

# *La impunidad*

## *La impunidad, un escándalo en el Estado de Derecho*

FEDERICO CARLOS SAINZ DE ROBLES\*

*1. Presentación de la cuestión.* Trato de la impunidad en un Estado de Derecho. Para que se hagan el derecho y la justicia —¿son en verdad dos cosas distintas?— es necesario que quien infrinja aquél, sufra el castigo que le había sido pronunciado. Lo que por otra parte responde a un íntimo sentimiento de justicia —en suma, a cada cual lo suyo— que, quiero creer, es innato en la condición humana. Con todas las contaminaciones que esta condición conlleva y que, a las veces, hace muy dificultoso distinguir ese sentimiento de la venganza o del rencor; o, más habitualmente, de la doble medida, según haya de aplicarse a los demás o a uno mismo.

El Estado de Derecho —en rigor, cualquier Estado que merezca el nombre proscribiendo la privada retribución— ha complicado en cierta manera la satisfacción de ese sentimiento de justicia. Me atrevo a decir que incluso ha transformado su contenido y su fisonomía.

Está más allá de mis fuerzas llegar a un diagnóstico preciso y justificado de la complicación y la transformación a que aludo.

\* Abogado.

Creo, sin embargo, que puedo establecer algunas premisas, la mayoría, tópicos (iba a decir, lugar comunes, pero prefiero matizar indicando que “debían serlo”) y, abrir caminos para desterrar malentendidos.

## *2. Premisas, o lo que debían ser lugares comunes.*

A) La noción o intuición más inmediata del Estado de Derecho adelanta la imagen de una estructura de poder que es producto de normas y queda sujeto a ellas en todas sus manifestaciones y actividades. Que se trate de normas que el poder se da o de un rango no sólo superior sino anterior a él es cuestión decisiva, puesto que equivale a admitir que no estamos ante una decisión voluntaria del propio poder, sino ante una verdadera y sustantiva sujeción. Sin necesidad de alzar el punto de mira a fecha anterior a la terminación de la última guerra mundial, se comprobará que todas las constituciones de los Estados triunfadores admiten, por escrito, la prevalencia incontestable de unos valores fundamentales de la existencia (libertad, dignidad, justicia, participación en las decisiones básicas de la propia existencia) que no han dudado en acuñar como derechos y apellidar de fundamentales. Lo singular del hecho consiste en que no sólo los Estados derrotados, sino todos los que paulatinamente van apareciendo en la escena mundial, quieren acomodarse al modelo. La reserva mental y los desmentidos de hecho —evidentes, incluso entre los vencedores— robustecen aun más lo fecundo, por ahora, de aquél. Las cotidianas transgresiones tratan de cubrirse con las formas aceptadas; mentira y falacia, desde luego. Pero aun no está aclarado si, en la vida pública, una gota de hipocresía es preferible al cinismo desnudo.

B) Debemos intentar el ajuste de esta imagen inmediata, primaria.

Al mencionar normas, estamos hablando ante todo de palabras. Sólo con éstas se hacen aquéllas. Que hay normas no escritas —los usos y costumbres— nadie lo pondrá en duda. Pero tampoco que, llegada la hora en que los usos quieren manifestar eficacia, se exteriorizan con palabras. Y lo mismo cabe decir de los llamados principios no escritos (derecho natural, por ejemplo) y que, con nuestra Constitución en la mano, habría que calificar más bien como principios escritos de contenido expansivo y orientados a valores superiores, igualmente expresos. Palabras, pues, en todo caso.

Palabras, cuyo manejo corresponde a hombres. Para escogerlas en la elaboración de normas y para aplicarlas luego a los sucesos de la existencia. Aunque nos refiramos a los Cuerpos legislativos, a la Administración, al Poder Judicial, a cualquier Corporación o Institución, quien pone la pluma o levanta la voz es un hombre individual, una persona física.

El lenguaje, el habla, son ya de suyo proclives tanto a manifestar como a enmascarar. No hay por qué añadir oscuridad a las tinieblas adentrándonos, más de lo que ya sucede, en el mal uso del lenguaje disponible.

