



---

## El pleonasma del “derecho penal del enemigo” y sus adornos penitenciarios

**Leyder Humberto Perdomo Ramírez**  
Abogado Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,  
Universidad de Antioquia. Vicepresidente Fundación Comité  
de Solidaridad con los Presos Políticos.  
Correo electrónico: leyderhpr@hotmail.com

## Resumen

Mediante el derecho penitenciario y el ejercicio del poder estatal, se desarrollan y aplican dentro de la prisión lógicas propias del “derecho penal del enemigo”, que son encubiertas por el mismo derecho penitenciario, tal y como lo hace, por ejemplo, el régimen disciplinario que contiene el proyecto de ley de modificación del actual Código Penitenciario, el cual, a través de un discurso que pretende la construcción de un “saber jurídico” y erigirse como “verdad” incuestionable, confirma, cada vez más, el hecho de que al hablar de “derecho penal del enemigo” se está incurriendo en un pleonasma.

**Palabras claves:** Derecho penal del enemigo; derecho penitenciario; discurso; saber; verdad; ejercicio de poder.

## El pleonasma del “derecho penal del enemigo” y sus adornos penitenciarios

La prisión es tal vez uno de los ejercicios del poder estatal más provocadores para su discusión, ya sea para justificarla como medio de retribución del condenado para con la sociedad ofendida, que además se “cohesiona” contra la “vulneración padecida”, o para criticarla como dispositivo de legitimación estatal o de reproducción de los valores capitalistas; de inocuización del preso en pro de la seguridad del resto de integrantes de la sociedad, como consecuencia ineludible de la comisión del delito o como medio de administración de la reserva de la mano de obra; como forma de persuasión social para la abstención de infringir la ley penal, mecanismo de resocialización del “interno” o “paciente” y medio para la búsqueda de verdad, justicia y reparación de las víctimas del delito o como medio de disciplinamiento y normalización de los individuos.

En ese mar de contradicciones, han sido muchos los intentos de las Ciencias Humanas por justificar la “necesidad” de aplicar la pena privativa de la libertad a quienes osen en incurrir en el comportamiento considerado prohibido, pero ninguna con la fuerza del derecho como “corporación” –según lo denominara Zaffaroni en sus buenos tiempos–, que embadurna de maquillaje al derecho penal, y para lo que nos convoca, a la prisión en particular.

Crónica es la atención prestada al rito procesal penal, previo a la prisión, como una característica intrínseca en la modernidad, en que se cambió la espectacularidad del suplicio corporal por la espectacularidad del suplicio procesal y omitiéndose el suplicio mayor de la privación de la libertad, las condiciones en que esta se genera y, más aún, olvidándose por completo la indagación acerca de cuáles son las finalidades políticas y de poder que se pretende mediante su implementación.

Llamativa es la relevancia que adquiere el derecho penitenciario como fragmento del orden jurídico, reivindicable para algunos por tratarse de la amortización del dolor del condenado, el rescate de su valor como “ser humano”, en una aceptación expresa de la violencia del encierro, que se supone puede ser medida.

Así pues, la prisión y el derecho que lo regula se entremezclan en una relación tensa entre el “deber” de castigar del Estado, de la “seguridad” de los ciudadanos que le son adeptos y los derechos de quien padece el dolor infringido por el encierro.

¿Hay salida para esa tensión? ¿O acaso la misma se contiene deliberadamente en el derecho penitenciario? Son preguntas que ameritan ser consideradas partiendo de que quizás esas tensiones son ineludibles y para lo cual requiere del discurso, saber y “verdad” jurídico penitenciarias como medio de encubrimiento de la pena como un ejercicio del poder: a secas.

No por ello quiero demeritar la labor de algunos actores sociales y de los mismos presos por salvar su propia vida, atenuar su dolor e impedir que siga sucediendo, pero tampoco esta bella labor puede ser excusa para hacerse el de la vista gorda ante la contradicción que la prisión encarna, hasta tal vez, digo solo tal vez, sea éste un argumento para lograr derribar de

manera definitiva sus muros y se consiga la hazaña más revolucionaria concebida, cual es la constitución de una sociedad que no requiera del castigo para tratar sus conflictividades, con todos los poderosos cambios de paradigmas que esto significa.

Solo por ello se puede tornar interesante el aburrido ejercicio de lectura de las normas jurídicas, o sus proyecciones, para tratar de desentrañar las consideraciones e intencionalidades políticas que encubre y las contradicciones que para el discurso normativo, tales intencionalidades contienen.

