejercicio arbitrario del poder y a la ineficacia del sistema legal y represivo, y no requiere necesariamente ni una configuración política autoritaria (por más que sea consustancial a semejantes regímenes) ni ser consecuencia en todos los casos de expresiones de corrupción política. En efecto, la impunidad en los regímenes democráticos constituye el derivado de la rebeldía de grupos económicos y sociales a comulgar con las reglas de un sistema en el cual se integran y del cual participan –y sin el que no existirían-, y esa resistencia la plasman en la desactivación de los sistemas de control y sanción.



Los mecanismos de actuación de esa impunidad son muy variados pero, en general, precisan de la colaboración, activa o pasiva, de las estructuras del poder político y administrativo. Su aparición está vinculada más que con el fracaso de los sistemas de sanción con la falta de aparición de los de control, de forma tal que en la práctica convierten esta clase de impunidad referida a la conculcación normativa, en una caracterizada por la ausencia de normación. Precisamente es el desarme de esos sistemas –que no impugna en sí mismo la existencia de la infracción– la forma más segura de consagrar la impunidad y de alentar las conductas transgresoras. Esa desaparición de los sistemas de control tiene como efecto añadido uno de llamada a posibles infractores, pues siendo la prevención general negativa uno de los fines de la sanción, condición para su eficacia es la realidad del castigo; en este sentido, la certeza o la amplia probabilidad de impunidad para las conductas conculcadoras, será el mejor reclamo para los quebrantadores de la norma.

Pero existen otras muchas formas de impunidad, unas ligadas a la confección de la propia norma y otras a su aplicación; y junto a ellas medidas extraordinarias como prescripciones o caducidades sometidas a plazos de difícil satisfacción por las peculiaridades de las estructuras punitivas, o las ya excepcionales referidas al perdón, el indulto o la amnistía.

Entre las impunidades ligadas a la confección de la norma, destacan aquellas que se deducen de la introducción de óbices procesales que limitan las posibilidades de persecución, reduciendo, en especial, las autorizaciones a que meros particulares puedan ejercer la acción procesal; entre estas últimas destacan la supresión o limitación a las iniciativas de corte popular, la exigencia de determinados requisitos o garantías (señaladamente las fianzas), la obligación de que sea el agraviado el que actúe, la consagración de las inmunidades, la existencia de fueros personales que exijan la concurrencia de requisitos administrativos previos para proceder al enjuiciamiento, etc. De corte material/sustantivo se pueden mencionar el condicionamiento de la tipicidad de la infracción a determinados requisitos, como la exigencia de que la infracción vaya acompañada de un altísimo perjuicio económico (de forma tal que deje al margen de la regulación una buena parte de las conductas infractoras), o de que concurren determinadas exigencias subjetivas, o los que exigen la presencia en la infracción de elementos de muy difícil probanza, etc. Pero quizás una de las formas de impunidad más sigilosa sea, en el contexto sustantivo, el de la asignación de sanciones irrelevantes (o fácilmente sustituibles) a las infracciones, o el de castigos que no representen para el infractor más allá que uno de los elementos económicos, y no el más relevante, del coste del comportamiento infractor, fácilmente previsible e integrable en la “cuenta general” de la infracción. Esas mínimas sanciones, que representan una impunidad real, hacen aparecer, falsamente, al sistema como inflexible ante el comportamiento desviado, cuando la realidad es que para los que están en posibilidad de realizar las infracciones carecen hasta de efectos simbólicos.

En el campo de la impunidad indirecta cobra cada vez mayor importancia el juego de las prescripciones y de las caducidades. Se trata de un sistema doblemente diabólico, pues por una parte suele tener como presupuesto la consagración de una maquinaria penal particularmente lenta y premiosa, y por otra parte se presenta como la plasmación del derecho a una Justicia rápida y eficaz. En realidad estamos ante una verdadera estafa legal –especialmente en el caso de las caducidades– en la que bajo la cobertura de la exigencia de una tutela judicial rápida y efectiva –y en el marco de la invocación de la máxima seguridad jurídica–, se defraudan las normas que tipifican como infractoras determinadas conductas.

