



¿Qué pasa con la pena hoy en día?

Julio González Zapata

Profesor Área de Derecho Penal,
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia.
Correo electrónico: juliogzapata@yahoo.com

Resumen

La discusión acerca de la pena ha atraído a tantos autores, se ha enfocado desde tan diversos puntos de vista que por momentos daría la impresión, que el campo está ya saturado.Cuál es su justificación, cuál es su fin, cuál es su función, cuál es su medida, son preguntas que durante siglos han convocado a filósofos, teólogos, juristas, políticos, hombres de acción, ha dado lugar a que se escriban libros exquisitos y las respuestas han sido tan diferentes que creo que cualquier taxonomista se extasiaría clasificándolas, subclasificándolas, encontrando géneros, especies, genealogías, similitudes, contradicciones, oposiciones y otros vínculos.

Palabras clave: pena; derecho penal; justificación y función de la pena.

¿Qué pasa con la pena hoy en día?*

La discusión acerca de la pena ha atraído a tantos autores, se ha enfocado desde tan diversos puntos de vista que por momentos daría la impresión, que el campo está ya saturado. Cuál es su justificación, cuál es su fin, cuál es su función, cuál es su medida, son preguntas que durante siglos han convocado a filósofos, teólogos, juristas, políticos, hombres de acción, ha dado lugar a que se escriban libros exquisitos y las respuestas han sido tan diferentes que creo que cualquier taxonomista se extasiaría clasificándolas, subclasificándolas, encontrando géneros, especies, genealogías, similitudes, contradicciones, oposiciones y otros vínculos.

A riesgo de perder gran parte de esos placeres eruditos, podría decirse que hoy se aglutina en dos grandes grupos las visiones sobre la pena: por un lado aquellas que se consideran absolutas y las que se consideran relativas.

Las primeras se emparentan con el idealismo alemán del siglo XIX y también se les denomina retributivas. Consideran que la pena es un fin en sí, que es una necesidad evidente que surge del mismo delito y que está destinada a satisfacer la justicia, el derecho, el orden social o cosas parecidas, siempre más o menos abstractas. Hoy en día se asume que la pena también se puede considerar un derecho de las víctimas.

Por su lado, las teorías relativas, están ligadas a una visión más pragmática y pretenden conseguir fines tangibles, como evitar la comisión de delitos o de hacer algo con el delincuente de tal manera que pueda ser una persona útil o por lo menos pueda volver a vivir en sociedad.

Esta visión de las teorías relativas, así presentada es muy parcial, pues también se ha dicho que la pena puede tener, en algunos casos (sobre todo cuando se trata de delincuentes incorregibles), la función de inocuizarlos o inclusive de eliminarlos. Desde esta perspectiva también se pretende que la pena consiga reducir los delitos, produciendo miedo a los demás ciudadanos (prevención general negativa) o educándolos en el respeto a las normas (prevención general positiva). Y no falta la franja lunática de quienes consideran que con la pena se pueda conseguir la seguridad (nacional, ciudadana o democrática), la paz, la no repetición de los hechos y hasta otros rendimientos adicionales, como efectos pedagógicos y ejercitar a los ciudadanos en la fidelidad al derecho.

Como se ha puesto en evidencia y resalta de su mera enunciación, estas visiones resultan no sólo contradictorias, sino excluyentes. Así por ejemplo, si lo que se pretende es retribuir el daño causado por el delito, bien sea para mantener el orden social, para honrar la justicia o el derecho, las penas deben ser determinadas de antemano y deben guardar una relación inseparable con la gravedad del delito, es decir, deben ser proporcionales. En cambio, cuando lo que se pretende con las penas, es realizar algunos de los propósitos de la ideología **re** (resocializar, reeducar, reinsertar, o rehabilitar al

* Versión escrita de la Ponencia presentada en la Cátedra Diálogos de Derecho y Política “*La prisión: discursos, normas y realidades ocultas*”, organizada por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia y el Comité de Solidaridad con los presos políticos, el 13 de abril de 2012.

delincuente) la pena no sólo debe ser indeterminada, sino, que inclusive, como lo propuso el positivismo criminológico, puede ser predelictual.