Por eso compartiré con los lectores, y oyentes que lo soporten, algunas consideraciones sobre el proyecto inicial que se radicó en el Congreso de la República para derogar y reemplazar el actual Código Penitenciario -Ley 65 de 1993-, aclarando que hoy se encuentra “congelada” esa iniciativa, producto del debate de control político que se hiciera el 8 de agosto del 2011, que más allá no conjura -y admito que soy escéptico en que conjurará definitivamente-, el riesgo que se cierne sobre los presos y presas de Colombia con ese tipo de iniciativas.

### **El proyecto de Código Penitenciario: del castigo judicial a la recriminalización disciplinaria**

El proyecto de nuevo Código Penitenciario que hasta ahora fue radicado en el Congreso de la República, ha contemplado una gama de reformas, como la posibilidad de privatizar la prestación de la guardia en las prisiones,<sup>1</sup> o limitar el ejercicio de los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas ante las definiciones administrativas del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), entre otras tantas que encarnan fenómenos de populismo punitivo, expansionismo penal y la industria del control del delito, en los que no me extenderé para no abusar de los párpados del lector y/o del oyente.

Por eso solo haré referencia a una de las modificaciones que, como la mayoría, afectan la situación de reclusión de los privados de libertad por parte del Estado colombiano,<sup>2</sup> cual es la modificación del régimen disciplinario que deben soportar las personas privadas de la libertad en las cárceles y penitenciarías del país.

Para comprender al menos de manera genérica lo retardatario de la modificación, propongo como metodología mencionar la mayoría de esas modificaciones, y asumir el tedioso ejercicio de comparación del tratamiento de algunas faltas leves y graves que contempla el proyecto de ley, comentando su relación con las reglas existentes actualmente, no sin antes advertir que en ningún momento pretendo reivindicar la normatividad penitenciaria existente.

---

<sup>1</sup> Artículo 112 del Proyecto Código Penitenciario.

<sup>2</sup> Es oportuno anotar desde ya que el Proyecto también contiene algunas modificaciones o conserva aspectos aparentemente “positivos” para los presos, tales como la Incorporación de universidades y colegios al sistema educativo penitenciario, la operatividad del permiso de salida hasta por 15 días y la Inclusión del principio de intervención mínima de las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos y del tratamiento básico; sin embargo, tal y como se tratará de evidenciar, se desdican esos aspectos “positivos” con la misma norma, lo que evidencia el carácter legitimador de la norma sobre el ejercicio del poder, así desdiga de los “principios fundantes” del sistema normativo.

La propuesta de tratamiento disciplinario contra los presos inicia su exposición en el artículo 84 del proyecto inicial que hizo curso en el Congreso, clasificando como faltas leves “el incumplimiento de los deberes y obligaciones previstos en los reglamentos general e interno, siempre que no constituya falta grave.”

Si se compara esta forma de tipificar las conductas, dando un vistazo general sobre la Ley 65 de 1993, se llega a pensar que el legislador reduce sustancialmente el número de conductas consideradas como faltas leves, pues en la norma actual se tipifican 17 conductas consideradas como tal, ante lo que, la desprevenida lectura nos ve tentados a aceptar los postulados liberales y garantistas y considerar este como un “gran paso” para la realización del tan cacareado proceso de resocialización, al que por fin la realidad daría lugar; incluso llegamos a tentarnos e ilusionarnos creyendo que el legislador colombiano está reconsiderando el control y la disciplina excesivas como únicos medios de tratamiento en las cárceles.

La ilusión se agranda al notar que el proyecto de ley contempla solo 24 faltas graves frente a las 29 que consagra el Código actual.

Pero triste es el pequeño sueño liberal cuando al hacer una lectura honrada de la iniciativa legislativa, nos encontramos que se presenta una amplificación en la definición de las conductas, constituyéndose en tipos disciplinarios en blanco o al menos ampliando la propuesta su espectro de influencia, lo cual va en desmedro de la oportunidad de un debido proceso y la defensa, postulados agrupados entre los derechos fundamentales de los ciudadanos presos o no, que a su vez supuestamente fundamentan el ordenamiento jurídico procesal liberal; la tristeza gestada por la ilusión liberal se materializa en los siguientes numerales del artículo 84 del proyecto de ley:

- El numeral 1 de las faltas graves del proyecto, amplía el carácter de las sustancias y objetos cuyo porte o tenencia da lugar a la sanción que corresponde a este tipo de conductas, pues la tenencia de cualquier objeto que sea prohibido por la ley o por el reglamento interno de la prisión, será tenido como falta grave, lo cual permite que el director de cada establecimiento y el INPEC en general, constituyan y definan el porte de cualquier sustancia u objeto como grave en los reglamentos internos de las prisiones, lo que puede dar lugar a sanciones ridículas de conductas cotidianas, como el porte de un maquillaje de más de la mujer que conserva su vanidad en la cárcel o el suéter negro que utiliza un preso para desafiar el frío en sus noches de insomnio sobre el suelo, o del libro de quien pretende volar través de unas letras y su imaginación. Esta situación no se presenta con el Código actual, pues en este se prohíbe de manera expresa “el porte de armas; posesión, consumo o comercialización de sustancias alucinógenas o que produzcan dependencia física o psíquica o de bebidas embriagantes,” lo cual al menos hoy limita la disposición legal.
- El numeral 5 del artículo en mención, refiere como falta grave el “ausentarse sin autorización del puesto de trabajo, estudio o enseñanza”, igualmente la nueva norma amplía el espectro de conductas a castigar como graves, en tanto la norma actual de la

Ley 65, se refiere a la “negligencia habitual en el trabajo o en el estudio o en la enseñanza” lo cual, por tener como condicionalidad la habitualidad de la negligencia, es muy diferente al simple abandono del puesto de labor o estudio, conductas estas que el actual código contempla en calidad de leves, en sus numerales 3 -que plantea la “negligencia en el trabajo, en el estudio o la enseñanza”- y 5 -que plantea el “abandono del puesto durante el día,” conductas todas estas que se recogen en el proyecto presentado y se consideran graves, lo cual da lugar a sanciones mucho más drásticas.

- El numeral 7 de las faltas graves del proyecto en cuestión, se refiere a “Causar daño a las celdas, áreas comunes o a los elementos, bienes o herramientas que le han sido entregadas para el trabajo, estudio o recreación. Así como dañar los muros del establecimiento o pintar en ellas inscripciones o dibujos no autorizados”, tipificación que amplía el tipo disciplinario del código actual, que se refería únicamente al daño de muros -manteniendo eso sí la prohibición de inscribir un amor perdido por el encierro- y recogiendo las actuales faltas leves del numeral 8 de la Ley 65 y la falta grave 17 de la misma norma, siendo necesario para esta última disposición de la actual ley que se presente el dolo en el daño de herramientas asignadas para el trabajo, en la proyección de la nueva normatividad no.
- El numeral 12 del proyecto se refiere como falta grave a “realizar apuestas”, tipificación completamente amplia, desmejorando respecto a la anterior que consagraba “apostar dinero en juegos de suerte o azar”, prohibición esta que es consecuente con la prohibición de circular dinero, pero que conllevaría a que si dos presos apuestan, como estímulo para un partido de fútbol, una canasta de gaseosas o un paquete de cigarrillos adquiridos en los expendios de la cárcel, estaría incurriendo en una falta disciplinaria grave, solo por citar un ejemplo extremo pero posible.
- El numeral 15 del proyecto considera grave el “asumir actitud irrespetuosa contra los funcionarios de la institución o cualquier servidor público, los visitantes y demás internos” modificando la falta grave 16 de la norma actual, reduciéndola a la “actitud irrespetuosa”, definición completamente amplia y que da cabida a cualquier interpretación del irrespeto, desde un piropo sugestivo hasta una agresión física.
- Por último, en lo que se refiere a modificaciones que tipifican conductas graves en blanco, el numeral 22 del proyecto de ley consagra como falta grave el “incitar a los compañeros para que cometan desórdenes u otras faltas. Así como propiciar tumultos, motines o *protestas*, o lanzar gritos sediciosos para provocar a los demás internos al desorden”, pequeña expresión intramural de los estados de excepción, que recoge las faltas graves 14, 17 y 18 de la Ley 65, ampliando el tipo hacia las protestas, ya no delimitándola a las colectivas, sino dejándolo abierto, lo cual vulnera -aún más- el derecho que formalmente corresponde a todo ciudadano; pero además, tipificando como falta grave el ejercicio de la protesta, así ésta también esté contenida dentro del grupo de los derechos fundamentales y fundantes del orden jurídico liberal contemporáneo.

También se considera grave por el proyecto de Código, el porte del necesario dinero para tener un lugar donde dormir, la ejecución de tareas clandestinas; “apropiarse de bienes o herramientas confiadas a su cuidado”; “romper los avisos o reglamentos fijados en cualquier sitio del establecimiento”; “asumir conductas dirigidas a menoscabar la convivencia carcelaria o penitenciaria, siempre que no constituya otra falta”; o “manipular el sistema eléctrico del establecimiento de reclusión o de las partes comunes, sin el debido permiso”.

