



**Ius et Praxis**  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
UNIVERSIDAD DE TALCA  
revista-praxis@utalca.cl  
ISSN:0717-2877  
TALCA, CHILE

1998

Jean Pierre Matus A.

**CRISIS DEL DERECHO E IMPUNIDAD**

*Ius Et Praxis*, Año 4, Número 2

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

UNIVERSIDAD DE TALCA

TALCA, CHILE

pp. 17-26

# CRISIS DEL DERECHO E IMPUNIDAD<sup>1</sup>

Jean Pierre Matus Acuña (\*)

## INTRODUCCIÓN

Cuando se habla de “crisis del derecho e impunidad” se puede estar hablando de muchas cosas distintas a la vez, más aún dentro de un tema general como es la “enseñanza del derecho en América Latina como *instrumento de integración y de paz*” y, por tanto, convendría precisar el alcance de la discusión, y también, el de esta ponencia.

O sea, cabe preguntarse a qué clase de “crisis” nos referimos, de qué “derecho” estamos hablando y cómo se relacionan ambos términos con una determinada “impunidad”.

La salidad fácil a esta cuestión es planteando el asunto en relación a los grandes temas de la política, y sobre todo, acudiendo a las ideas que circulan acerca de la incapacidad de los Estados latinoamericanos de castigar a quienes han participado y colaborado en las violaciones a los derechos humanos más o menos masivas que en los años setenta asolaron nuestro continente, más aún viendo que en algunos de nuestros países, como sucede particularmente con Chile, los dirigentes máximos de los gobier-

---

(\*) Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Penal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de Talca.

<sup>1</sup> Ponencia presentada a la *XII Conferencia de Facultades, Escuelas e Institutos de Derecho de América Latina*, a realizarse en la Universidad INCCA de Colombia, Facultad de Ciencias Jurídicas y del Estado, Bogotá, Colombia, 11 al 13 de noviembre de 1998.

nos *de facto* de aquella época detentan hoy en día importantes posiciones de poder (en el senado de la República, compuesto de apenas 42 miembros, seis de ellos fueron altos oficiales de las Fuerzas Armadas y uno incluso Jefe del Estado del gobierno militar).

Sin embargo, quizás convendría analizar un poco más el tema propuesto, para estudiar sus incidencias en el ámbito de la enseñanza del Derecho penal, que es, según comprendo una de las ramas del derecho más involucradas en el tema.

Por lo que entiendo, parece que se trata de postular por crisis una cierta incapacidad del derecho penal vigente para enfrentar los problemas de la actualidad, y sobre todo, la necesidad de un “cambio” en ese derecho para enfrentar esos problemas. Es decir, parece que se entiende por crisis -y se asume como tal-, lo que el diccionario define como “situación de un asunto o proceso cuando está en duda la continuación, modificación o cese”, y que tal crisis genera “impunidad”. O quizás, que la “impunidad” genera esa crisis.

Sin embargo, si por “impunidad” se entiende lo que señala el diccionario, esto es, “falta de castigo”, tal “falta de castigo” puede tener varias causas y desencadenar diversos efectos, atendiendo al hecho que no fue castigado.

Así, puede entenderse que la “impunidad” se refiere a ciertos hechos que, contemplados en la legislación como delitos, no han sido sancionados como tales.

El camino fácil en este caso sería sostener que, al no haberse castigado todos los homicidios, lesiones, secuestros, etc., cometidos durante los gobiernos *de facto* por agentes de los mismos, se ha generado una “crisis en el derecho penal”, incapaz de hacer frente adecuadamente a tales sucesos y que la labor de las escuelas de leyes sería intentar una reforma que diera cabida al castigo de tales crímenes.

¿Pero es el “derecho penal” el que no actúa en tales casos?.

Si los Tribunales de justicia para hacer su labor necesitan la colaboración policial y, particularmente, la de la Administración de los gobiernos democráticos, se puede decir que la crisis es del derecho penal y de los tribunales penales, si, por ejemplo, ante cualquier investigación policial o judicial al respecto se recurre por los gobiernos democráticos a presiones tendientes a paralizar dichas investigaciones “en defensa de la democracia”, o esos mismos gobiernos democráticos aprueban leyes de punto final o indultan o amnistían a los pocos que han sido condenados, o aun cuando hay condenas se les aplica un régimen penal extremadamente favorable, al punto de construirles prisiones particulares?.