Ambos datos han de ser tenidos muy en cuenta en cuanto advirtamos que los hechos que merecen castigo —que no deben quedar impunes— han de hallarse previamente descritos —y rigurosos y exactamente— en una norma de rango adecuado que, además, ha de precisar la sanción aplicable a la transgresión. La misma selección de los hechos punibles implica que los hombres legisladores discernan la protección que merecen los valores en los que la vida privada y pública se sustenta.

Los hay indiscutibles, como la vida, la propiedad, la libertad; otros lo son menos; y algunos están decididamente al servicio de alguna política coyuntural. Los clásicos vieron claramente la distinción —muy honda y muy certera— entre los prohibita quia mala y los mala quia prohibita. Ello puede predicarse en lo que toca a la asignación de las sanciones (penas).

C) El mecanismo de represión penal está atribuido exclusivamente a los jueces; singularmente lo que conlleva, aun cuando sea cautelarmente, privación de libertad.

Los jueces, mediante un juicio, establecen cuándo los hechos atribuidos a alguien se ajustan a la definición de la infracción y aplican —si el juicio es positivo— la sanción prevista, adaptándola a las circunstancias objetivas del hecho y subjetivas del autor.

Lo hacen a través de un proceso contradictorio —generalmente, público— en el que, con exquisito respeto al derecho de defensa del acusado, corre a cargo de quien acusa —Fiscal o particular— proporcionar prueba lícita y suficiente.

Ni que decir tiene que el juez y todos los intervinientes en el proceso han de habérselas con las palabras en que ha plasmado la norma en juego, para utilizar luego las suyas en el debate y en la sentencia.

D) Palabras y hombres para calibrar la difícil tarea —acaso la más difícil y más responsable— de discernir la impunidad de la falta de responsabilidad. La arista más abrupta de este contenido ha encontrado desde muy antiguo una expresiva fórmula: “es preferible absolver a un culpable que condenar a un inocente”.

Máxima, o mínima, según se miré, cuya razón profunda nadie de limpio corazón podrá discutir, ni siquiera la víctima.

Ahora bien, estamos ante una pauta cuyo funcionamiento debe evaluarse con sumo cuidado, siquiera sea desde un punto de vista tan usualmente deleznable —para asuntos humanos— como es el cuantitativo, revestido o no de marchamo estadístico. Por lo pronto, es patente que no tolera “excesos” en la impunidad, que provengan del mal funcionamiento de las normas o de sus aplicadores. Si el exceso se comprueba con rigor, las normas de definición o de aplicación deberán ser corregidas con presteza. No se olvide tampoco que, a la postre, la evaluación la realizan también hombres utilizando palabras (a palabras habrán de traducirse necesariamente los números).

Premisas insoslayables que frecuentemente se olvidan al enjuiciar lo que supone una impunidad significativa —por tanto, intolerable— en el Estado de Derecho de una sociedad que se llama a sí misma avanzada, si es que de verdad acepta, en contrapartida a las ventajas que indudablemente le proporciona, los presupuestos a que he hecho una rápida referencia.

*3. Los caminos que deben quedar abiertos.* Sólo caminos. Abiertos, empero, para que sean andados hasta el límite de lo posible.

Aunque, considerando bien la perspectiva que adopto, habría que decir más bien que se trata sobre todo de cerrar falsos caminos.

Previamente, habrá que prestar alguna atención a la función que cumple el Derecho en la lucha contra el delito; o contra el mal, como decía Carnelutti. En la esfera pública no hay otro instrumento que el Derecho para luchar contra el delito. Pero, en forma análoga a lo que sucede con el Estado que se viste con este nombre, el combate se emprende y se sigue con arreglo a estrictas normas jurídicas. Que, evidentemente, no respeta el infractor, aun cuando vuelva ahincadamente a ellas, si se ve sometido a enjuiciamiento o, simplemente, a persecución, requerimiento o sospecha.

No tiene el Estado otro instrumento de lucha contra el delito o, para ajustarme al título de la conferencia, para luchar contra la impunidad. El Derecho, examinada la cuestión en bloque y a primera vista, proporciona más ventajas al infractor que a la sociedad —o a la víctima concreta— agredida; se le ha reprochado así.

