

HERRA48

Impunidad, obstáculo para la democracia

La impunidad es uno de los mayores obstáculos para la consolidación de la democracia, pues no sólo estimula la violencia, sino que tiende a legitimar respuestas autoritarias y revanchistas de parte de sectores de la sociedad y de las autoridades.

Hay impunidad cuando queda sin sanción un acto que merece ser castigado. Pero hay que determinar cuáles son los actos que ameritan ser sancionados y qué se entiende por un castigo adecuado.

RODRIGO UPRIMNY*
Bogotá

En 1990, en Antioquia, en alguna de las mesas de trabajo que se establecieron para presentar ideas de reforma a la Asamblea Constituyente que se reuniría el año siguiente, alguien, tal vez desesperado por la violencia y la impunidad reinantes, formuló la siguiente propuesta: “Se establecerá la pena capital, *con métodos que causen dolor y sufrimiento*, para aquellas personas que cometan delitos considerados horribos”.¹

Este triste episodio muestra que, desde hace varios años, la impunidad representa uno de los obstáculos más importantes para la consolidación de la democracia en el país, ya que no sólo estimula formas delictivas y de violencia que afectan el goce de los derechos humanos, sino que, además, tiende a legitimar respuestas autoritarias y revanchistas de parte de sectores de la sociedad y de las propias autoridades.

Este impacto negativo de la impunidad es explicable, ya que en un Estado democrático de derecho el poder judicial juega un papel esencial, ya que le corresponde precisamente garantizar, en forma imparcial, la observancia de las normas que configuran el pacto social.

* El autor es profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia.

¹ Secretaría de Gobierno. Departamento de Antioquia. La Constituyente que quieren los Antioqueños. Medellín: Autor, 1991, p 51. Subrayado nuestro.

La impunidad generalizada significa entonces que la administración de justicia no es ya capaz de hacer cumplir esas reglas esenciales de convivencia, lo cual pone en cuestión la viabilidad misma de una sociedad democrática.

Pero la impunidad no es sólo grave por su profunda incidencia social y política sino porque es un fenómeno complejo y difícil de describir, analizar y enfrentar. Así, existen agudos problemas de definición y medición pues, más allá del consenso en torno a la grandeza la novela de Dostoiewski, los conceptos mismos de “crimen y castigo” son equívocos, y están entonces sujetos a discusiones sobre su alcance y sus formas de evaluación.

Tampoco parece haber acuerdo sobre cuáles son los factores que alimentan la impunidad en Colombia, pues se han propuesto numerosas explicaciones.

En tales circunstancias, no existiendo acuerdo ni sobre el alcance, ni sobre la génesis de la impunidad, no es sorprendente que las estrategias para enfrentarla no sean tampoco homogéneas.

Los retos son entonces grandes, pues urge construir herramientas conceptuales y políticas que permitan enfrentar -desde los derechos humanos y por medio de la democracia- la impunidad, con el fin de evitar no sólo que este grave fenómeno persista sino que triunfen las perspectivas autoritarias.

Qué es impunidad

En forma elemental, la impunidad es, tal y como lo señala el diccionario de la Real Academia Española, la “falta de castigo”. Hay impunidad cuando queda sin sanción un acto que, conforme a determinados criterios, merece ser castigado. Hasta aquí existe un relativo consenso entre los investigadores. Las divergencias comienzan cuando se entra a determinar cuáles son los actos que ameritan ser sancionados y qué se entiende por un castigo adecuado.

a. Alcances y límites del concepto estrictamente jurídico-penal de impunidad:

Jurídicamente sólo son sancionables los hechos definidos como conductas punibles por la ley. Por consiguiente, sólo se puede hablar de impunidad cuando han ocurrido delitos o contravenciones que no han sido sancionados en los términos establecidos por las normas vigentes.

Esta definición estrictamente jurídico penal de la impunidad tiene la virtud de la claridad, ya que las normas estatales determinan las conductas punibles con relativa precisión. Este enfoque facilita un tratamiento estadístico, ya que las autoridades policiales deben registrar todos los hechos punibles que llegan a su conocimiento, mientras que el DANE contabiliza las distintas decisiones de la justicia penal. Existe, pues, material empírico disponible para evaluar la extensión y evolución de la impunidad.