La iniciativa legislativa en cuestión consagra cinco nuevas conductas como faltas disciplinarias graves, las cuales no desentonan con el resto del articulado y son completamente amplias en su interpretación.

Además, se constituye la falta 24 del proyecto “violación del silencio nocturno”, considerada por la Ley 65 como una falta leve, convirtiéndola en grave, con sus respectivas consecuencias disciplinarias, además de ser una definición amplia de la conducta, que podría incluso recriminar disciplinariamente al preso que canta, conversa o simplemente tose por la tuberculosis aún no detectada por el inepto sistema de salud; tipicidad en blanco que se mantienen los numerales 14 (“Hurtar, ocultar o sustraer objetos de propiedad o de uso de la institución, de los internos o del personal de la misma”), 4 (“Dañar o contaminar los alimentos al consumo en el establecimiento”) y el 20 (“Intentar, facilitar o consumir la fuga”), pero ahora bajo el calificativo de “graves”.

De esta forma, el régimen de control sobre los presos y presas se amplía ostensiblemente, se modifican la mayoría de las tipificaciones de la Ley 65, convirtiéndolas de faltas leves a faltas graves y ampliándose las tipificaciones en la mayoría de los casos; lo referente a las protestas se amplía desde la redacción hacia cualquier manifestación de inconformidad.

### **La seguridad como fundamento de la represión y el trato excepcional a los derechos: el traslado como castigo**

El lector y el oyente que hasta aquí han soportado, podrán pensar en la necesidad de unas reglas mínimas para la convivencia en la cárcel, tal y como vieran alguna vez en la “casa-estudio” de un *reality show* -que curiosamente invocaba al gran hermano-; por ello el análisis del nuevo régimen disciplinario que se quiere imponer a los presos y presas colombianas no es completo sino se evalúan las consecuencias que esta proyección legislativa tendría para los mismos de elevarse al rango de ley.

En ese sentido es necesario referirse a las sanciones que según el artículo 86, corresponden para las faltas leves en: 1. La amonestación con anotación en sus correspondientes registros, si es un procesado o en su cartilla biográfica si es un condenado; 2. La privación del derecho a participar en actividades de recreación hasta por ocho (8) días; y, 3. La pérdida del derecho a recibir estímulos hasta por tres (3) meses.

Para las faltas graves, según el artículo 87 del proyecto de ley, las sanciones correspondientes son: “1. *Traslado temporal o definitivo a otro establecimiento de reclusión o a otra sección del establecimiento*; 2. *Perdida del derecho a recibir estímulos hasta por tres (3) meses y*; 3. *Suspensión de visitas hasta por un lapso de un mes*” (Cursivas fuera del texto original).

Es de anotar que en nombre de la seguridad, las sanciones para quienes incurran en la tipificación de las faltas graves, vulnera en sus numerales 1 y 3 los derechos que formalmente tienen los presos a estar en constante contacto con su núcleo familiar, incluso como una condición necesaria para su –¡¡¡otra vez!!!– resocialización, y para quienes incurran en faltas leves, la negación de buscar la libertad temporal, mediante beneficios administrativos, al anotarse en la cartilla biográfica la falta disciplinaria.

También es menester anotar que hoy por hoy, no existe amenaza más intimidante para la mayoría de los presos colombianos, que el traslado hacia un penal lejano de su sitio de origen, tanto por la deconstrucción de los mínimos de territorialidad conseguidos, como por la supervivencia misma en un lugar sin familia, sin amigos ni apoyo afectivo y socio-económico de ningún tipo.

Además, no se puede dejar de afirmar que aún sin su legalización y si la prohibición expresa del Derecho Internacional de los DDHH, ya hoy el traslado es un mecanismo de castigo para los presos y presas que osan en desafiar el orden legal o ilegal de la prisión.

Por eso al modificarse las conductas consideradas como faltas graves, ampliando su espectro hacia un número indeterminado de acciones de los presos, se fortalece el traslado como medio de presión y control sobre las personas privadas de la libertad, dejando de ser una práctica que actualmente se justifica desde en la supuesta búsqueda del des-hacinamiento de las cárceles o la seguridad del trasladado, para convertirse en una opción con amplios campos de aplicación para el INPEC o quien cumpla las funciones de gendarme y/o gobierno penitenciario.