3. Junto a estas formas “legales” de impunidad hay que mencionar la impunidad “de facto”. Esta, sencillamente, se caracteriza por la voluntad declarada,

expresa o tácitamente, de no investigar determinados hechos. Se trata de una verdadera rebeldía de las instancias encargadas de la represión, que tiene todo el significado de impugnación del sistema democrático (y marginamos ahora los casos en los que la decisión de no persecución se debe a la necesidad de dedicar los escasos medios con los que se cuenta, a la persecución y castigo de las conductas que se estiman más graves o más creadoras de alarma social); en estos supuestos los responsables de aquellos sistemas se manifiestan decididamente a favor de la conculcación normativa, sustituyendo la voluntad democrática expresada en la norma. No muy lejanas a estos comportamientos están las decisiones de la Fiscalía General del Estado de no acusar en no pocos casos delictivos o de no personarse en determinados contencioso-administrativos –el supuesto del urbanismo es en este sentido paradigmático–, lo que no siempre es justificable, ni siquiera, invocando el más que discutible, desde el punto de vista constitucional, principio de proporcionalidad (no cabe duda de que si en el Código Penal se introdujera un delito de prevaricación omisiva dirigido a los Fiscales, terminando con la impunidad en la que actúan estos funcionarios públicos, la Acusación Fiscal tomaría otros vuelos).

4. Pero quizás sean las medidas de gracia (y señaladamente el indulto y la amnistía y otras modalidades atenuadas de perdón) las formas de impunidad que más polémica hayan despertado en los últimos tiempos. En este sentido resulta necesario invocar dos escenarios distintos: el caso de las “auto amnistías” declaradas por regímenes dictatoriales para “blindar” jurídicamente a sus actores frente a posibles reivindicaciones futuras efectuadas por las que fueron sus víctimas (y como paradigmas los casos argentino y chileno, los cuales son distintos del español en el que la amnistía fue una reclamación de todas las partes en el conflicto, verdugos y víctimas), y el de las declaradas (total o parcialmente) para conseguir la finalización de una contienda civil (como caso paradigmático habría que nombrar aquí el colombiano). Por lo que se refiere a este último supuesto existen dos posiciones enfrentadas: la de aquellos que invocan que hay crímenes (los de derecho internacional humanitario) que no pueden ser objeto en ningún caso de cláusula alguna de perdón, y la de quienes sostienen que la necesidad y la oportunidad de terminar con una contienda civil mediante fórmulas de perdón, equivale a un estado de necesidad que autoriza éstas incluso frente a crímenes especialmente rechazables. Pues bien, más allá de las sutilezas hermenéuticas acerca de los Convenios de Ginebra de agosto de 1949 o sobre el alcance del artículo 6.5 del Protocolo Adicional II a los referidos Convenios, así como de la Jurisprudencia del Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia (“caso Tadic”) o de la del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (especialmente en “casos” como el de Barrios Altos contra Perú en el que se discutía la compatibilidad de las leyes de amnistía 26479 y 26472 con la Convención Americana de Derechos Humanos), lo cierto es que la respuesta a la cuestión sólo se puede proporcionar a través de otra pregunta: ¿Qué es más rechazable, dejar de castigar crímenes de derecho internacional humanitario o permitir que continúe una crudelísima contienda civil con tal de salvar la invocada, huidiza y variable “moral internacional”? (y ello dejando a salvo el establecimiento de la verdad y el derecho a la reparación de los daños).

En cuanto a las autoamnistías, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió un veredicto –por sólo citar una resolución– que en su fundamentación ha sido acogido generalmente:

Las leyes de auto amnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que obstaculiza la investigación y el acceso a la



justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente (“caso Barrios Altos contra Perú”).

En todo caso conviene no ensalzar en demasía la justicia internacional, porque en no pocas ocasiones –y desde luego en sus precedentes más conocidos, Leipzig y Núremberg, pero no sólo- son tribunales de vencedores y no de justicia.

Bibliografía

- GÓMEZ ISA, F. (2008), “El fenómeno de la impunidad: luces y sombras en América Latina”, *Pensamiento iberoamericano*, Núm. 2, pp. 163-185.
- SÁNCHEZ FERLOSIO, R. (2007), “Ahora ser justos es perseguir la impunidad”, *Abaco: Revista de Cultura y Ciencias Sociales*, Núm. 51, pp. 66-67.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M^a. (2008), “¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la „lucha contra la impunidad” y del „derecho de la víctima al castigo del autor”, *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Vol. 29, Núm. 86-87, pp. 17-42.
- VV.AA. (1997), *Contra la impunidad: simposio contra la impunidad y en defensa de los derechos humanos*, Icaria, Barcelona.