

## NOTA EDITORIAL

Desde nuestros orígenes como República independiente y democrática, hoy hace ya casi 200 años, el derecho penal colombiano se ha vinculado a la tradición de Occidente. Rasgo característico y originario de ese derecho penal es el presupuesto de hombres libres, quienes, en virtud de su libertad, reciben una pena cuando se apartan de las normas básicas de convivencia. Sólo de esa manera puede la pena estatal respetar su dignidad como persona. Es lo que hoy se conoce como retribución funcional. En esta misma tradición occidental fueron posteriormente introducidas las medidas de seguridad, las que no retribuyen la acción de hombres libres, sino que salvaguardan a la sociedad de sujetos que, bien por defectos imputables a la naturaleza, bien por su decisión voluntaria de no respetar el derecho, constituyen un peligro para la sociedad en cuestión. Solo de esta manera se puede garantizar la protección efectiva de la sociedad y la convivencia pacífica de los ciudadanos. Ese es también el fundamento de lo que hoy se conoce como derecho penal del enemigo. El derecho penal, del ciudadano y del enemigo, vinculado entonces a esta tradición, supone una sociedad jurídica. Esta sociedad jurídica fue desarrollada de la mano de la filosofía ilustrada occidental, desde las reglas de prudencia aportadas por HOBBS en el *Leviathan*, hasta la elaboración idealista, tanto de KANT en la *Metafísica de las costumbres*, como de HEGEL en las *Líneas fundamentales de la filosofía del derecho*. Desarrollos posteriores de estas ideas se encuentran en RAWLS desde una perspectiva individualista y en el republicanismo desde una perspectiva comunitaria, entre otras. Todo esto constituye la materia de una teoría de la justicia y el fundamento de un derecho penal para personas en derecho. Los presupuestos básicos entonces para la aplicación de un derecho penal justo son la existencia de una sociedad libre e igualitaria. Sobre este punto volveremos más adelante.

En lo que tiene que ver con los Estados, la evolución de la legalidad internacional, y en especial de la legalidad penal internacional, presenta sus particularidades. En efecto, tal como KANT afirmara, los Estados se hallan entre sí en un estado de naturaleza, del

cual, a diferencia de lo que sucede con el estado de naturaleza en que podrían hallarse los individuos, no son coaccionados a salir, pues si bien la razón legisladora universal les indica que deben entrar en el estado jurídico, la ausencia de una legislación exterior poderosa permite que predomine la ley del más fuerte. La prueba histórica de ello la encontramos en el precoz fracaso de la liga de naciones que promoviera el presidente norteamericano WOODROW WILSON después de la Primera Guerra Mundial con el fin de evitar nuevas confrontaciones de ese tipo, así como en los recientes fracasos de la Organización Mundial de Naciones (ONU) en Irak y en el Líbano. La razón, el mismo egoísmo que movería a los individuos a mantenerse en el estado de naturaleza, en posesión de una libertad ilimitada y sin ley, sólo que en este caso en lugar de individuos se trataría de Estados. En ese sentido, le asiste aún hoy razón a KANT, cuando hace poco más de 200 años afirmaba que “la paz perpetua, el fin último del derecho de gentes en su totalidad, es ciertamente una idea irrealizable”.

Sin embargo, si bien puede decirse que no existe una legislación poderosa externa a las naciones, por lo menos sí existe una “débil” legalidad internacional. Volviendo a la terminología contractualista, un derecho provisorio que marcaría la pauta para salir del estado de naturaleza. Ojalá se logre pronto ese objetivo. Papel trascendental en su búsqueda juega un sector de la legalidad internacional que se ocupa, no ya de las relaciones (o conflictos) entre Estados, sino de velar por el mantenimiento de la paz al interior mismo de los Estados. En ese sentido el papel del –así llamado– derecho penal internacional es de vital trascendencia. Sus objetivos, trazados en el Estatuto de Roma, son nada más ni nada menos que juzgar en el marco de la legalidad a criminales de guerra o que perpetren delitos contra la humanidad, garantizar la paz mundial o reestablecerla, y fomentar la justicia. Objetivos difíciles de lograr, sin duda, pues históricamente es allí donde más ha campeado la impunidad. Por otra parte, los autores de crímenes tales están, en alguna medida, cualificados por el poder de las armas, lo que hace difícil su reducción y sometimiento a la justicia. Pero no sólo estos inconvenientes tendrá que afrontar el derecho penal internacional. De hecho, el término mismo “derecho penal internacional” es contradictorio en la medida en que el derecho penal se ha entendido tradicionalmente como la máxima expresión de la soberanía estatal, con lo cual la existencia de una instancia supranacional que ejerza un derecho penal independiente de esa soberanía será un mito difícil de superar. Sin embargo ya se marcha en tal dirección.

Como se dijo antes, la tradición del derecho penal colombiano se vincula con la cultura de Occidente. Sin embargo, los presupuestos básicos que requiere un tal derecho penal aún están por conseguirse en Colombia, a saber, una sociedad mayormente igualitaria y libre. Los factores que contribuyen a mantener la brecha de desigualdad siguen siendo los mismos de hace ya cientos de años: la violencia y la corrupción generalizada. Ambos fenómenos delictuales no son susceptibles de combatirse con las herramientas tradicionales del derecho penal del ciudadano, pues violentos y corruptos han dado sobradas muestras de querer, no solo apartarse de la comunidad jurídica, sino incluso propender por su destrucción. A ellos va dirigido el derecho

penal del enemigo. Sin embargo, frente a ellos se ha mostrado el Estado colombiano incapaz de imponer su soberanía. Las razones de ello escapan a esta nota editorial, pero en una gran medida se pueden sintetizar en el poder que estos criminales oponen al poder del Estado, lo que genera injusticias como que, por ejemplo, hoy en día en Colombia reciba la misma sanción penal el mensajero que se apodera de un bolígrafo de marca, de una parte, y el autor de múltiples masacres y delitos atroces, por la otra. Por supuesto, la injusticia no radica en que el autor de un robo no deba ser penado, pues debe serlo en el marco del derecho penal del ciudadano, sino que su pena se equipare a la de alguien que, no sólo por la cantidad, sino también por la calidad de sus hechos, merece, aparte de la pena que le retribuya sus hechos, las medidas que lo inocuicen. Eso sin contar, por supuesto, la cabal reparación de las víctimas.

¿Cómo solucionar semejante situación? La verdadera solución de fondo radica, estamos convencidos de ello, en cerrar la brecha de desigualdad que existe en nuestra sociedad. Ello no es función del derecho penal sino de medidas políticas en los planos social, económico y educativo. En el entretanto el derecho penal debe castigar a todo aquel que atente contra los valores fundamentales de la sociedad con una pena justa. Si el Estado colombiano no logra esta función corre el riesgo de deslegitimarse. Por otra parte, y solo frente a aquellos delitos que lo ameriten por su gravedad, existirá el recurso a la Corte Penal Internacional mientras nuestro Estado logra la fortaleza necesaria para ejercer su *ius puniendi* sobre todos sus ciudadanos.

LA DIRECCIÓN