Como si fuera poco, la protesta se plantea como una acción abierta a ser sancionada posiblemente con el traslado ¿Quién determina qué es y cuál la gravedad de la protesta? ¿y si el preso persiste en que conserva sus derechos y los defiende? Al igual que con cualquier sanción disciplinaria, esa responsabilidad recae sobre el Consejo Disciplinario de cada cárcel, compuesto en su mayoría por funcionarios del sistema penitenciario pertenecientes al INPEC, que generalmente es la institución a la que se exige el cumplimiento de alguna dádiva legal.

En conclusión, además de que se amplía el espectro de conductas consideradas como graves, se consagran tres sanciones que realmente lo son –graves-, pues afectan el derecho a la cercanía con su núcleo familiar –reclamado incluso por normas internacionales de tratamiento a los presos;<sup>3</sup> así como se obstaculiza la búsqueda “pronta” y temporal de la

---

<sup>3</sup> El Principio IX de las Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, dicta en su numeral 4º que “*Los traslados de las*



libertad, legalizándose de esta manera el re-castigo encarnado en una política amplia de traslados y la continuidad del encierro permanente, pues casi todas las conductas se consideran graves y dan lugar a ese tipo de castigos.

### **La consideración del enemigo, la despersonalización y su aplicación en el tratamiento disciplinario de los Presos**

Ahora bien, no se pueden cerrar estas apreciaciones sin hacer referencia al hoy famoso Derecho Penal del Enemigo, por siempre existente en el espíritu mismo del derecho penal, pero instituido como teoría, ampliamente difundido y criticado, además de fuertemente reverdecido en la actualidad. Es a la organización teórica de esta “doctrina” a la que haré alusión, para no entrar en eternas discusiones.

La doctrina denominada derecho penal del enemigo, inicialmente descrita y luego defendida por el profesor alemán Günther Jakobs, propende por identificar a los ciudadanos que cometen hechos punibles, para luego castigarlos como tales, respetando las garantías procesales y los derechos sustanciales que se suponen propios en un estado de derecho; pero además, se pretende identificar y diferenciar a quienes son potencialmente capaces de cometer actos que se presume, ponen en peligro el *Status-Quo* en sus más profundas acepciones, lo que los convierte en *enemigos*, razón por la que, sostiene esta doctrina, hay que enfrentarlos aún antes de que cometan el hecho delictivo, en razón de ser sujetos “peligrosos”.

De esta manera, el Derecho Penal del Enemigo se puede entender como la doctrina penal que aboga por la creación de un derecho penal supuestamente “paralelo” al derecho penal liberal, que tenga como su objeto aquellos individuos “peligrosos”, a quienes este derecho combate precisamente en razón de su peligrosidad y no de los actos que cometa.

En consecuencia, el derecho penal del enemigo desconoce los postulados del derecho penal liberal, que para autores como Luigi Ferrajoli, constituyó el terreno en el que el “jusnaturalismo racionalista libró sus batallas contra el despotismo represivo e inquisitivo del Antiguo Régimen” y además definió los valores de la civilización jurídica moderna, que por su parte, resume Iñaki Rivera como “el respeto a la persona humana, los valores de la vida y la libertad personal, el nexo entre legalidad y libertad, la tolerancia y la libertad de conciencia y expresión y la primera función del Estado protector de unos derechos”<sup>4</sup>.

---

*personas privadas de libertad deberán ser autorizados y supervisados por autoridades competentes, quienes respetarán, en toda circunstancia, la dignidad y los derechos fundamentales, y tomarán en cuenta la necesidad de las personas de estar privadas de libertad en lugares próximos o cercanos a su familia, a su comunidad, al defensor o representante legal, y al tribunal de justicia u otro órgano del Estado que conozca su caso.*

*Los traslados no se deberán practicar con la intención de castigar, reprimir o discriminar a las personas privadas de libertad, a sus familiares o representantes; ni se podrán realizar en condiciones que les ocasionen sufrimientos físicos o mentales, en forma humillante o que propicien la exhibición pública”.*

<sup>4</sup> Rivera, Beiras Iñaki (2004). “Forma-Estado, Mercado de Trabajo y Sistema Penal. (Nuevas Racionalidades Punitivas y Posibles Escenarios Penales)” en: “Mitologías y Discursos sobre el Castigo: Historia del Presente y Posibles Escenarios”. Editorial Anthropos. Barcelona.

¡¡Qué bonitas palabras éstas de inspiración liberal!! Sin embargo, el Derecho Penal del Enemigo encuentra sus raíces teóricas y de Filosofía Política en los padres del liberalismo: Fichte, Rousseau, Hobbes y Kant, de quienes bebe Jakobs en la búsqueda de quiénes deben ser tratados por el Estado y el Derecho Penal como ciudadanos o como enemigos.