Pero no son esos hechos los únicos hechos tipificados en la ley penal cuya falta de castigo afecta a la población. ¿Qué decir de la enorme cantidad de hurtos y robos sin castigo que se producen a cada día en nuestros países, y que no reciben castigo, lo que genera la llamada “sensación de inseguridad ciudadana”? ¿Y es el derecho penal el único llamado a resolver esta cuestión, con policías carentes de medios y personal para cumplir su función primordial: evitar, mediante la vigilancia, la comisión de delitos y colaborar, en su oportunidad, en la recopilación de las pruebas pertinentes?.

En los dos casos antes propuestos, sería la “impunidad” la que generaría la “crisis del derecho”, pero no se ve cómo una reforma, un cambio en el derecho, al menos en el derecho penal, vaya a solucionar por sí misma o a colaborar al menos en una medida relativamente eficaz en evitar la “impunidad” denunciada, más allá de la función meramente simbólica.

Nótese, por ejemplo, que en casi todos los Códigos penales de nuestro continente se contemplan delitos contra la seguridad del Estado y, entre ellos, el alzamiento a mano armada: son delitos que tienen penas graves, como en los arts. 121 y 122 del Código Penal Chileno pero que, claro, por razones obvias, no se aplican a los sublevados que obtienen por esa vía el poder *de facto*.

Pero, desde otro punto de vista, muchas personas que trabajan en el ámbito del derecho penal y de la criminología no parecerían muy disgustadas con situaciones como las descritas, sino al contrario, si bien se mira, tal “impunidad de hecho” es una forma de “descriminalización fáctica”, es decir, el objetivo último de movimientos como la *criminología crítica* -al menos en sus inicios más revolucionarios<sup>2</sup>- y el abolicionismo.

En efecto, si tomamos sobre todo en consideración la serie de afirmaciones extremas del movimiento abolicionista, podremos llegar a la conclusión que si existe “impunidad”, al menos de hecho, tal impunidad ya es un logro y podría ser un indicador de que los conflictos que toscamente el derecho penal resuelve mediante el castigo, se han resuelto por otras vías, como la composición, el perdón o el arrepentimiento del delincuente aceptado por la víctima. Y aún en el caso de que tal solución del conflicto no se hubiese producido, ¿no sería mejor -desde esas perspectivas- evitar, aunque sea de hecho, una “criminalización secundaria”, un “etiquetamiento”, antes que aplicar un derecho penal que tampoco solucionará el conflicto y que, además, creará nuevos problemas?.

---

<sup>2</sup> Cfr. Larrauri, Elena, **La herencia de la criminología crítica**, Madrid, 1991, pp. 66 a 100.

La cuestión no es irrelevante, si se toman en cuenta los serios ataques que ha padecido el *derecho penal que se aplica*, el que no genera impunidad, y que pasaremos a explicar, resumidamente, en el siguiente apartado:

## **LA IMPUNIDAD COMO META SOCIAL: EL PARADIGMA ABOLICIONISTA**

Aunque como señala la prof. M<sup>a</sup> Cecilia RAMÍREZ (1995) en un trabajo de cátedra, “no se ha producido un consenso” en torno al paradigma abolicionista por parte del “sector progresista- generalmente ligado a estos planteamientos críticos-”, no deja de ser cierto que el encanto del paradigma abolicionista ha seducido en alguna medida a este sector, sobre todo respecto al tratamiento que deben dársele a los denominados “delitos de bagatela” y en las medidas tendientes a limitar el uso de la cárcel.

Desde luego, se ha hecho un lugar común la crítica a la cárcel y al sistema carcelario vigente y casi nadie discute que, al menos para los llamados “delitos comunes”, se implementen reformas a la cárcel de carácter negativo, que negarían su estructura básica, como la remisión de la pena, la libertad vigilada (*probation*), el perdón judicial, la concesión de permisos, visitas, etc., o sea, no recurrir a la cárcel o, recurriendo a ella, abrirla lo más posible. El problema es que, en relación a nuestro tema, esto es precisamente “impunidad”, “falta de castigo”.