Nuestros últimos códigos penales (y hablo del código penal de 1980 y del 2000), no han querido despreciar ninguna de las migajas que ofrece este inmenso pastel de opciones y en las normas rectores han hablado de todas ellas, como si no fueran fines y propósitos tan diferentes y que por lo tanto, se pudieran incorporar a un sistema con un mínimo grado de coherencia.

En esta colosal tarea de reconciliar lo irreconciliable, nuestro legislador, no ha estado solo; ha tenido el apoyo de la doctrina¹ y la jurisprudencia,² que con la más absoluta incoherencia, a nombre de un eclecticismo integrador, hablan de las teorías de unión; según este artificio retórico, los fines y funciones de la pena se deben evaluar, en momentos distintos. De acuerdo con este salpición teórico, las penas tienen una función preventiva general, en el momento en el que el legislador las establece; un fin retributivo cuando el juez las impone y un función **re** cuando se ejecutan.

Aparentemente todos quedan tranquilos y se alcanza, de esta manera un poco tramposa, una coherencia, que ante cualquier mirada medianamente atenta, se desvanece.

Por paradójico que pueda parecer, la disputa acerca de los fines y funciones de la pena, cuando se planteaba en los términos en que tan sintética y vagamente los he resumido, la discusión tenía cierta racionalidad. Podría perfectamente inscribirse en una lucha de escuelas, que ha sido uno de los dispositivos con los que el pensamiento jurídico se ha dinamizado.

Pero hoy, probablemente, esa racionalidad esté ausente. Voy a referirme a tres fenómenos relativamente recientes, que sin que el legislador se haya tomado el trabajo de revisar los principios rectores de la pena, los han socavado de una manera que parece ser definitiva. En primer lugar, al derecho premial (para los efectos de esta exposición, aquí podría incluirse el mal llamado principio de la oportunidad); en segundo lugar, a la justicia transicional y por último, a lo que algunos autores han denominado el universo concentracionario.

El derecho premial

Podríamos definir el derecho premial como aquel en el cual el Estado renuncia a la acción penal, a la pena o a parte de ella, como contraprestación a la colaboración que el delincuente le puede ofrecer.

Es una institución propia de la práctica anglosajona pero entre nosotros fue introducida hace casi tres décadas. Según Eduardo Arturo Gil Trigos: “[...] se encuentra que desde

¹ Esta es la posición de Roxin. Ver: Roxin, Claus (1997). *Parte general. Tomo I. fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña y otros, civitas, Madrid. Especialmente página 95 y s.s.

² “La pena tiene en nuestro sistema jurídico un fin preventivo, que se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones; un fin *retributivo*, que se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena: y un fin resocializador, que orienta la ejecución de la misma, de conformidad con los principios humanistas y de las normas del Derecho Internacional adoptadas”. Corte Constitucional, sentencia del 7 de diciembre de 1983.

1984 la legislación Colombiana comienza a introducir elementos orientados a conceder beneficios por conductas posteriores e independientes del hecho punible, es decir, se varía el sistema según el cual las reglas de punibilidad siempre se relacionan con el hecho, agravantes, atenuantes o reguladoras generadas en el hecho mismo, para comenzar a regular la punibilidad en función de conductas posteriores e independientes del hecho realizado; y además, se comienza a introducir elementos de rebaja de pena en función de colaboración con la justicia, delaciones, contribución a la identificación de autores, recompensas, disminuciones punitivas por confesión [...]”³

Es un modelo de ejercitar el derecho penal en el cual los principios clásicos (liberales), se deshacen en aras de la eficacia de la administración de justicia, porque en este sistema la pena no depende del hecho realizado sino de la conducta procesal asumida por el implicado. La pena no depende de la conducta delictiva del procesado sino de la conducta observada en el proceso.

