

## NOTA EDITORIAL

La Revista, desde sus orígenes hace poco más de 27 años, se ha caracterizado por marginarse de discusiones de orden coyuntural, con lo cual fomenta la creación de un derecho penal sistemático. Sin embargo, el derecho también está referido a los nuevos problemas que se generan en el seno de la sociedad, con lo cual incorpora un alto contenido político: es precisamente la faceta del *derecho* como *hecho* que, en los orígenes del Estado de derecho, se explicó mediante la soberanía parlamentaria. A este tipo de situaciones fácticas, por tanto, también debemos referirnos sin abandonar la sistematicidad propia de la ciencia jurídica, máxime ahora que se discute uno de tales temas cuyas incidencias, no sólo para la vida nacional sino específicamente en materia penal, ya se dejan sentir tanto en la opinión pública como en la academia, a saber: el proceso de paz con los grupos paramilitares que, de seguir el curso actual, podría culminar con una ley de justicia y paz. En efecto, una situación como la que se debate en el Congreso de la República a propósito de la desmovilización de los grupos paramilitares es una de aquellas que, en el lenguaje del Estado decimonónico de Derecho, correspondería al ámbito de reserva parlamentaria y, por tanto, a la esfera exclusiva de lo político. Sin embargo, los desarrollos posteriores del derecho público y la entrada en vigencia de un Estado social de derecho imponen la sujeción a ciertos principios superiores que deben inspirar incluso la actividad legislativa, antaño considerada soberana. Así las cosas, el proceso de paz con los grupos armados al margen de la ley también debe respetar principios de derecho, y es ahí donde radica la dificultad de dicho proceso: en la realización simultánea y el equilibrio en caso de conflicto entre la imperiosa necesidad de lograr la paz mediante la desmovilización de los grupos armados, de una parte, y, de otra, el respeto por principios universales de justicia como el castigo del culpable, la reparación de las víctimas y el derecho a la verdad. Como puede apreciarse esta meta incorpora, aparte de aspectos políticos, aspectos de orden jurídico que, por tanto, deben tratarse de manera sistemática mediante un estudio pormenorizado que, por razones obvias, no puede ser tratado en una nota editorial. No obstante, lo que sí puede ser trabajado en esta nota, y esto es lo importante, son algunos aspectos teóricos que deben ser tenidos en cuenta a la hora de emprender un debate ordenado y completo de la cuestión. Básicamente son dos:

en primer lugar el tema de los fines de la pena, incluido aquí la necesidad de pena y, en segundo lugar, el respeto por el bloque de constitucionalidad, incluido aquí la vigencia de la Corte Penal Internacional. En lo que tiene que ver con el fin de la pena hoy en día se admite, casi sin discusión, que ella debe cumplir una finalidad preventiva en el marco de un Estado democrático. Así lo han planteado importantes autores, nuestra Corte Constitucional e incluso nuestro Código Penal vigente, el cual incorpora como principio rector la necesidad de pena. Desde este punto de vista tiene sentido pensar que, al tratarse de delitos íntimamente relacionados con el desarrollo de un conflicto, la marginación del conflicto sustraería de pena a sus autores; esto, claro, bajo el supuesto de aceptar, en primer lugar, la existencia de un conflicto, cuestión ya problemática, y, en segundo, atribuirle al mismo un carácter excepcional que elimine la necesidad de aplicación de una pena. Este es un primer elemento que, al menos, debería tenerse en cuenta, mas no el único. En efecto, no debe perderse de vista que, si bien el sentido de la pena ejerce sus efectos en el plano de lo simbólico, y por ello es preventiva (pues no repara los daños del delito), también es cierto que el delito, en cuanto manifestación externa de la conducta humana con consecuencias igualmente externas, debe ser coherentemente regulado, a su turno, mediante un acto con sentido –la pena– que también tenga consecuencias externas: normalmente la pérdida de algún bien a costa del autor del hecho. Desde este punto de vista la pena adquiere un tinte retributivo al aplicar un mal al causante de otro mal, pero no se agota en la simple sucesión irracional de dos males. También, con ello, se respeta la culpabilidad del autor y, lo que es igualmente importante, se ejercita la confianza ciudadana en la asociación de un delito con una pena, lo que refuerza la vigencia de las instituciones jurídicas mediante el efecto psicológico que implica el castigo del delito. Siendo ello así los autores del delito deben ser castigados, máxime cuando se trata de hechos atroces como los que se atribuyen a los actores armados, y este es otro elemento mínimo que también debe tenerse en cuenta en el ámbito de los fines de la pena, aunque, se insiste, no es tampoco el único. Resulta claro entonces que un estudio serio de la cuestión, en lo que atañe a la pena, debe ponderar sus fines preventivos y retributivos, los que al parecer entran en contradicción en la medida en que la realización de la idea de justicia exige el castigo al culpable, pero la realización de la paz en el marco de un conflicto armado incorpora ciertos grados de impunidad, y dicha ponderación es un asunto propio de la ciencia jurídica, no política. Ahora, un segundo elemento que debe contribuir al debate ordenado del tema, ya no penal sino de orden constitucional, es el que toca con el bloque de constitucionalidad. Así, como ya anunciábamos, en el Estado de derecho se impone en materia legislativa un límite que viene dado en la validez de la ley en cuanto respetuosa de los derechos humanos. Desde esta óptica la soberanía parlamentaria queda limitada, de forma tal que no puede tomar decisiones sin consultar su acoplamiento con principios superiores. Y aquí es donde entra en consideración la vigencia de la Corte Penal Internacional –cuya competencia ha sido admitida por Colombia–, pues precisamente el objetivo de tal corte es el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, incluso mediante una competencia subsidiaria a aquella que pertenece a cualquiera de los Estados partes que infrinjan su normatividad. Así las cosas, la redacción de la ley de

justicia y paz habrá de tener en cuenta principios superiores incorporados dentro del bloque de constitucionalidad como el castigo del culpable, la proporcionalidad de las penas, la reparación de las víctimas y el esclarecimiento de los hechos ante la opinión pública, bien sea porque se comparta la validez de estos derechos o porque, en caso contrario, la Corte Penal Internacional los reivindicaría subsidiariamente. Como puede apreciarse, el panorama expuesto –bastante reducido por lo demás– no es nada fácil, especialmente si se agrega al mismo la real necesidad de paz de los colombianos y el embotamiento ante las manifestaciones desmedidas de violencia. Sin embargo, si por lo menos se logra que la discusión se desprenda del afán de protagonismo, de los aspectos meramente coyunturales e incluso de los intereses particulares, incorporando una verdadera discusión científica, la respuesta estará, sin lugar a dudas, más cerca de la corrección que esperamos los colombianos.

LA DIRECCIÓN