A este problema se suma el de que las alternativas a la cárcel que sí supondrían un “castigo”, aunque diferente, tampoco parecen muy auspiciosas, y como se explica en el trabajo de la prof. RAMÍREZ, “su aparente mayor humanitarismo puede esconder una intervención más activa sobre ciertos sectores de la población; no suponen una disminución del uso de la cárcel, sino más bien su apéndice; implican mayor control del Estado y tiende a reproducir estructura y el mecanismo carcelario”. Además, “si estas medidas fracasan se enfatiza la supuesta necesidad de la vieja institución [carcelaria]”, lo que lleva nuevamente a un rechazo radical del castigo como tal, de cualquier castigo: lo que se persigue de trasfondo es la abolición de la pena, pero no sólo de ella, sino también “del sistema de justicia penal, esto implica, del derecho y las instituciones (cárcel, tribunales y demás instituciones penales)”.

Y aquí nos enfrentamos de nuevo con problemas, por cuanto, en lo que toca a la crítica del derecho penal en cuanto tal, no dejan de ser seductores los argumentos que se invocan, a saber, que la ley penal no es inherente a las sociedades, que no existe el delito natural ni el delincuente innato, que no considera la *responsabilidad social*, que es altamente *selectiva*, y que, además, es incapaz de cumplir sus funciones declaradas de prevención especial o general.

No quisiera en esta oportunidad extenderme en el desarrollo de estos argumentos -basta para ello remitirnos a la obra de BARATTA<sup>3</sup>-, sino sólo quisiera destacar la influencia que este enfoque crítico hacia el sistema penal ha tenido entre quienes hacemos del derecho penal nuestra profesión.

En palabras de Sergio POLITOFF, “las ideas de despenalizar y de descriminalizar, de reducir el sufrimiento y la estigmatización inútiles, deben servir de fundamento para retirar competencia al sistema penal, sólo en la medida en que la opción que se proponga para afrontar una determinada situación-problema signifique un avance en la protección de la dignidad y de los derechos de la persona”, pues “no hay ninguna razón para que el Estado de Derecho desestime otras vías de tutela jurídica que reemplacen a una a menudo innecesaria estigmatización”, a lo que agrega: “la misión tutelar del Estado de Derecho sobre bienes esenciales de los individuos, especialmente su vida, incolumidad física y libertad, hará necesario el mantenimiento del sistema penal (no obstante las dudas sobre su eficacia y legitimidad, inherentes a la “mala conciencia” del buen jurista) para afrontar todos aquellos casos no abordables, por ahora, de otro modo”.<sup>4</sup>

Significativamente, las ideas extremas de los grupos de la llamada nueva criminología y de la criminología crítica, han dado paso, poco a poco, al reconocimiento de una cierta relevancia del derecho penal, -evolución para cuyo desarrollo vale el excelente libro de LARRAURI (1991)-, al punto que a fines de los setenta, se afirmaba entre los grupos progresistas, la necesidad de una nueva criminalización de los actos que consistan en la vulneración a “los derechos humanos fundamentales”, entre los que se cuentan los “crímenes vinculados a políticas imperialistas, racistas, clasistas, sexistas, delitos que destruyen el medio ambiente, que evaden capitales impidiendo una justa distribución de la renta, que vulneran las leyes sanitarias, etc., todo ello debe ser criminalizado si quieren protegerse los intereses de las clases sociales más débiles”.<sup>5</sup>

Así que hoy en día, entre quienes podríamos considerar de alguna manera vinculados al “sector progresista”, se ha pasado de la “crisis del derecho” por la *falta* de “impunidad”, a la “crisis del derecho”, por *causar* “impunidad”, al no contemplar en la legislación penal de manera más o menos especial, hechos que se estiman

---

<sup>3</sup> Baratta, Alesandro, **Criminología crítica y crítica del Derecho Penal**, México, 1986.

<sup>4</sup> Politoff, Sergio, "Derecho penal con medida: una respuesta reduccionista a la mala conciencia del jurista", 102s., en Revista *Universum*, 1995, pp. 95-105.