Cuando estamos hablando de un derecho premial, no tenemos en cuenta funciones como la retribución y la prevención sino que lo que se busca es garantizar la eficiencia de la administración de justicia. Se quiere una administración de justicia que produzca resultados en el menor tiempo posible y con los menores costos. El eficientismo es una forma de encarar el derecho penal y la administración de justicia en general, en términos de *managerismo*. Lo que importa son los resultados inmediatos, las estadísticas, los indicadores de gestión. A los operadores jurídicos se les exigen resultados inmediatos, visibles, en términos de capturas, detenciones y condenas. Obviamente una visión de estas supone que los derechos y las garantías de los procesados, se entiendan como un gran obstáculo para la buena marcha de la administración de justicia. Inclusive sobre el abogado se cierne una gran desconfianza, pues se le considera un obstáculo para una administración rápida y para la obtención de resultados contundentes.

En la búsqueda de la eficiencia o, mejor, de una forma particular de la misma, inherente al eficientismo penal de emergencia, se debe condenar, se debe restringir la libertad, el “peligro”, potencial o real de la libertad de una persona, debe ser inhibido, es posible promover las más diferentes intervenciones en los derechos en la etapa de investigación, es siempre deseable la detención preventiva, ella es convertida en una pena, todo ello aunque no se sepa muy bien con base en qué presupuestos se debe argumentar. Ello es irrelevante –como es de hecho irrelevante la alusión a contenidos-; en la ponderación, es la eficiencia la que se impone: en el eficientismo penal, hoy reforzado con la seguridad, *todo se hace válido*.⁴

La introducción del sistema premial y su paso avasallante desde el mundo anglosajón a casi todos los sistemas jurídicos penales, es uno de los efectos de la visión economista sobre los problemas sociales que se impuso en casi todo el mundo a partir de las décadas del 70 y el 80 cuyo gran teórico, en materia de justicia penal, fue el premio Nobel de economía, el norteamericano, Gary Becker: “Según él, las preguntas importantes de deberíamos hacernos son: ¿cuántos delitos deben permitirse? ¿Cuántos delincuentes deben quedar impunes? Esa es la cuestión de la criminalidad”.⁵

³ Gil Trigos, Eduardo Arturo (1998). *Negociaciones de pena*. Señal Editora, Medellín, pág. 75.

⁴ Aponte Cardona, Alejandro (2006). *Guerra y Derecho Penal de Enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá. pág. 141.

⁵ Becker, Gary citado En: Foucault, Michel (2007). *Nacimiento de la biopolítica*. Trad. Horacio Pons. FCE. Buenos Aires, pág. 298.

Al rechazar, tanto aquí como en los otros dominios de teoría económica, todo juicio moral, el economista distingue las actividades criminales de las actividades legítimas sobre la base del tipo de riesgo en que se incurre. Las actividades criminales son las que hacen correr al individuo que se entrega a ellas un tipo de riesgo particular: el de ser apresado y condenado a una pena (multa, cárcel, ejecución).⁶

Esa lógica de costos y beneficios, es la que sustenta el derecho penal premial: en la medida en que el delincuente o lo que es peor, el presunto delincuente, aparta algo, el Estado lo recompensa por los ahorros que para el implica poder omitir los gastos de una investigación, o la búsqueda de otros posibles responsable.

Y es indudable que este derecho penal tiene enormes consecuencias en la concepción sobre la pena.

Si alguna vez, la queja fue porque había muchos detenidos sin pena, en este sistema, la queja se hace porque hay muchas penas sin proceso, pues como lo dice Juan Oberto Sotomayor Acosta: “[...] el sistema está cumpliendo cabalmente con el objetivo para el que al parecer fue creado: producir condenas sin procesos”.⁷

El derecho premial como una figura inicialmente excepcional

Como ha sucedido tantas veces, la institución de la justicia premial, fue introducida en Colombia con carácter excepcional: “[...] el grueso de este tipo de legislación fue introducida en realidad por la vía de las facultades extraordinarias del estado de sitio, es decir, no corrió el camino de la legislación ordinaria. Y entre 1986 y 1995 se dictaron un sinnúmero de reglas que imponían casi que “cadena perpetua” hasta reglas que restituían el equivalente al perdón judicial que había sido eliminado y traía el Código penal de 1936. Entonces, se produce todo un conjunto de legislación ambigua en el que se busca incrementos punitivos, eliminación de beneficios procesales, limitaciones a la excarcelación de sindicados, reglas probatorias que limitan la posibilidad de controversia como (...)”⁸

