

EL DENOMINADO “DERECHO PENAL DEL ENEMIGO” Y EL PLURALISMO CULTURAL Y JURÍDICO DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

Una crítica a los postulados del Prof. Günther Jakobs

Rafael H. Chanjan Documet¹
Pontificia Universidad Católica del Perú

RESUMEN

El presente trabajo tiene como tema central el estudio del denominado “Derecho Penal del enemigo” y su relación con el pluralismo cultural y jurídico en ciertas sociedades. Se pretende analizar y criticar la propuesta teórica del Profesor Günther Jakobs que identifica al pluralismo cultural como un factor detonante y expansivo de los denominados “enemigos” en las sociedades. ¿Es posible en un Estado Democrático y Constitucional de Derecho realizar una dicotomía entre personas y no personas (enemigos)? ¿Son los miembros de las comunidades indígenas “enemigos”? A juicio del autor, es rechazable, en un modelo de Estado Democrático y Constitucional de Derecho, realizar una distinción entre “personas” y “no personas”. Los miembros de las culturas minoritarias que conviven con la cultura hegemónica en un mismo espacio geopolítico deben ser y son protegidos por el Derecho. La norma penal no puede ser ajena a dicha realidad multicultural ni a las normas internacionales y constitucionales que salvaguardan la autonomía y derechos de dichas grupos minoritarios.

PALABRAS CLAVE

Derecho Penal del enemigo. Pluralismo jurídico. Multiculturalidad. Günther Jakobs.

ABSTRACT

The present paper is about the entitled "Criminal Law of the enemy" and its relationship to the cultural and legal pluralism in certain societies. This paper analyzes and criticizes

¹ Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master en Derecho Penal y Política Criminal por la Universidad de Málaga (España). Master en Derecho Penal Económico Internacional por la Universidad de Granada (España). Comisionado de la Defensoría del Pueblo del Perú.

the theoretical proposal of Professor Günther Jakobs that identifies the cultural pluralism as trigger and expansive factor of entitled "enemies" in societies. Is it possible in a Democratic and Constitutional State of Law making a dichotomy between "people" and "no people" (enemies)? Are members of indigenous communities "enemies"? In the author's opinion, it's objectionable, in a model of Democratic and Constitutional State of Law, making a distinction between "people" and "no people". Members of minority cultures that lives with the hegemonic culture in the same geopolitical space must be protected and are protected by the law. The Criminal Law can't be indifferent with this multicultural reality and the international and constitutional laws that safeguards the autonomy and rights of these minority groups.

KEY WORDS

Criminal Law of the enemy. Law pluralism. Multiculturalism. Günther Jakobs.

SUMILLAS: I. INTRODUCCIÓN II. SOCIEDAD, NORMA Y PERSONA SEGÚN JAKOBS III. EL "ENEMIGO" SEGÚN JAKOBS IV. ¿EL PLURALISMO CULTURAL Y JURÍDICO COMO FACTOR EXPANSIVO DE LOS "ENEMIGOS"? V. CRÍTICA A LA POSICIÓN DE JAKOBS VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Las sociedades latinoamericanas contemporáneas atraviesan en los últimos años un importante desafío de cara a su integral desarrollo social y económico; y es que desde la comunidad internacional y la propia sociedad civil se viene reclamando el reconocimiento de la diversidad cultural que detenta la mayoría de los países latinoamericanos poscoloniales. En esta medida, el Derecho Penal en tanto expresión más estigmatizante del poder del Estado se enfrenta al reto de atender a este pluralismo cultural y jurídico a efectos de garantizar el derecho a la autonomía normativa de ciertas comunidades indígenas o nativas, pero al mismo tiempo de proteger los derechos fundamentales de todos los ciudadanos. El presente trabajo tiene como objetivo analizar brevemente la

concepción del Profesor alemán Günther Jakobs respecto del pluralismo cultural y jurídico en relación a los que él denomina “enemigos”.

II. SOCIEDAD, NORMA Y PERSONA SEGÚN JAKOBS

Según el Prof. Jakobs, la sociedad es la construcción de un contexto de comunicación, la sociedad está compuesta de comunicaciones y no de sujetos². Basándose en la teoría sociológica de Niklas Luhmann, Jakobs señala que la sociedad no tiene la finalidad de proteger o afirmar un valor determinado extrínseco, sino que busca autoprotgerse a sí misma de manera autopoietica³. Las relaciones sociales entre personas construyen la sociedad; sin embargo, al tener cada persona un modo de pensar, intereses y valores diferenciados, la comunicación que se produce puede dar lugar a diferentes formas de configuración social. Los ciudadanos o sus delegados son los responsables de configurar la sociedad de tal o cual manera; no obstante los individuos pueden compartir dicha configuración como disenter de ella. Este es un fenómeno natural de la sociedad pluralista que es la que se evidencia en la realidad.