Sería una conclusión apresurada. Porque lo primero que hay que advertir es que el supuesto infractor sólo pasa a serlo de verdad mediante una sentencia judicial que así lo declare. No antes. Hasta que la sentencia se produce, por muy sospechoso que resulte, tiene derecho a ser considerado y tratado como inocente. De otro lado, y hasta que llega el pronunciamiento de los jueces, la legislación en vigor brinda ya mecanismos para proteger a las víctimas contra los efectos más indeseables y agresivos del hecho delictivo.

Conviene, además, examinar con rigor los distintos trabajos encomendados por el Estado a los servidores a quienes atribuye la definición y prevención de hechos reprobables, la investigación, el enjuiciamiento y, finalmente, el castigo y cumplimiento de la sanción, si hubiere lugar a ella. Eludo deliberadamente cualquier referencia a la división o separación de los poderes tradicionales; no sé hasta qué punto la doctrina tradicional, casi tricentenaria, necesita una revisión a fondo, pero lo cierto es que la distinción de lo que llamo, a ras de tierra, “trabajos”, resulta indispensable para el funcionamiento claro y ágil del propio Estado. Teóricamente, la distinción es nítida. El legislador proporciona las normas; el administrador previene las transgresiones y el juez las enjuicia. La evaluación de las impunidades intolerables debe llevarse a cabo, imputando a cada “operador” las disfunciones que le corresponden con su cometido.

Lo que sucede no responde totalmente al esquema.

Por lo pronto, la aparición, el indicio, de un hecho que reviste los caracteres de delito (o de falta) llama inexorablemente a la competencia exclusiva del juez.

Evidentemente, el indicio requiere una comprobación. La investigación conlleva, aparte las pesquisas adecuadas, el aseguramiento de las pruebas, la identificación de los presuntos responsables y de las víctimas, y la adopción de las medidas cautelares, a las que me referiré en seguida con más detalle.

Esta fase, la fase de instrucción, que ya es procesal, la encomienda nuestro ordenamiento a un juez. Otros lo hacen al fiscal. Tienen sus actuaciones un único objeto: preparar y hacer viable el

auténtico juicio, cometido consustancial al poder judicial. Técnicamente, esta fase se resuelve habilitando la formulación de una acusación en sentido propio (o, alternativamente, una pretensión de sobreseimiento, de clausura de las actuaciones). No es ocasión de detenerse en estos pormenores, por otra parte, bien identificados por la doctrina y la jurisprudencia.

Lo que, para mí propósito, ha de destacarse es que en esta fase de instrucción el juez precisa la colaboración de la policía, institución tradicionalmente integrada en el poder ejecutivo, en la Administración.

Aunque la figura de la policía judicial es bien conocida en muchos ordenamientos, e incluso en el nuestro, a partir del artículo 126 de la Constitución —lo que podría considerarse un mandato para todos los poderes constituidos— lo cierto es que, como tal institución dependiente funcionalmente sólo del juez y rodeada de las mismas garantías de inamovilidad e independencia que éste, no se ha implantado con la claridad y contundencia que la instrucción exige. La dependencia orgánica que la llamada así, policía judicial, exige, enturbia con no poca frecuencia el menester peculiar de la instrucción. Los ejemplos podrían multiplicarse pero, en aras a la claridad, prefiero ceñirme a alguno muy significativo y ciertamente decisivo para el objeto de la fase instructora. Aludo a las medidas cautelares que limitan esferas de la intimidad de aquellas personas que, aun cuando involucradas en el proceso judicial, han de ser tratadas como inocentes: la intervención de las comunicaciones es paradigmática. La organización actual exige que la policía de investigación solicite el mandamiento judicial para poder llevarla a cabo. El control de la oportunidad, justificación (aunque sea indiciaria), extensión y, a “posteriori”, efectividad, queda sujeto a exigencias extremas —véase, al efecto, la que determina, nada menos, que la ilicitud de las pruebas obtenidas y, por tanto, su inoperancia para el juicio de culpabilidad—. La absolución por falta de pruebas o por la ineffectividad de las proporcionadas por la acusación es una de las fuentes de la irritación social ante la impunidad. No digo que “anomalías” de este tipo sean totalmente evitables en un ordenamiento esencialmente garantista, desde el momento en que se articula la pretensión de inocencia como derecho fundamental. Los justamente “irritados” deben reconsiderar que es el ordenamiento que han —hemos— querido. Pero sí digo que una auténtica policía judicial, integrada, como quiere la Constitución, en el poder judicial, eliminaría buena parte de las piedras de escándalo. En la ocasión, lo poco es mucho. Sobre todo, esclarecedor.