Como sucede tan frecuentemente entre nosotros, una institución excepcional, creada para una coyuntura específica, en este caso para tratar de reducir el cártel de Medellín, hoy se encuentra complementamente normalizada y es el eje central del sistema procesal penal, con una notoria excepción: cuando se trata de delitos que tengan como víctimas a menores de edad.⁹

⁶ Stegler citado En: Foucault, Michel (2007). *Nacimiento de la biopolítica*. Trad. Horacio Pons. FCE. Buenos Aires, pág. 292, pág. 292.

⁷ Sotomayor Acosta, Juan Oberto. *Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa*. En: Díez Ripollés, José Luis y García Pérez, Octavio (2008). *La política legislativa penal Iberoamericana en el cambio de siglo. Una perspectiva comparada (2000-2006)*. Edisofer-BdeF. Montevideo-Buenos Aires, pág. 101.

⁸ Gil Trigos, Eduardo Arturo. *Negociaciones de pena*. Op. cit. pág. 75.

⁹ Se excluye la negociación de las penas, cuando se trata de delitos que tengan como víctimas menores de edad. Artículo 199 de la Ley 1098 de 2010 (Código de la Infancia y la adolescencia).

Para los efectos de la pena, muchas de las causales de aplicación de la oportunidad, ofrecen las mismas dificultades que el derecho premial, especialmente las consagradas en los numerales 4¹⁰, 5¹¹ y 16¹² especialmente.

Hay otra dificultad, para terminar. Cuando se estableció en Colombia el sistema penal acusatorio, seguidamente se dictó la ley 890 de 2004, por medio de la cual se aumentaron las penas para todos los delitos, en una tercera parte respecto del mínimo y la mitad respecto del máximo. Este incremento punitivo se justificó con el argumento de que era necesario hacerlo para permitirle a la Fiscalía una mayor margen de maniobrabilidad al momento de negociar las penas. La pregunta que habría que hacer es la siguiente: ¿si una persona no acepta negociar la pena, a nombre de qué se le aplicaría el incremento punitivo?

La justicia transicional

Otra institución que hace muy complejo el problema de los fines y las funciones de la pena, es la justicia, transicional. Se entiende por justicia transicional aquella que: "... hace referencia a un problema muy antiguo, relativo a qué debe hacer una sociedad frente al legado de graves atentados a la dignidad humana, cuando sale de una guerra civil o de un régimen tiránico. ¿Debe castigar a los responsables? ¿Debe olvidar esos atropellos para favorecer la reconciliación?"¹³ Entre nosotros fue introducida por la ley 975 de 2005, llamada *Ley de Justicia y Paz*.

Con la justicia transicional se trata de buscar un equilibrio entre la justicia (entendida como retribución por los delitos cometidos) y la paz, para lo cual es necesario ofrecerles a los delincuentes una fórmula menos drástica en el tratamiento de sus delitos de tal manera les resulte atractivo la dejación de sus actividades criminales. A quienes son sujetos de esta ley, cuando son condenados, se les señala una pena que corresponde a los delitos cometidos, pero se ejecuta una pena alternativa, que en el caso de nuestra legislación, es de prisión de cinco (5) a ocho (8) años. Esa pena alternativa, que de acuerdo a la pena que efectivamente corresponda a los delitos, resulta aparentemente muy reducida, se justifica en la excepcionalidad de la figura y porque sus propósitos, entre otros, es poner fin a un conflicto armado, una guerra civil, una dictadura o cualquier otra situación calamitosa para una sociedad. Se busca poner al fin al conflicto y hacer cesar las hostilidades. Ese sacrificio frente a la pena "merecida" se piensa que se

¹⁰ "Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, colabore eficazmente para evitar que el delito continúe ejecutándose, o que se realicen otros, o cuando suministre información eficaz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada".