Este concepto de impunidad es, sin embargo, discutible, pues supone una aceptación acrítica de las prescripciones establecidas por la ley penal. Así, no habría impunidad en relación con conductas que pueden parecer atroces, pero que no son jurídicamente delitos. Por ejemplo, no se podría hablar hoy de la impunidad en el caso de las desapariciones forzadas, pues -oh sorpresa- en Colombia ellas no son un delito.

En otros eventos, el fenómeno es inverso: la ley penaliza comportamientos que muchos considerarían legítimos. Hoy, muchas normas penales, en general dictadas al amparo de los estados de excepción, criminalizan múltiples formas de protesta social.

A veces, el problema no radica en la descripción penal, sino en la intensidad del castigo previsto por la ley, el cual puede parecer muy bajo en relación con la gravedad del daño ocasionado por los autores. En otros casos ocurre lo contrario. La sanción puede parecer excesiva por desproporcionada.

La noción estrictamente penal de impunidad debe ser manejada con cuidado pues, como bien lo ha mostrado la criminología crítica, los delitos no existen como realidades naturales sino como creaciones jurídicas y sociales. Esa definición legal de los delitos y las penas -o lo que estos autores denominan criminalización primaria- no es un proceso neutro sino selectivo, pues tiende a privilegiar ciertos intereses, de acuerdo a los paradigmas políticos dominantes².

b. Impunidad y derechos humanos:

² Para una aplicación de estas teorías al caso colombiano, ver Emiro Sandoval Huertas. Sistema penal y criminología crítica. Bogotá: Temis, 1985.

Debido a los límites de la visión estrictamente jurídico penal, algunos autores, próximos a la criminología crítica, han propuesto diferenciar entre impunidad de “hecho” y de “derecho”³. La primera hace referencia a la falta de castigo de los delitos, mientras que la segunda comprende todos aquellos casos en que no se sancionan conductas que, a pesar de no ser definidas por la ley como hechos punibles, deben ser consideradas un crimen, en sentido amplio, ya que ocasionan un grave daño social.

Esta ampliación del concepto de impunidad es importante, pues permite relativizar los criterios del ordenamiento penal, con lo cual el análisis gana capacidad crítica. Sin embargo, esta perspectiva no deja de tener problemas, ya que no existe, ni puede existir, un consenso entre los estudiosos en torno a qué es un crimen en sentido amplio, pues la definición del daño social de una conducta depende mucho de la perspectiva ideológica y política de los autores.

Un comportamiento que aparece irrelevante desde un enfoque puede, por el contrario, ser considerado muy grave desde otros paradigmas. Por ello, algunos criminólogos consideran que es necesario construir un concepto más objetivo, para lo cual proponen equiparar crimen y grave violación de los derechos humanos.

Esta tentativa es interesante, pues el análisis mantiene la distancia frente a las definiciones del ordenamiento penal nacional, sin caer en un total relativismo, ya que los pactos internacionales sirven de marco objetivo de referencia.

Empero, la indeterminación subsiste, ya que dichas normas internacionales de derechos humanos no son siempre precisas. Además, surgen nuevos problemas, pues este enfoque, paradójicamente nacido de la crítica al sistema penal, podría conducir a una especie de huida hacia el derecho penal, que podría terminar agravando los problemas de impunidad, ya que se podría concluir que toda situación en que se afecta un derecho humano merece ser penalizada.

Sin embargo ello no es así, porque en muchos casos el derecho penal no es un instrumento adecuado para enfrentar estos fenómenos, por cuanto puede agravar los problemas sociales, en vez de resolverlos. La política criminal no

³ Sobre estas nociones, ver Alvaro Orlando Pérez Pinzón. Diccionario de criminología (3 Ed). Bogotá: Forum Pacis, 1993.

puede reducirse al uso de los instrumentos penales. Antes de recurrir a la criminalización de una conducta es necesario pensar no sólo en la gravedad del hecho sino en la idoneidad del sistema penal para enfrentarlo.

Cómo medir la impunidad

Fuera de los problemas conceptuales, los análisis enfrentan también dificultades de medición. Incluso si se restringe el examen al campo penal, no es fácil determinar la extensión y gravedad de la impunidad.

En primer término, no todos los delitos llegan a ser conocidos por la justicia. Por ello se habla de la criminalidad oculta o cifra negra de la criminalidad, la cual resulta de la diferencia entre el número total de hechos punibles cometidos en un periodo (criminalidad real) y aquellos que llegan a conocimiento de las autoridades (criminalidad aparente o registrada)⁴.