Quizá sea preferible ilustrar todo este conjunto de problemas (no resueltos, si es que son solubles) en torno a unos pocos puntos de observación o tópicos a que recojo tal como los formulan el sentir popular y los medios de comunicación.

•“Los detenidos entran en los Juzgados por una puerta y salen por la otra”. Es una de las expresiones, elevada casi al rango de dogma, más oídas y repetidas que traduce una general exasperación ante la impunidad. Se trata de detenidos por la acción policial que son puestos a disposición del juez, junto con un atestado en el que figuran los datos relevantes del hecho; la detención es fruto —legítimo— de un juicio policial, determinante de una privación de libertad, provisional y temporalmente limitada, sujeto, naturalmente al juicio del juez de instrucción que, para mantener la privación de libertad del detenido, ha de re-valorar los datos del atestado y las circunstancias previstas por la ley, algunas taxativas y rigurosas; otras más difusas, como “la alarma social”; entre ellas y significativamente, la pena prevista por la ley para la

supuesta infracción, de suerte que sólo penas superiores a la de prisión menor pueden fundar la privación provisional de libertad. Sin que pretenda aquí y ahora trazar un cuadro mínimamente preciso del esquema de la institución, quisiera poner sobreaviso al lector de que la prisión provisional, como todas las medidas cautelares que adopte el juez durante la instrucción y que puedan afectar a derechos distintos de la libertad, singularmente, al patrimonio, no tienen otra finalidad que garantizar la celebración del auténtico juicio y no pueden dañar —teóricamente, claro— la presunción de inocencia, que, excútese la insistencia, tiene que quedar —teóricamente, claro— incólume hasta la firmeza de la sentencia condenatoria. E insisto porque sólo el legislador puede modificar los presupuestos de aquellas medidas. Sólo el legislador, pero aun éste toparía con el escollo de la presunción de inocencia, a resguardo de la Constitución.

Aparte los posible errores del juez —o de la policía—, con los que, sin embargo, hay que contar, ésta es la situación que debe afrontar el ciudadano acomodado en la Constitución.

En suma, un ordenamiento que garantiza y que cuenta como núcleo básico de sus principios con la inocencia de los titulares de todo poder, crea, evidentemente, riesgos. Si entra dentro de las expectativas razonables disminuirlos al máximo, nunca será posible eliminarlos, sino a costa de una reducción —intolerable— de la libertad. Reducción que acamparía ya fuera de la Constitución. Hasta qué punto los juicios rápidos, que promete con urgencia el legislador, encajarán en los presupuestos que a vista de pájaro he enunciado, no lo sé. Habrá que otorgar un amplio margen de confianza.

No se trata, pues, de que los detenidos entren en un Juzgado por una puerta y salgan por la otra. Saldrán por la misma.

- Si se me ha entendido bien hasta aquí, se entenderá mejor lo que sigue.

En primer lugar, la función del juez —ni siquiera del juez de instrucción— no consiste en “robustecer la moral de la policía” (expresión que también se ha oído mucho; y yo lo he oído recientemente a responsables políticos del más alto rango), sino en dispensar a todos plena tutela judicial de sus derechos, entre ellos, el fundamental a la presunción de inocencia.