¹¹ "Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, se compromete a servir de testigo de cargo contra los demás procesados, bajo inmunidad total o parcial.

En este evento los efectos de la aplicación del principio de oportunidad quedarán en suspenso respecto del procesado testigo hasta cuando cumpla con el compromiso de declarar. Si concluida la audiencia de juzgamiento no lo hubiere hecho, se revocará el beneficio"

¹² "Cuando quien haya prestado su nombre para adquirir o poseer bienes derivados de la actividad de un grupo organizado al margen de la ley o del narcotráfico, los entregue al Fondo para Reparación de Víctimas siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores, promotores o directores de la respectiva organización".

¹³ Uprimny, Rodrigo y Saffón, María Paula. *Justicia transaccional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades*. En: *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*. Rettberg, Angelika (2005) (comp.). Universidad de los Andes, Bogotá, pág. 214.

compensa por las finalidades que se pueden conseguir: verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición de los hechos.¹⁴

Sin embargo, la justicia transicional como fenómeno conyuntural y temporal, para resolver una situación conflictiva para una sociedad, ha venido siendo “normalizada” por decisiones tanto de la Corte Constitucional como la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y aun por el legislador, como ocurrió con la ley de pequeñas causas (Ley 1153 de 2007), que su artículo 21, establecía: “DERECHO A LA VERDAD, LA JUSTICIA, LA REPARACIÓN Y AL DEBIDO PROCESO. El proceso contravencional al que se refiere la presente ley, deberá promover, el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y respetar el derecho al debido proceso y las garantías judiciales de las víctimas”¹⁵.

Angelina Snodgrass Godoy, es probablemente la primera persona que empieza a llamar la atención sobre la necesidad de extender la justicia transicional a los delitos comunes: “Aunque siento un profundo interés en la dinámica de las sociedades en transición, los fenómenos que más me intrigan surgen de los interrogantes sobre abusos cotidianos – especialmente los delitos comunes- que a menudo son dejados de lado en la literatura sobre justicia transicional”.¹⁶ Y agrega: “Los debates en torno de la justicia transaccional se centran, a menudo, en la importancia de procesar los delitos cometidos por motivos políticos, relegando así el procesamiento de delitos comunes a manos de expertos técnicos como la policía y los criminólogos”.¹⁷

En igual sentido afirma Ruti G. Teitel: “La aparente normalización de la justicia transicional es también evidente en la capacidad para tolerar una mayor discreción política, la politización en los usos de la justicia, la aparición de procedimientos altamente irregulares y distanciamientos explícitos del derecho predominante, todo lo cual es justificado en términos humanitarios”.¹⁸

Muchas de las últimas decisiones de la Sala Penal de Corte Suprema de Justicia, caminan indudablemente en esta dirección de normalización de los postulados de la justicia transicional.

Una de los problemas que surgen con la normalización de la justicia transicional y que agrega una aporía más al manejo de la pena en Colombia, es el siguiente: si en un proceso ordinario, donde se juzgue un acto que pudiera calificarse de delincuencia común, y donde se lleguen a cumplir los objetivos de la justicia transicional (verdad, justicia y

¹⁴ Este punto se puede ampliar en: González Zapata, Julio. *Verdad, justicia, paz y reparación en la mitología penal. A propósito de la ley 975 de 2005*. En: Estudios Políticos. Nro. 27, Medellín, jul-dic 2005. Y González, Julio (2007, julio - diciembre). *La justicia transicional o la relegitimación del derecho penal*. En: Estudios Políticos 31, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, págs. 23-42.

¹⁵ Esta ley fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-879 de 2008. Sin embargo es llamativo, que se pretenda, frente a una ley dictada para combatir la pequeña delincuencia, que se establezcan los mismos objetivos que para la ley de justicia y paz, que pretende regular los delitos más graves y traumáticos.

¹⁶ Snodgrass Godoy, Angélica. *Una perspectiva “invertida” de la justicia transaccional*. En: *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transaccional*. Op. cit. pág. 284.

¹⁷ *Ibidem*, pág. 283.