Así pues, la identidad social de los individuos se determina por medio de las reglas de la configuración, es decir, por medio de normas y no por determinados estados o bienes⁴, como se dijo, la sociedad es entendida en forma dinámica como construcción sujeta a mutaciones. En efecto, Jakobs reconoce que la finalidad y razón de ser la norma jurídica es la afirmación de la identidad social⁵. Es a través de la norma que se crea un patrón que proporciona un orden unificador de la diversidad que se da en toda sociedad pluralista. Con ello se evita que cualquier conducta disidente que no sea conforme a los patrones establecidos por la identidad social y que no signifique una evolución social, pueda poner en duda dicha identidad.

²Cfr. JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Civitas: Madrid, 1996. p. 26.

³Cfr. JAKOBS, Günther. *Bases para una teoría funcional del derecho penal*. Palestra: Lima, 2000. p. 55.

⁴Ibíd.

⁵ Ibíd. p. 12.

Jakobs reconoce que la sociedad está en constante evolución y cambio, por lo que la norma no puede permanecer ajena e inmutable ante este fenómeno empírico; sin embargo, debe diferenciarse este fenómeno de actuaciones personales que no tengan un nivel de frecuencia y generalidad como para derogar o hacer cambiar la normatividad⁶. La norma jurídica está fundamentada en la interacción social que determina lo prohibido y lo permitido (adecuación social), pero esta adecuación social viene determinada por las valoraciones hegemónicas de la sociedad que son captadas luego por el legislador. Es decir, la adecuación social no es una suma de valoraciones subjetivas. De esta manera el sujeto pasa de ser un simple individuo con intereses subjetivos diversos a ser una persona con un rol social determinado, que cumple una función comunicativa y genera expectativas en los demás, expectativas que son aseguradas mediante las normas jurídicas.

En razón de ello, para el Prof. Alemán Günther Jakobs, la pena no buscaría generar un efecto en las personas para prevenir futuros delitos, sino que tendría por objeto restablecer la vigencia de las normas quebrantadas por la comisión del delito, confirmando el Derecho⁷. Bajo esta tesis, la pena no tendría un fin ulterior en el plano empírico, sino que sería un fin en sí mismo⁸. Para el Prof. Jakobs, existe una desvinculación entre la función del Derecho Penal y la protección de bienes jurídicos; no se podría considerar como misión de la pena la evitación de lesiones a bienes jurídicos, puesto que, en estricto, la misión del Derecho Penal sería la confirmación de la vigencia de la norma⁹.

Por otro lado, siguiendo con su discurso, Jakobs sostiene que la persona es considerada como tal en tanto es destinataria de derecho y deberes que la norma jurídica le atribuye. La constitución de la sociedad (propriadamente dicha) y la persona se dan a través de las normas¹⁰. No hay persona sin rol social, y dicho rol social viene determinado

⁶ *Ibíd.* p. 24-26.

⁷ Cfr. JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. op. cit. p. 28.

⁸ Así lo afirma SCHUNEMANN, Bernd. *La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal*. En: *Cuestiones básicas del Derecho Penal en los umbrales del tercer milenio*. Idemsa: Lima, 2006. p. 144.

⁹ Cfr. CANCIO MELIA, Manuel y otros. *Un nuevo sistema del Derecho Penal*. Grijley: Lima, 1998. p. 21.

¹⁰ Cfr. JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. op. cit. p. 25.

normativamente¹¹. En la medida en que las personas se hallan vinculadas a través de normas, se dirige a ellas la expectativa de que su conducta será conforme a ella (expectativas normativas)¹².

III. EL “ENEMIGO” SEGÚN JAKOBS

Según Jakobs, toda persona (conforme ha sido definida anteriormente) está inserta en una misma comunidad jurídica en donde goza del estado de ciudadano. Siguiendo los planteamiento de Kant, señala que toda persona se encuentra autorizada a obligar a otro individuo a entrar al Estado comunitario-legal, ya que su estado salvaje de la naturaleza de por sí pone en peligro a las personas que sí se hayan insertas en dicho Estado¹³. Por tanto, enemigo es aquel que no se deja obligar a entrar en la comunidad jurídica, por lo que las personas pueden excluirlo de su vecindad y tratarlo como no persona. El enemigo es aquel que amenaza constantemente la seguridad de las personas¹⁴.