<sup>5</sup> Larrauri, **Op. cit.**, p. 179.

susceptibles de un castigo más o menos importante, tema que será objeto del siguiente apartado.

## **EL CASTIGO COMO META SOCIAL: LAS NUEVAS DEMANDAS AL DERECHO PENAL**

Mientras POLITOFF reconoce que la *descriminalización de facto* a la que antes nos hemos referido, debe ser rechazada y ha de ponerse acento en la conquista de un derecho penal igualitario, de modo que los grupos de poder existentes no queden al margen del derecho penal *existente*,<sup>6</sup> los sectores autodenominados progresistas, como ya anunciásemos, van más allá, y pretenden la creación de nuevas figuras penales para satisfacer sus demandas de justicia en los aspectos que defienden: derechos humanos, delitos económicos, delitos contra el medio ambiente, discriminación sexual y racial, etc.

Estos sectores pretenden que el derecho penal actúe en tales casos de manera *simbólica*, declarando un reconocimiento penal explícito de tales valores, los que a su juicio, o no se encontrarían recogidos en la legislación o lo serían de manera insuficiente.

Quisiera dejar de lado en esta ocasión la principal discusión moral que se plantea al respecto, esto es, si corresponde utilizar medios que se conciben como injustos -el derecho penal y los males que a él se asocian- para una finalidad que se entiende justa -el fortalecimiento de los intereses que se defienden-; y también, la discusión acerca de la supuesta *función simbólica* del derecho penal, que se detectó críticamente en un principio, señalándose que era la única función de esa rama del derecho, pues ni prevenía los delitos, ni castigaba a todos los criminales, ni mucho menos resocializaba a quienes se aplicaba, y que hoy se defiende como si el derecho penal fuese un instrumento al servicio de la construcción de conciencias o de la imposición de una determinada moralidad. No por nada, SCHEERER ha calificado estos grupos como “*empresarios morales atípicos*”: *empresarios morales*, por cuanto plantean sus demandas como si fuera una cuestión moral, exigen que sus convicciones morales se plasmen en reglas jurídicas, muestran desinterés por el medio empleado en conseguir su objetivo, y le atribuyen al derecho penal un carácter simbólico, propiedad que pretenden utilizar en su beneficio; y *atípicos*, por cuanto no pretenden convencer a los

---

<sup>6</sup> Politoff, Op. cit., p. 103.

destinatarios de sus máximas por la vía de la persuasión personal, sino mediante la utilización del aparato estatal y de sus propias influencias en él, introduciendo policías ecológicas, femeninas, etc., y un especial derecho penal hecho a su medida.<sup>7</sup>

Lo que quisiera plantear es que, existiendo o no la supuesta función simbólica del derecho penal, la crisis que se atribuye al mismo, por la “impunidad” en que quedarían los hechos que el derecho penal no tomaría en cuenta, al no establecer delitos especiales al respecto, muchas veces no es un problema del derecho penal como tal, ni de la existencia de más o menos tipos penales.

En efecto, si tomamos en cuenta el problema de la corrupción y las implicancias entre la mafia y la política en Italia, mostrado como ejemplo por POLITOFF, podemos ver claramente que no se trata de un caso en que la *impunidad* se derive de la falta de tipificación de los delitos que se cometían a diario, pues no conozco ordenamiento actual que, de una u otra manera castigue el homicidio, las coacciones o amenazas, el soborno, el desacato a los jueces, la conspiración para cometer delitos graves, etc. Qué decir de los atentados contra los derechos humanos fundamentales. ¿o acaso no existen en nuestros códigos los delitos de lesiones, homicidios, detenciones ilegales, etc.? Y si se trata de delitos sexuales, ¿no son acaso las violaciones delitos más o menos graves en casi todos los ordenamientos codificados?, ¿no se castigan los delitos de amenazas, de sollicitación de mujeres por funcionarios públicos, etc.? Y nótese que no me refiero a delitos establecidos en este siglo, sino a la estructura normal de los Códigos Penales decimonónicos, que empezaban, como lo hace aún el chileno, castigando los delitos contra la seguridad del Estado, entre ellos la sublevación a mano armada. ¿Y si se aumentasen las penas para esos delitos, evitaríamos las sublevaciones militares?.