¹⁸ Teitel, Ruti G. *Genealogía de la Justicia Transaccional*. Consultado el 17 de septiembre de 2007 en: http://www.publicacionescdh.uchile.cl/libros/18ensayos/teite_Geneología.pdh

reparación), ¿por qué no se le aplica a ese autor, una pena alternativa tal como sucede en la justicia transicional? ¿por qué se reclama el cumplimiento de los objetivos de la justicia transicional y se dejan de lado los efectos punitivos favorables que ella implica?

El delito político y el mundo concentracionario

El delito político y el tratamiento que debe dársele al delincuente político, han creado enormes dificultades a los discursos de las penas e inclusive al derecho penal.

Frente al derecho penal porque su justificación resulta muy problemática por la razón de que el delincuente político es aquel quien no cree en las normas jurídicas que lo juzgan y por lo tanto, difícilmente se puede construir frente a él un discurso como el de la culpabilidad entendida como el reproche que se le hace a una persona por no haber actuado de acuerdo con las normas, pudiéndolo haber hecho. Si por ejemplo, tomáramos un concepto de culpabilidad como lo propone el finalismo alemán, nos veríamos en grandes dificultades para predicar la culpabilidad de un delincuente político pues, ¿cómo le reprochamos a alguien porque no ajusta su conducta a unas normas de las que precisamente descrea? Y que, en muchas veces busca, precisamente, cambiarlos o suprimirlos.

Por eso, desde el siglo XX el gran iuspenalista alemán Gustav Radbrud decía que al delincuente político, no se le podía castigar y a lo sumo, se le podrían imponer medidas. “Para el jurista de Lubeck, la tarea del Estado respecto del delincuente por convicción es análoga a la de la prisión de guerra. Se trata de sacarlo un tiempo del campo de batalla y, lo que es tanto o más importante, así como la prisión de guerra termina con el final de la guerra, así también el encarcelamiento del delincuente por convicción debe terminar con un cambio en las circunstancias, de manera que lo torne no peligroso”.¹⁹

Ante estas dificultades, el derecho penal había elaborado una serie de instituciones frente al delincuente político: la amnistía, el indulto, el asilo, la prohibición de no extradición, que esas condenas nunca se consideran como antecedentes para muchos efectos (ocupar cargos públicos, etc.), entre las más importantes.

Hoy en día, sin embargo, no soplan buenos vientos para el delito político y por supuesto tampoco, para el delincuente político. Se proclama que en un mundo globalizado donde supuestamente la democracia ha llegado o debe llegar a todos los rincones de la tierra, así sea a punto de invasiones abusivas, bombardeos, masacres, daños colaterales y otros barbaridades, ya no hay lugar para el delito político y los resistentes, cualquiera sea su causa, deben ser tratados como terroristas. “En este sentido, la figura del terrorista actualiza otras tantas figuras que se habían utilizado para *desaparecer* todo aquello que no se identificaba con lo que el Estado o el capital instituían o proyectaban”.²⁰

Ya se saben todas las dificultades que plantea definir el terrorismo. Conocemos las guerras y los atropellos que se han realizado para combatirlo, pero probablemente no

¹⁹ Orozco Abad, Iván (2006). *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho penal en Colombia*. Temis, Bogotá, 2ª ed., págs. 42-43.

²⁰ Rodríguez, Esteban. *Estado del miedo: el terrorismo como nuevo rudimento legitimador del estado de malestar*. En: Pinedo, Jerónimo y at (2007). *Política de terror: las formas del terrorismo de Estado en la globalización*. Ad hoc, CIAJ, Buenos Aires, pág. 74.

sepamos de qué se trata. Y esto puede deberse, como dice Jesús Ibáñez, a que “la palabra terrorismo es, más que un sustantivo, una interjección. No designa, insulta. La palabra terrorista no tiene semántica. La prueba es que nadie afirma formar parte del conjunto que designa. Nadie dice ‘Yo soy terrorista’. Terrorista siempre es el enemigo”.²¹

Pareciera que el mundo de hoy, frente al delincuente político sólo le deja una alternativa: o se arrepiente, se entrega, confiesa y reconoce su derrota no sólo militar sino también ideológica y política frente al Estado, o es tratado como terrorista.