De este modo, el enemigo es tratado sólo como individuo, no se le reconocen derechos ni deberes, puesto que transgrede persistentemente las normas jurídicas y no genera expectativas cognitivas mínimas de cumplimiento normativo. El enemigo es un sujeto que se ha apartado del Derecho de manera reincidente, por lo que el Estado tiene el deber de asegurar que el peligro que emana de su existencia. Según Jakobs, el enemigo se despersonifica a sí mismo con su actuación¹⁵. Contra la conducta del enemigo la pena no cumple principalmente una función de afirmación de la vigencia de la norma, pues no se le reconoce como persona, sino sólo un aseguramiento de los peligros que puede acarrear su comportamiento a futuro. Es decir, la pena no tiene una visión retrospectiva

¹¹Cfr. JAKOBS, Günther. *Bases para una teoría funcional del derecho penal*. op. cit. p. 38.

¹²Cfr. JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal*. Civitas: Madrid, 2003. p. 49

¹³Cfr. JAKOBS, Günther. “Derecho Penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”. En: *Derecho Penal del enemigo*. Civitas: Madrid, 2006. p. 32.

¹⁴Ibíd. p. 33.

¹⁵Cfr. POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho Penal del enemigo: ¿Qué es? ¿Existe? ¿Debe existir? ¿Por qué existe?* Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales N° 7 (2006). pp. 392-393.

(pensada en el hecho cometido), sino en una visión prospectiva (de los peligros futuros que supondrán las conductas del enemigo)¹⁶.

En este sentido, “enemigo” no es cualquier delincuente (como sí proponen Rousseau y Fichte)¹⁷. La persona que comete un delito sí pone en cuestión la vigencia de la norma jurídica, y la pena lo reconoce como persona y niega su acto (negación de la negación según Hegel). La persona que delinque no pierde su condición de persona, sino que guarda su derecho a reformarse a futuro y guarda su deber de reparar el daño causado a las víctimas de su delito¹⁸.

De esta manera es que Jakobs propone un Derecho Penal del Enemigo, distinto al Derecho Penal del ciudadano o persona. Según Jakobs, esta dicotomía ya habría sido postulada anteriormente por Hobbes (para quien enemigo es aquel que traiciona a la patria) y por Kant (para quien enemigo es aquel que se encuentra en el estado de la naturaleza)¹⁹. El Derecho Penal del enemigo sería uno de naturaleza excepcional, en el que la pena antes que cumplir una función de afirmación de la vigencia de la norma jurídica, cumple primordialmente una función de aseguramiento del ejercicio de los derechos personales. Al igual que el inimputable, el enemigo no comunica con su actuación, sobre él no recae expectativa normativa alguna, pero el Estado no puede renunciar a su deber de evitar futuros peligro para las personas. Según Jakobs, quien de manera duradera y persistente se comporta de tal modo que no genere expectativa cognitiva mínima, pierde su condición de persona²⁰. Este Derecho Penal del enemigo se caracterizaría por un adelantamiento de las barreras de punibilidad (punición de meros actos preparatorios del delito), la conminación de penas severas y el relajamiento de las garantías procesales contra el enemigo²¹.

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ Cfr. JAKOBS, Günther. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. En: Derecho Penal del enemigo. op. cit. p. 28

¹⁸ *Ibíd.* p. 29.

¹⁹ *Ibíd.* p. 32.

²⁰ Cfr. POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho Penal del enemigo: ¿Qué es? ¿Existe? ¿Debe existir? ¿Por qué existe?* loc. cit.

²¹ Cfr. JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del Enemigo*. Civitas: Madrid, 2003. pp. 70-72.

IV. ¿EL PLURALISMO CULTURAL Y JURIDICO COMO FACTOR EXPANSIVO DE LOS “ENEMIGOS”?

Como ya hemos mencionado, de acuerdo a la posición de Jakobs, la estructura social se determina mediante la vigencia de normas jurídicas que den seguridad a las expectativas sociales de actuación personal. De ello que Jakobs reconozca como sociedad sólo a aquella comunidad en la cual existe un entendimiento normativo; es decir, en la cual todos los miembros de la sociedad reconozcan a la norma jurídica como válida y actúen conforme a ella. Es precisamente aquí donde es interesante analizar el pensamiento de Jakobs respecto de la pluralidad cultural en las sociedades y Estados, puesto que, según él, las sociedades pluriculturales no serían propiamente sociedades, en tanto existan dentro de ellas culturas que tengan prácticas sociales que no puedan ser toleradas por el Derecho. Como el propio autor afirma:

“(…) Mientras persistan diferencias que no se puedan reducir a folclore –la pena corporal en el sur asiático, la desigualdad de sexos en los países islámicos, y demás violaciones de derechos humanos en diversos lugares de la tierra-, no se puede hablar de una sociedad, pues en la misma proporción falta precisamente un entendimiento normativo. Los contactos también siguen siendo posibles en ese caso, inclusive contactos intensos, pero sólo de tipo instrumental (…)”²².