Esta criminalidad oculta no sólo implica ya una forma de impunidad sino que dificulta la cuantificación precisa del fenómeno.

No es claro cuál es el dato verdaderamente significativo en esta materia, pues la falta de condena frente a una denuncia no implica obligatoriamente impunidad.

La mayor parte de los análisis se basa en evaluaciones sobre la totalidad de los delitos, con lo cual se corre el riesgo de estar sumando peras y manzanas, pues no todos los hechos punibles son de igual gravedad, y por ende la falta de castigo no tiene siempre la misma relevancia.

Todos estos factores inciden en la validez y confiabilidad de las distintas cifras sobre impunidad, por lo cual ellas deben ser manejadas con pinzas.

Factores y lógicas de la impunidad

La impunidad en Colombia es muy compleja y diversa. No existen, por ejemplo, muchos elementos comunes entre las razones que explican la falta de castigo de una tortura, de una agresión intrafamiliar, de un aborto, de un raponazo o de

⁴ Sobre estos conceptos ver el texto citado de Pérez. Ver igualmente Alfonso Reyes Echandía. Criminología. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

un caso de corrupción administrativa. Por eso resulta muy difícil atribuirla a un sólo factor, por lo cual vale la pena presentar algunas de las explicaciones más usuales sobre el origen de la impunidad.

1. Ausencia de recursos: Antes de la Constitución de 1991, muchos estudios atribuían la impunidad a la falta de recursos de la justicia. Sin embargo, en los últimos años ha habido un notable incremento de las asignaciones públicas para este sector, cuya participación en el presupuesto nacional pasó de 2.9% en 1990 a 5.4% en 1995. Casi el 50 % de los gastos corresponden a la Fiscalía General, que pasó de tener 10.000 funcionarios en 1992 a 20.000 en 1996⁵. Por ello, sin negar que la justicia sigue teniendo problemas de recursos, es necesario tener en cuenta otros factores de impunidad.

2. Ineficacia administrativa: Otras interpretaciones tienden a resaltar las dificultades de manejo administrativo dentro de la propia Rama Judicial, lo cual se traduce en congestión y morosidad en casi todos los campos. Esto se debería a malos hábitos gerenciales y a una inadecuada carga de trabajo entre los distintos despachos. Hace unos dos años las fiscalías se encontraban sobrecargadas de trabajo, mientras que los jueces resolvían muy pocos casos⁶.

3. Formalismo y cultura litigiosa: Otros análisis insisten en problemas de cultura judicial, pues los funcionarios y las leyes tienden a privilegiar el ritualismo y el procedimiento escrito, lo cual resta eficacia, rapidez y transparencia democrática a la justicia en general y al sistema penal en particular. Según estas tesis, el esquema judicial colombiano parece diseñado más para imponer costos a las partes y dificultar la solución de los procesos, que para proporcionar un escenario apto para una resolución satisfactoria de los conflictos⁷.

A lo anterior habría que agregar las viejas tradiciones de intolerancia y de violencia que han hecho que sea muy precaria una cultura de la negociación

⁵ Ver Comisión de Racionalización del Gasto y las Finanzas Públicas. El sistema judicial y el gasto público. Bogotá: mimeo, octubre 1996, pp 19 y ss.

⁶ Sobre este desequilibrio, ver "La justicia dos años después de la reforma constitucional" en Coyuntura Social, No 11, 1994.

⁷ Ver Armando Montenegro. Justicia y desarrollo. Bogotá, Departamento Nacional de Planeación, 1994

como forma democrática y cotidiana para hacer frente a la inevitable conflictividad social.

Los colombianos no han sabido sustituir la vieja ética de la obediencia, basada en el predominio de la cultura religiosa y la lógica señorial clientelista, por la ética que puede fundamentar la ciudadanía en un mundo secularizado, esto es una moral de respeto mutuo y universal, una ética moderna basada en el reconocimiento de derechos y responsabilidades y en la obligación de respetar a toda persona como portadora de derechos.

4. Excesiva oferta judicial: Para ciertas perspectivas, una excesiva judicialización de la resolución de los conflictos sociales ha congestionado en forma innecesaria la justicia, por lo cual se considera conveniente estimular formas no judiciales de resolución de los litigios, como la conciliación o el arbitraje. En ese mismo orden de ideas, también se propone que algunas conductas sean despenalizadas, pues su criminalización ha sido contraproducente.