Y aquí, a riesgo de cierta paranoia (al paranoico, no necesariamente, no se le persigue) quisiera hablar de un aspecto de la arremetida imperial, que puede, a juzgar por lo que ha pasado con justicia premial, el sistema acusatorio, la justicia transicional, el entendimiento de los derechos de las víctimas como necesidad de castigo, por ejemplo) tiene el grave riesgo de extenderse y normalizarse.

Cuando hablamos de mundo concentracionario evocamos los campos de concentración de la Alemania Nazi y los Gulags del stalinismo. A veces quisiéramos pensar que son horrores del pasado debidamente sepultados. Pero parece que no fuera cierto: [...] Amnistía Internacional denunció que se realizaron 800 vuelos hacia y desde el espacio área de por lo menos ocho países europeos, para el traslado secreto de secuestrados, que la CIA llama “rendiciones”.²²

Se han detectado 25 centros de detención clandestina en Afganistán y 17 en Irak,²³ aparte del famoso centro de tortura de Abu Grahib.

También se han descubierto centros de reclusión clandestinos en Tailandia, Kosovo, Polonia, Rumania y otros países de Europa Oriental²⁴ y se probado que “Se han utilizado aeropuertos de España e Italia para transportar clandestinamente personas acusadas a países como Libia, Rumania, Macedonia, Irlanda, Afganistán, Marruecos, Argelia, Egipto y Suecia”.²⁵

De manera que el fenómeno no parece reducido a Guantánamo y que probablemente se pueda expandir.

Y cuando hablamos de campos de concentración, estamos en un mundo en el cual apenas hay ejercicio físico de la fuerza, sin ninguna posibilidad de hablar de derechos o garantías y ni siquiera de jueces y procesos.

Y a pesar de que son lugares de reclusión, sus lógicas, dinámicas y funcionamiento son completamente diferentes a las prisiones.

²¹ Ibáñez, Jesús. *Los idiomas del terror*. Citado en: Rodríguez, Esteban. *Estado del miedo: el terrorismo como nuevo rudimento legitimador del estado de malestar*. En: Pinedo, Jerónimo y at. *Política de terror: las formas del terrorismo de Estado en la globalización*. Op. cit., pág. 74.

²² Calveiro, Pilar. *La centralidad de la guerra y lo concentracionario en la reorganización global del poder*. En: Pinedo, Jerónimo y at. *Política de terror: las formas del terrorismo de Estado en la globalización*. Ob. Cit., pág. 62

²³ *Ibid.* pág. 57.

²⁴ *Ibid.* pág. 61.

²⁵ *Ibid.* pág. 62.

“El campo de concentración actualiza la vocación panóptica del control de las vidas que gestiona de manera omnisciente. Sin embargo, esta gestión no se instrumenta mediante un esquema disciplinario “suavidad-producción-provecho” que estructura cuerpos provechosos, vidas que reproducen el orden social a partir de la reproducción de su propia existencia. En cambio el campo de concentración parece gestionar al “cuerpo terrorista” a partir del principio de “exacción violencia” que Foucault asocia al modelo punitivo de los suplicios.”²⁶

“De modo que el campo de concentración puede considerarse en sí mismo como un órgano productor de bases de datos sobre presuntos terroristas, que se convierten en listado de terroristas a ser capturados. Alimentado así el círculo de la guerra global.”²⁷

Frente a esta distopía de los campos de concentración no podemos hablar de fines y funciones de la pena tal como solemos pensarlos. Eso demanda otros instrumentos de análisis para desentrañar este nuevo mundo oscuro que empieza a extender sus enormes tentáculos y obviamente nos plantea otras dificultades para pensar en las penas, tal como lo solíamos hacerlo.