En definitiva, el profesor Jakobs prefiere la concepción dualista que tienen Hobbes y Kant, en cuanto debe existir un trato diferenciado para quienes cometen hechos punibles, que en principio son ciudadanos, salvo en los casos en que se trate de hechos relacionados con la rebelión o la alta traición -desde Hobbes<sup>5</sup> y cuando se trata de sujetos que amenazan *constantemente* a sus conciudadanos por su comportamiento ausente de legalidad y que además, no permiten que se les incluya en dicha legalidad -desde Kant;<sup>6</sup> considera Jakobs que en estos dos casos el procesado debe ser tratado como “no-persona”,<sup>7</sup> como enemigos, pues son incapaces de comunicarse con el sistema, es decir, que son renuentes al diálogo intersubjetivo existente, según el autor, entre los ciudadanos y el Estado;<sup>8</sup> mientras que se deben tratar como ciudadanos, a aquellas personas que de manera ocasional defraudan la expectativa referida al comportamiento acorde con la norma.

De esta manera, se entiende que Jakobs simplemente reafirma la naturaleza misma del derecho penal, el trato de enemigo contra el sujeto que no es acreedor al respeto de los valores normativos, convertidos en “derechos” por el poder estatal, pues se considera que pierde el criterio jurídico de persona y recibe un trato diferente, al dolor menguado que padecen los excepcionales ciudadanos, que en últimas no sufren la intención original del sistema penal, infringir dolor.

Esto se evidencia en la concepción que de la pena tiene Günther Jakobs, quien la justifica desde su propia noción, que se divide en dos perfiles, plenamente consecuentes con la diferenciación entre ciudadanos y enemigos:

La pena se justifica para el primero, a partir de la interacción simbólica y el diálogo intersubjetivo que hay entre el Estado representado en la norma y el sujeto que comete el hecho punible, que al incurrir en el actuar ilícito, está desvirtuando la afirmación que hace el Estado mediante la norma, a lo que se responde entonces con la pena -y sus plenas garantías-, lo que hace que se torne irrelevante la afirmación del autor del hecho y mantiene vigente la norma<sup>9</sup>. Obviamente, esta pena solo se aplicará a aquellos sujetos que ofrecen cierta seguridad o garantía de que, a pesar del hecho cometido y penalizado -que se presume obedece a un error-, van a regresar al seno de la sociedad bajo los parámetros y comportamientos que impone la norma, lo que hace que esta última sea real y deje de ser una promesa vacía<sup>10</sup>; así pues, el encierro como pena tiene efectos netamente simbólicos, lo

<sup>5</sup> Hobbes, Tomas (1959). “El Leviatán”, Pág. 233, citado por *Ibidem*. pág. 29.

<sup>6</sup> Kant, Emmanuel. “Metaphysik der sitten”. págs. 255 y ss. Citado por *Ibidem*. págs. 30 y 31.

<sup>7</sup> Jakobs, Günter, Op. Cit. pág. 32.

<sup>8</sup> *Ibidem*. pág 23.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> *Ibidem*. pág. 36.

que permite su reducción y laxitud en las condiciones del encierro; que tal un Nule, un Plazas Vega o un Maloff; que tal un “Tolemaida Resort” o una “casa fiscal” en la picota, o un “pabellón Ere” en el mismo penal para los parapolíticos.

Por otro lado, Jakobs sostiene que la pena además del significado ya descrito, *produce físicamente algo*, coacciona al preso para que no pueda cometer otros hechos punibles, lo que para el autor es la causa de que “históricamente” sea la pena privativa de la libertad, la reacción habitual frente a la comisión de hechos de cierta gravedad.<sup>11</sup>

La privación de la libertad no quiere decir nada, simplemente busca ser efectiva contra sujetos peligrosos, comunistas, ladronzuelos, jíbaros que no ofrecen la seguridad o la certeza cognitiva de que se van a someter a los postulados del sistema normativo; lo que hace que sean delincuentes por principio, ya sean los rebeldes o traidores que sostiene Hobbes o los sujetos que no permiten se les incluya en el sistema legal o “estado-comunitario-legal”<sup>12</sup> de Kant; asimismo sostiene Jakobs que “...el Estado tiene derecho a procurarse seguridad frente a individuos que *reinciden* persistentemente en la comisión de delitos”<sup>13</sup>, lo que permite pensar que, según el autor, quienes cometen conductas punibles de manera constante o reiterativa, *pueden o deben ser tratados de manera diferente* a quienes ofrecen una seguridad cognitiva de que se van a acoger al sistema legal; porque no un baño para dormir en la cárcel bellavista de Medellín, frente a la permisividad de una cama doble para un solo preso; o los 40° centígrados sin agua para vivir todos los días en el inclemente sol de Puerto Triunfo Antioquia, frente al agua caliente permitida en algunos pabellones de las prisiones bogotanas –para no mencionar los chefs, el wiskhey, los x-bos, visitas durante 4 días y demás casos flamantes y conocidos–.