5. Precariedad de la oferta judicial: En otros campos la impunidad está ligada a un problema de acceso a la justicia, que impide que se sancionen y solucionen violaciones a los derechos de las personas. Por ejemplo, la tutela puso en evidencia la manera impune como hasta hace poco se estaban violando un gran número de derechos fundamentales.

6. La impunidad como inmunidad: Muchas impunidades se explican debido a la acción de agentes que utilizan presiones para obstaculizar la acción de la justicia. La impunidad es aquí una inmunidad, pues las amenazas y la corrupción impiden que las investigaciones lleguen a buen término. En algunos casos se trata de poderosos actores externos al aparato estatal, como los narcos o la guerrilla, pero en otros eventos el bloqueo a las investigaciones judiciales proviene de otros agentes estatales, como ha sucedido en muchos casos de violaciones a los derechos humanos.

7. La precariedad y la desarticulación investigativa: La desarticulación y la militarización de los cuerpos de policía judicial ha sido uno de los factores esenciales de impunidad. Esta situación dificulta la colaboración entre estos órganos investigadores. Además, se limita la capacidad sancionadora del poder judicial ya que, en muchos casos, los investigadores no están verdaderamente al servicio de los funcionarios judiciales sino de la cúpula de la institución de la

cual hacen parte. La labor de coordinación de la Fiscalía no ha sido suficiente en este campo y, según algunos investigadores, ha sido incluso perjudicial, por cuanto ha pretendido desplazar totalmente a los otros cuerpos de policía judicial⁸.

8. La benignidad de la ley penal y el exceso de garantías: Según otros enfoques, la impunidad es efecto de la laxitud de la ley penal, no sólo por la benignidad de las penas y la amplitud de las rebajas, sino por un exceso de garantías constitucionales que obstaculiza la acción estatal contra una poderosa criminalidad⁹. Se propone aumentar los poderes de las autoridades, como conferir a las Fuerzas Militares facultades de policía judicial. Igualmente se busca endurecer las penas para aumentar el poder disuasivo de la ley. La teoría que subyace es que si no es posible sancionar la mayoría de los delitos, deberían castigarse en forma ejemplarizante al menos unos pocos, por lo cual debería pensarse, incluso, en restablecer la pena de muerte.

9. Fuero militar y violaciones a los derechos humanos: En materia de violaciones de derechos humanos, los diagnósticos son diversos, pues muchas organizaciones no gubernamentales consideran que la falta de castigo deriva de arreglos institucionales, como el fuero militar, que evitan que exista una investigación imparcial de esos crímenes, debido a un equivocado espíritu de cuerpo en esas instituciones. La impunidad es en este campo un sinónimo de una inmunidad institucionalizada.

10. El inadecuado diseño de la Fiscalía: Según ciertos enfoques, la confusión de las funciones judiciales y de investigación en la Fiscalía, fuera de ser un riesgo para las libertades, contribuye también a la impunidad, pues impide una verdadera especialización investigativa de los fiscales y judicializa excesivamente la propia recolección de las pruebas.

11. Una justicia en permanente emergencia y la falta de política criminal: Uno de los elementos que más ha contribuido a la crisis de la justicia penal es que los gobiernos han privilegiado el uso reactivo de los instrumentos de excepción para enfrentar, en forma bélica, grandes desafíos, como el narcotráfico o la guerrilla. De esa manera se desestima la justicia ordinaria, la

⁸ Ver Jaime Giraldo Angel. "El fracaso de la reforma constitucional de la justicia" en Coyuntura Social, No 15, 1996, p 109.

⁹ Ibidem, pp 111 y ss.

cual perdió cada vez más su capacidad para resolver adecuadamente los conflictos cotidianos. Esto se encuentra profundamente ligado a la falta de una política criminal consistente y de largo plazo, pues en general las estrategias contra el delito han sido reactivas y coyunturales.

12. Efectos de la injusticia social: Algunos análisis consideran que la impunidad es una variable dependiente de otros fenómenos sociales, en especial de la existencia de una intensa delincuencia, la cual deriva, a su vez, de condiciones sociales de injusticia e inequidad. Por ello, estas interpretaciones concluyen que sólo reformas sociales profundas pueden disminuir la delincuencia y reducir la impunidad.