En segundo término, la distribución de las distintas funciones del Estado, a las que ya he aludido, da a una clara fisonomía a la del juez en cuanto a la persecución de los delitos y erradicación de la impunidad. Retomo aquí otro tópico (pronunciado también desde altas tribunas) según el cual “los jueces colaboran —o dejan de hacerlo— en la lucha contra gravísimos hechos, como el terrorismo, el narcotráfico, las mafias”. El juez ni colabora ni lucha contra estas plagas. Juzga a personas con nombre y apellidos, según las pruebas lícitas que se le ofrecen y según el resultado de los debates. Condena si las pruebas son suficientes y absuelve si no lo son. En puros términos, ésta es la forma en que el Estado asigna al Juez para “la lucha”. No cabe otra dentro del Estado. Lo que no elimina o impide la prevención, sólo cabe confiarlo a una sentencia judicial. *Tertium non datur*. Que aquí ha de contarse con los humanos errores, no hay ni que mencionarlo.

- Dentro de lo que es ya actividad judicial procesal, se ha introducido un grave error de perspectiva. Consiste en hacer gravitar la función del juez sobre la fase de instrucción, en vez de colocar el punto de mira en el juicio propiamente dicho.

La instrucción, aun siendo de suma importancia, puesto que es la preparación del juicio, es una fase subordinada.

Por lo pronto, no suministra pruebas; acumula datos para que las pruebas se ofrezcan en el juicio.

Las prisiones provisionales decretadas en el sumario no pueden ser anticipo de la pena, que ni siquiera se sabe si terminará por ser impuesta; no puede ser un “arma” para conseguir pruebas ni puede tener una duración excesiva. El hecho de que la ley limite la máxima, no quiere decir, ni de lejos, que quede excluido el límite mínimo, el que requiera estrictamente la función instructora. Lo exige así el respeto a la libertad individual.

Un Estado de Derecho no puede funcionar correctamente a base de medidas cautelares adoptadas en la instrucción. El error de perspectiva a que aludo se traduce también en tópico: “los tribunales que se atreven a desbaratar la labor del juez instructor”.

Éste es otro de los caminos que deben quedar bien clausurados.

- No puede llegar a todos. Pero hay uno que rechina demasiado para eludirlo: la protección rápida—inmediata— de la víctima.

La más que centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal, que, pese a los parches que le han sido injertados, subsiste vigente, tiene prevista esa protección en su artículo 13, incluso en los casos en que el juez que aborda la instrucción no sea competente para proseguirla, por corresponder a una jurisdicción especial: las califica de “primeras diligencias”, esto es, primordiales o indispensables siempre, hasta el punto de justificar medidas cautelares de las llamadas “fuertes”. Suprimidas las jurisdicciones especiales por la Constitución, el precepto puede despegar sin cortapisas.

No ha merecido excesiva atención a la doctrina este fundamental cometido del juez de instrucción. Ni, según la opinión común, tampoco se ha esmerado mucho la aplicación práctica.

La protección rápida a la víctima no es exactamente un correctivo de la impunidad, pero sí una atenuación, de efecto psicológico inmediato y, sin duda, un factor que atempera mucho la dosis de venganza que encubre a menudo el ansia de justicia de la víctima.

*4. A modo de conclusión.* Si es que la discusión sobre la impunidad en un Estado de Derecho puede darse alguna vez por cerrada, lo que tengo por imposible, yo, sin embargo, debo hacerlo. Según Julián Marías, el desmontaje de la mentira en el intercambio del lenguaje y de las ideas es menos resistente que en el plano político o social. De ahí que recomiende comenzar por allí la impugnación de la mentira. No sé que decir a esto.

De momento, impunidad y mentira parecen tener poco que ver. La observación de Marías cerraba un luminoso artículo cuyo título, tomado del Evangelio de Juan, capítulo 8, versículo 32, es aun más luminoso: “La verdad os hará libres”.

La impunidad, que puede llegar a ser mentira, quién lo duda, cuando los encargados de corregirla obran torticeramente, es una injuria al sentido de justicia. Ahora bien, en la medida en que pudiera alcanzarse la plena erradicación de este mal, o, más probablemente, en la medida en que sí puede —y debe— corregirse razonablemente (lo razonable es un criterio de enorme peso en una sociedad de libertades), lo que debe ser eliminada, también de raíz, es la mentira —y hasta los caminos erróneos— en la aplicación de remedios.