

# *Editorial*

---

En la discusión sobre la capacidad del ordenamiento jurídico para hacer frente a las modernas formas de criminalidad, el denominado “derecho penal del enemigo” ha alcanzado un papel muy destacado. Y en un contexto social y político conflictivo, la dinámica de las relaciones entre lo bélico y lo jurídico pareciera haberse invertido respecto a lo que ha sido la relación tradicional entre ambos: ahora no se trata de llevar las reglas jurídicas al ámbito de la guerra, sino de trasladar a lo jurídico la dinámica de lo bélico.

Esta inversión de criterios se explica si se tiene en cuenta lo propicio que a todos los niveles se ha tornado el ambiente para la expansión del Derecho penal, y de sus diversos mecanismos de intervención.

Así, en el nivel teórico (dogmático) es claramente perceptible la tendencia a reformular las categorías penales, desconectándolas cada vez más de la realidad, y estructurando los fundamentos de la ilicitud de la actuación, en torno a la “capacidad de significación”, o de “generación de representaciones”, o de la “defraudación de expectativas”, más que de la efectiva dañosidad social.

En lo político-criminal, paralelo al reingreso en el Derecho penal de conceptos como el de peligrosidad de ciertos sujetos (los mismos que habrán de ser objeto de inocuización), se puede constatar el adelantamiento manifiesto de las barreras de protección de los bienes

jurídicos, con la consiguiente criminalización de los estados previos a su lesión, la difuminación de los objetos de protección, la legitimación cada vez mayor de intervenciones radicales sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos en aras de la investigación de posibles delitos, etc.

El discurso al que se viene aludiendo, afirmando la necesidad de modernizar lo punitivo (que en la práctica significa expandirlo) se justifica también en lo político sobre una serie de argumentos de dispar fuerza de convicción: lo impertinente que resultaría la intervención punitiva tras la ocurrencia de eventos catastróficos, el fracaso del discurso resocializador y la supuesta constatación de autores incorregibles, la necesidad de nuevas formas de ejecución penal, la aparición de nuevas realidades "merecedoras" de protección, o de reforzamiento de la misma; la gravedad de las nuevas manifestaciones de la delincuencia, y su capacidad de comprometer estructuras vitales; la necesidad de extender la persecución penal a los miembros de las clases sociales altas, etc.

En el fondo de la discusión lo que se puede encontrar es un cuestionamiento a la pertinencia de los principios tradicionales para afrontar el fenómeno delictivo; es decir, que la discusión sobre la legitimación instrumental del derecho penal, pretende hacerse trasladándose a los terrenos de su legitimación axiológica, con todo y que los defensores de la (necesaria, según se insiste) modernización anuncien una polémica atinente sólo a la primera de las formas de legitimación.

El debate, en los términos en que ha sido planteado, ha perdido de vista varias cuestiones de trascendental importancia: que las garantías fundamentales no son concesiones graciosas del poder estatal a los ciudadanos; que los valores fundamentales son referentes necesarios de la actuación de los poderes punitivos; y, que después de muchos años de operancia en América Latina, y en particular en Colombia, de un derecho penal en el que se han puesto en práctica las formas más radicales de trato al "enemigo" (lo que ha implicado abrirlo a la práctica de torturas para intentar evitar males mayores, a las privaciones de libertad sin fórmula de juicio o sin definición de los términos máximos de duración antes de que haya lugar a la libertad de imputados por delitos graves, a la intervención generalizada sin autorización judicial de las comunicaciones, para mencionar sólo algunos ejemplos de conductas que pudieran entenderse orientadas a la evitación

de males mayores, para no adentrarse en el espacio de actuaciones carentes de cualquier justificación posible), el balance ha sido desolador. Con ese Derecho penal, más que lograr que aminore la conflictividad social asociada al delito, dicha conflictividad incluso se ha incrementado. El olvido de consideraciones de esta última clase resulta muy curioso en una estructura argumental que con tanto énfasis pretende reivindicar la eficacia asociada a valores numéricos, lo que implicaría realizar un esfuerzo que permitiera avalar las razones que lo sustentan.

Aunado a lo anterior, no existen límites normativos a la atribución de la condición de enemigo; las bases del sistema democrático, si en ello ha de radicar la enemistad, pudieran considerarse socavadas por una infinidad de actores de acuerdo con las necesidades del poder punitivo en cada momento histórico: en un país sin conflicto asociado a motivos raciales o religiosos, en este momento histórico, terroristas, guerrilleros, y narcotraficantes, parecieran los destinatarios naturales de ese derecho penal; pero no existen razones aceptadas en el debate, que impidan extenderlo a los expendedores de estupefacientes al menudeo, a delincuentes callejeros o a sujetos que ejercen la violencia en el ámbito intrafamiliar (al efecto, cabe recordar que existen quienes aluden por ejemplo al "terrorismo doméstico").

En el contexto referido, parece indispensable reafirmar el sentido democrático de las tradicionales garantías penales, y reivindicar la lucha por ellas como un factor determinante de la legitimación axiológica del Derecho penal; e insistir, aunque desde el discurso de hace unos años pudiera escandalizar el solo planteamiento de la cuestión, en la defensa de la ciudadanía de quienes delinquen dentro de los límites del Estado; y en la idea de que como mecanismo de civilidad el derecho está llamado a implementar mecanismos que en lo ético y en lo funcional lo diferencien de los delincuentes.