En esta noción de la pena de Jakobs, se encuentra una identidad con la criminología actuarial, en el sentido de que lo que se pretende con el sistema penal no es resocializar o castigar individuos, sino identificar y manejar sectores poblacionales que se tornen peligrosos, que sean enemigos, para lo cual la pena de prisión es una de sus herramientas, ya que el encierro *EXCLUYE* a los individuos pertenecientes a esos sectores, impidiéndoles físicamente la posibilidad de concretar una nueva acción tipificada como delictiva<sup>14</sup>, intencionalidad que llegaría a su cumbre con el derecho penitenciario y sus medidas disciplinarias, según el proyecto de ley, mediante la ruptura de sus lazos familiares y sociales y el impedimento para acceder a la libertad provisional que consagran los beneficios administrativos.

Pero además, del postulado de Jakobs se deduce que al enemigo no solo debe serle ausente la búsqueda del que alguna vez fue su derecho a la libertad y a defenderla ante la ritualidad procesal, sino que, al no ser persona, también le son ausentes los derechos que alguna vez le

---

<sup>11</sup> *Ibidem.* pág. 24.

<sup>12</sup> Kant, Emmanuel (2003). Citado por Jakobs en: “Derecho penal del ciudadano o Derecho Penal del Enemigo”. Civitas Editorial. pág. 31.

<sup>13</sup> *Ibidem.* pág. 32.

<sup>14</sup> *Ibidem.* pág. 511.

pertenecieron ante la eventualidad de ser preso, en la ejecución de la pena, como, para el caso, los impedimentos que generan el poder disciplinario del estado.

Después de conocer de manera superflua los postulados del Derecho Penal del Enemigo, se puede entonces abstraer que esta lógica tiende a manifestarse en el trato que han recibido y que seguirán recibiendo la mayoría de los presos de Colombia –los enemigos–, que atiende a una lógica de despersonalización de los mismos en razón de la supuesta seguridad que debe imperar en las prisiones y la que esta debe “garantizar” para el exterior, sin importar si esta implica la negación de derechos también jurídicamente consagrados, como el de la libertad o la familia, pero que simultáneamente se verían vulnerados y legalizados por esta iniciativa legislativa.

Así, cuando se amplía la tipificación de los tipos disciplinarios de los presos, y además se vulneran principios liberales como la legalidad, el debido proceso y la defensa y derechos como la libertad y la familia, se está dando un trato diferenciado a quienes se encuentren recluidos en las prisiones colombianas y se entienden como enemigos, al presumirse como peligrosos y objetos de control y re-castigo, ante lo que su privación de la libertad, además de elevar el Estado al rango de triunfante en el diálogo intersubjetivo que manifiesta Jackobs, lo faculta para tratarles de tal manera que no importa el carácter de persona formalmente acreedora de derechos, sino el que son sujetos peligrosos que corren el riesgo de incurrir nuevamente en la comisión de una conducta prohibida, ante lo que el castigo como amenaza debe ser más incisivo.

En este sentido, también se debe observar que el traslado del preso en razón de la comisión de una de la infinidad de conductas consideradas graves por el proyecto de ley, además de que desconoce la normatividad que regula la materia, encarna la noción de que al enemigo se le debe castigar por su resistencia a ser incluido en el estado-comunitario-legal que menciona Kant o por el carácter de rebelde que menciona Hobbes –ya sea por *apostar* un cigarrillo o por *ejercer la protesta* de cualquier tipo, juntas conductas graves para el proyecto-.

Entonces el sistema penitenciario colombiano puede legalizar la vulneración de los Derechos Humanos que según el discurso jurídico lo fundamenta, mediante la extensión del Derecho Penal del Enemigo al campo de la ejecución de la pena, transformándose en un Derecho Penitenciario del Enemigo, en que la mayoría de quienes que son regulados por el mismo, se presumen como potenciales detractores del sistema jurídico y por tal razón deben ser obligados a retornar al mismo o excluidos de tal, mediante la imposición de la mayor cantidad de tiempo posible en la prisión y en condiciones ajenas a las que recibiría un ciudadano “honorable”.