13. Impacto de la criminalidad organizada y del narcotráfico: Otras interpretaciones atribuyen al narcotráfico el peso determinante de la impunidad. Según estos enfoques, las presiones de los *narcos* a los jueces, en un trasfondo histórico caracterizado por la precariedad del Estado colombiano, han asegurado no solamente la impunidad a los narcotraficantes, sino que han tenido consecuencias más globales, puesto que han paralizado y descompuesto el conjunto de la justicia penal, con lo cual los litigios ordinarios se resuelven crecientemente por la vía de los hechos¹⁰.

Estrategias frente a la impunidad

Sin duda es posible reagrupar los anteriores factores de impunidad -que no son los únicos- con el fin de lograr una visión más articulada del problema.

Algunas impunidades están relacionadas con el diseño y la orientación de la intervención penal (4, 5, y 11), otras con la disponibilidad y la gestión de los recursos (1, 2 y 3), un tercer grupo tiene que ver con problemas institucionales y jurídicos que obstaculizan la aplicación de la ley penal (6, 7, 8, 9 y 10), y un último grupo podría estar constituido por los factores sociales que estimulan la delincuencia y sobrecargan el sistema penal (12 y 13).

a- Impunidad, impunidades y estrategias múltiples.

¹⁰ Ver Daniel Pécaut. "Colombia: violencia y democracia" en *Análisis Político*. No 13, p 47.

Así como los “violentólogos” han sugerido, desde hace algunos años, que en Colombia se debería hablar de las violencias y no de la violencia, tal vez convenga también hablar de las impunidades y no genéricamente de la impunidad, pues la lógica de las mismas es muy variable.

No siendo iguales estas impunidades, no pueden ser idénticas tampoco las estrategias para enfrentarlas, por lo cual es necesario elaborar explicaciones y políticas diferenciadas.

Como es usual, los diagnósticos prefiguran las estrategias. A cada uno de los anteriores factores de impunidad corresponde tácitamente una propuesta específica.

Esa eventual diversidad de orientaciones no es en sí misma negativa, pues la mayoría de las interpretaciones reseñadas tienen algún grado de verdad. Además, debido a su complejidad, no parece posible disminuir la impunidad en Colombia sin la utilización de distintas herramientas.

b- No perder de vista el bosque.

Lo anterior no significa que la solución consiste en sumar los diversos remedios propuestos, por cuanto no “todo vale”, ya que algunas estrategias son incompatibles entre sí.

Por ejemplo, la concesión de nuevas prerrogativas a los organismos de seguridad del Estado podría agravar -si es que eso es posible- la impunidad en la violación a los derechos humanos. Además, los factores de impunidad reseñados no tienen el mismo peso, pues algunos -como la ausencia de política criminal- juegan un papel global determinante.

Por ello, los árboles no deben impedir ver el bosque. El reconocimiento de las distintas impunidades y de la complejidad del problema no debe hacernos perder la perspectiva de la totalidad, esto es, la manera como las impunidades se articulan y se interrelacionan.

Igualmente, a pesar de las importantes coincidencias que pueden existir entre los distintos diagnósticos, no se debe ocultar que hay perspectivas encontradas en torno al problema de la justicia y la impunidad en Colombia.

Para algunos, la búsqueda de eficiencia en la lucha contra la delincuencia justifica algunas excepciones a los derechos humanos, pero esa estrategia no es sólo éticamente inaceptable sino contraproducente, incluso en términos de gobernabilidad, pues genera nuevos focos de impunidad y de inestabilidad institucional.

La lucha contra la impunidad involucra entonces no sólo discusiones sobre cuáles son las herramientas técnicas más adecuadas en este campo, sino que es también un debate político sobre el tipo de sociedad y de administración de justicia que queremos.

Guía de trabajo

Para formarse una mejor idea de los problemas que genera la impunidad, se proponen los siguientes dos ejercicios:

1. El lector buscará ejemplos de casos que ilustren algunas de las impunidades reseñadas en el texto. Igualmente, se interrogará si existen otras impunidades y otros factores condicionantes.

Intentará analizar cuál de esos factores es el dominante, en caso de que exista alguno, y cómo se interrelacionan y retroalimentan esos distintos tipos de impunidad.

Con base en ello, intentará formular una estrategia contra la impunidad.

2. Haga un listado de algunas conductas que son definidas como delito por la ley y que usted considera que son un legítimo ejercicio de derechos constitucionales.

Señale comportamientos que no se encuentran penalizados y que usted considera que ameritan protección penal.

Establezca casos en que las penas para un hecho punible le han parecido insuficientes o, por el contrario, excesivas.