En la mayoría de estos casos no es una crisis del derecho penal -la necesidad de un cambio en el mismo-, la causa ni el efecto de la *impunidad* que se percibe como necesidad de castigar ciertos hechos más o menos graves.

Es más, incluso en países donde se ha aceptado un cambio legal para satisfacer ciertas demandas, sobre todo las de carácter feministas, ha cundido una sensación de desencanto producto de la escasa repercusión real de tales reformas y también, porque muchas de ellas se producen cuando los grupos “progresistas” acceden al poder y lo utilizan “para imponer una nueva moral”, pero, como señala HESS (1986:32), una cosa es el poder para dictar normas y otra muy diferente el poder para aplicarlas.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Cit. por Larrauri, **Op. cit.**, 218.

<sup>8</sup> Cfr. Larrauri, **Op. cit.**, 222s.

Así, en los casos que los problemas de *impunidad* pretenden resolverse mediante la creación de nuevas figuras penales que respondan a las demandas de grupos más o menos organizados, el resultado es, muchas veces, la creación de nuevos “tigres de papel”, que al igual que las prescripciones que castigan la sublevación militar, sólo amenazan a quienes pueden creer que una sublevación victoriosa va a castigar a sus caudillos por un delito cometido contra el gobierno legalmente establecido y ahora derrocado.

## CONCLUSIÓN: CRISIS, IMPUNIDAD Y ENSEÑANZA DEL DERECHO

El periplo de esta ponencia ha girado en torno a los significados posibles de la expresión “crisis del derecho e impunidad”, y se ha buscado desentrañar las vinculaciones existentes entrambos términos, vinculaciones de las que quizás podríamos extraer como conclusión que la *impunidad*, la falta de castigo, no es necesariamente una consecuencia de un mal derecho, de un derecho necesitado de cambios, de un derecho en crisis, sino muchas veces, las más diría yo, de condicionantes históricas, sociales y culturales que mueven a las personas a actuar de determinada manera con independencia de las normas vigentes en un período determinado, que de aplicarse, harían inútiles las discusiones acerca de su supuesta crisis. Por otra parte, una modificación legal que venga a llenar supuestas “lagunas de punibilidad”, tampoco puede por sí misma evitar esa *impunidad*, si los encargados de su aplicación no dan lugar a ella, por la razón que sea.

Sobre esta base, cabe hacerse ahora la pregunta de en qué medida la enseñanza jurídica se vincula con el problema “crisis del derecho e impunidad”, que más bien podría denominarse ineficacia de la aplicación del derecho.

En primer lugar, a la enseñanza jurídica le correspondería hacer un esfuerzo por dar a conocer el contenido del derecho penal vigente y su posible aplicación a los problemas donde hoy en día se detecta esta sensación de “impunidad”. Sin embargo, dar a conocer la existencia del “tigre de papel” y la amenaza que representaría para quienes realicen actos más o menos graves contra los derechos de las personas, no permitirá reducir en mucho la brecha que separa el derecho legislado del derecho aplicado, *si las personas que deben aplicar ese derecho no están dispuestas a hacerlo*.

Sin embargo, el valor y la justicia, como virtudes, radican en el corazón de los hombres, no en sus leyes, meros instrumentos de esa virtud. Y si las leyes ordinarias no sirven para juzgar problemas extraordinarios, a veces no está demás recurrir a leyes extraordinarias: el Tribunal de Derecho Penal Internacional es un ejemplo, como lo fue

en su oportunidad la experiencia de los juicios de Nüremberg. Pero para lograr la aplicación del derecho penal normal y también del derecho penal internacional, se requieren hombres y mujeres justos y dispuestos a asumir los riesgos que ello importa.

Y ese es el verdadero problema que enfrenta la enseñanza del derecho: la formación académica y las necesidades de los programas no hacen por sí mismas a las personas justas, leales, valientes, respetuosas, honradas, etc., ni tampoco alcanza a todos quienes, de una manera u otra, están encargados de la aplicación del derecho de todos los días, policías, asistentes sociales, etc.. Es nuestra tarea pendiente.