### Del pleonasma del “derecho penal del enemigo”

A diferencia de lo que diría Manuel Cancio Meliá, hablar de derecho penal del enemigo no es una contradicción en los términos,<sup>15</sup> por el contrario, se trata de un pleonasma mayúsculo, al que pareciera decir el derecho penitenciario “valga la redundancia”.

El derecho penal liberal y el derecho penitenciario en particular, abordan postulados que desde la supuesta legitimidad estatal se mofan de ser verdades únicamente cuestionables por el poder del mismo estado; verdades que contenidas en el ordenamiento jurídico, se precian de ser un saber que no da lugar a contradicciones con el ejercicio de poder que constituye la prisión, así este desdiga del mismo ordenamiento.

Para ello, y como resultado del triunfo “contra el despotismo represivo e inquisitivo del Antiguo Régimen” que mencionara Ferrajoli, lo que se encuentra es que el despotismo manifestado en la prisión, cuenta con accesorios discursivos y contenidos en la norma penitenciaria, como al anotar el proyecto de ley aquí cuestionado, que castigar nuevamente al preso es caminar hacia la “finalidad -de- encauzar y corregir la conducta de quienes han infringido las normas de la convivencia penitenciaria o carcelaria”; afirmación que es una mancuerna de oro en los harapos de la prisión y su finalidad única de coaccionar e infligir dolor.

Mediante el reconocimiento formal de la norma penitenciaria acerca de la existencia de “derechos” procedentes de la concesión estatal, no se pretende reivindicar “dignidades” ni buscar “finalidades” que beneficien al preso o a la sociedad; en cambio, si se pretende mediante la formalización de derechos, construir el saber penitenciario como el justificante de la prisión.

En consecuencia el derecho penitenciario se convierte en ese mecanismo de construcción de verdades “indudables” que ocultan la evidente contradicción que trae consigo, e incluso esconde el que el derecho penal y penitenciario, efectivamente persigue enemigos, y ante azares y circunstancias políticas, reafirma postulados ante ciudadanos necios y pródigos que volverán al rebaño, amigos, que nunca sufren el rigor verdadero de la prisión y su sustento legal, sino que incluso gozan de beneficios que la misma norma prohíbe, lo que de ninguna manera implica pedir un castigo igual de severo para estos, no se pide nada, simplemente evidencia la contradicción tantas veces dicha.

Pero a pesar de los adornos discursivos del pretendido saber penitenciario, convertidos en saberes que fundamentan una “verdad”, la lógica estatal de perseguir la oposición y la pobreza como máximas de su política criminal, desnaturalizar la persona que es perseguida y apresada para nuevamente sufrir la persecución y el castigo, no pretende una cosa diferente a continuar con el ejercicio del poder: a secas.

---

<sup>15</sup> Cancio, Meliá Manuel (2003). *¿“Derecho Penal” del Enemigo?* Civitas Editorial, pág. 61.

## Referencias Bibliográficas

Adarve, Lina y Otros: “El Código Penal de 1980: Sus antecedentes y contextos mirados desde la Política - Criminal Colombiana”. Sin Publicar.

Barreto Nieto, Luis Hernando y Rivera, Sneider (2009). “Una Mirada a la Impunidad en el Marco del Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia”. Editorial Milla Ltda. Santa Fe de Bogotá.

Cristhie, Nills (1993). “La Industria del Control del Delito: ¿la nueva forma del holocausto?”. Editores del Puerto. Buenos Aires.

Garland, David (2005). “La Cultura del Control. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea”. Editorial Gedisa. Barcelona.

Jakobs, Günther (2003). “Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del Enemigo”. Civitas ediciones.

Korol Claudia (2009). “Criminalización de la pobreza y de la protesta social”. Editorial El Colectivo. Buenos Aires.

Larrauri, Elena (2006). “Populismo Punitivo... y como resistirlo” Revista: “Jueces para la Democracia” Número 55. Madrid.

“Hay que construir 5 cárceles más para evitar hacinamiento”. Consultado En: <http://www.eluniversal.com.co/cartagena/nacional/hay-que-construir-5-carceles-mas-para-evitar-hacinamiento-15138>

Política Penitenciaria y Carcelaria. Evaluación de la resocialización y las medidas implementadas contra el hacinamiento. Contraloría Delegada para el Sector Defensa, Justicia y Seguridad. Bogotá D.C., Junio de 2008. Consultado En: [www.semana.com/documents/Doc-1629\\_2008624.ppt](http://www.semana.com/documents/Doc-1629_2008624.ppt)