Como conclusión, tal vez no me queda más que evocar nuevamente a Nietzsche: “Harán falta años, y tanteos, y transformaciones para determinar qué es lo que hay que castigar y cómo, y si castigar tiene algún sentido, y si es posible.”²⁸

²⁶ Iulano, Rodolfo M. *Sordos gritos, confinamiento y derechos humanos bajo el estado de excepción imperial*. En: Pinedo, Jerónimo y at. *Política de terror: las formas del terrorismo de Estado en la globalización*. Ob. Cit. pgs. 287-287.

²⁷ *Ibidem*. págs. 288-289.

²⁸ Foucault, Michel. *La vida de los hombres infames. Ensayos sobre desviación y dominación*, .trad. de Julia Varela y Fernando Álvarez Uría, Madrid, Edit. La Piqueta, pág. 221.

Referencias Bibliográficas

Aponte Cardona, Alejandro (2006). *Guerra y Derecho Penal de Enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá.

Becker, Gary citado En: Foucault, Michel (2007). *Nacimiento de la biopolítica*. Trad. Horacio Pons. FCE. Buenos Aires.

Calveiro, Pilar. *La centralidad de la guerra y lo concentracionario en la reorganización global del poder*". En: Pinedo, Jerónimo y at. *Política de terror: las formas del terrorismo de Estado en la globalización*.

Foucault, Michel Foucault. *La vida de los hombres infames. Ensayos sobre desviación y dominación*, .trad. de Julia Varela y Fernando Álvarez Uría, Madrid, Edit. La Piqueta.

Gil Trigos, Eduardo Arturo (1998). *Negociaciones de pena*. Señal Editora, Medellín.

González Zapata, Julio. *Verdad, justicia, paz y reparación en la mitología penal. A propósito de la ley 975 de 2005*. En: Estudios Políticos Nro. 27 (julio-diciembre 2005), Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia.

_____ *La justicia transicional o la relegitimación del derecho penal*. En: Estudios Políticos Nro. 31 (julio-diciembre 2007). Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia.

Ibáñez, Jesús. *Los idiomas del terror*. Citado en: Rodríguez, Esteban. *Estado del miedo: el terrorismo como nuevo rudimento legitimador del estado de malestar*. En: Pinedo, Jerónimo y at. *Política de terror: las formas del terrorismo de Estado en la globalización*.

Iulano, Rodolfo M. *Sordos gritos, confinamiento y derechos humanos bajo el estado de excepción imperial*. En: Pinedo, Jerónimo y at. *Política de terror: las formas del terrorismo de Estado en la globalización*.

Orozco Abad, Iván (2006). *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho penal en Colombia*. Temis, Bogotá, 2ª ed.

Rodríguez, Esteban. *Estado del miedo: el terrorismo como nuevo rudimento legitimador del estado de malestar*. En: Pinedo, Jerónimo y at (2007). *Política de terror: las formas del terrorismo de Estado en la globalización*. Ad hoc, CIAJ, Buenos Aires.

Roxin, Claus (1997). *Parte general. Tomo I. fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón peña y otros, civitas, Madrid. Especialmente página 95 y s.s.

Snodgrass Godoy, Angélica. *Una perspectiva "invertida" de la justicia transaccional*. En: Rettberg, Angelika (2005) (comp.). *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*. Universidad de los Andes, Bogotá.

Sotomayor Acosta, Juan Oberto. *Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa*. En: Díez Ripollés, José Luis y García Pérez, Octavio (2008). *La política legislativa penal Iberoamericana en el cambio de siglo. Una perspectiva comparada (2000-2006)*. Edisofer-BdeF. Montevideo- Buenos Aires.

Stegler citado En: Foucault, Michel (2007). *Nacimiento de la biopolítica*. Trad. Horacio Pons. FCE. Buenos Aires, pág. 292.

Titel, Ruti G. *Genealogía de la Justicia Transaccional*. Consultado el 17 de septiembre de 2007 en: http://www.publicacionescdh.uchile.cl/libros/18ensayos/teite_Geneologia.pdh

Uprimny, Rodrigo y Saffón, María Paula. *Justicia transaccional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades*. En: Rettberg, Angelika (2005) (comp.). *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*. Universidad de los Andes, Bogotá.