Según Jakobs, habría que diferenciar al folclore de la cultura. En una sociedad si puede existir una pluralidad de folclores, mas no una pluralidad de culturas. El folclore no impide que las personas que lo practican reconozcan a la norma jurídica como válida y vinculante. En cambio, en una sociedad no puede haber diferentes culturas coexistentes, puesto que ello le quitaría la denominación de “sociedad” a la comunidad al faltar la identidad social normativa requerida. Según el autor, no puede reconocerse como simple folclore a ciertas conductas de especial nocividad o gravedad social, sino

²² JAKOBS, Günther. *Dogmática del Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad*. Civitas: Madrid, 2004. p. 48.

como cultura. Es decir, la pluralidad cultural o multiculturalismo produce “desintegración social”²³.

En este sentido, apunta Jakobs, en una “sociedad” multicultural, la Constitución como norma jurídica suprema ya no se erige como vínculo de unión entre las personas o grupos de personas de culturas distintas, sino en una condición de funcionamiento de la “sociedad”²⁴. La Constitución pasa a ser un mero instrumento, eventualmente prescindible, de cada cultura para la convivencia con las demás. Es así que Jakobs sostiene que la pluralidad cultural es un factor que incentiva la aparición de “enemigos”:

“(…) el número de enemigos no va a descender tan pronto, sino que posiblemente aumentará todavía más. Una sociedad que ha perdido el respaldo tanto de una religión conforme al Estado como de la familia, y en la cual la nacionalidad es entendida como una característica incidental, le concede al individuo un gran número de posibilidades de construir su identidad al margen del Derecho o, al menos, más de las que podría ofrecer una sociedad de vínculos más fuertes. A esto se añade el poder detonante de la llamada pluralidad cultural. Un completo absurdo: o las diferentes culturas son meros añadidos a una comunidad jurídica base, y entonces se trata de multicolore de una cultura; o bien —y esa es la variante peligrosa— las diferencias forjan la identidad de sus miembros, pero entonces la base jurídica común queda degradada a mero instrumento para poder vivir los unos junto a los otros, y, como cualquier instrumento, es abandonado cuando ya no se necesita más (...)”²⁵.

Así pues, Jakobs valora negativamente la presencia de una pluralidad cultural en la sociedad, pues no permite que las personas forjen una identidad social que pueda ser amparada por la norma jurídica. Según Jakobs, este sería un factor que genera sujetos que se apartan persistentemente del derecho al no reconocerle como vigente. Es más, en cuanto a la norma penal se refiere, se infiere que Jakobs sostiene que aquellos sujetos que perteneciendo a una cultura distinta dentro de un mismo Estado, cometen violaciones de

²³Cfr. JAKOBS, Günther. *Bases para una teoría funcional del derecho penal*. op. cit. p. 412.

²⁴ *Ibíd.* p. 413.

²⁵ JAKOBS, Günther. *Dogmática del Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad*. op. cit. p. 45.

derechos humanos como práctica consuetudinaria se convierten ellos mismos en “enemigos” desde el punto de vista del ordenamiento jurídico hegemónico²⁶. El pluralismo cultural y jurídico, por tanto, es un factor nocivo para la sociedad, pues permite que se propaguen sujetos no motivados por las normas jurídicas que amenazan el ejercicio de los derechos de la persona.

V. CRÍTICA A LA POSICIÓN DE JAKOBS

Expuestos los fundamentos de la concepción de Jakobs sobre la persona, el derecho y la sociedad, y su influencia en el entendimiento de la pluralidad cultural, cabe dar nuestro punto de vista sobre sus postulados.

5.1 Sobre el concepto de “persona” y su relación con el Derecho

En primer lugar, criticamos la concepción puramente normativa que tiene Jakobs sobre el concepto de la persona. La persona no puede construirse a partir del derecho, sino que es a la inversa. Las personas son las que fundamentan la comunicación personal a partir de sí mismas, la comunicación personal no puede definir a los individuos como personas²⁷. De este modo, es impensable plantear axiológicamente una dicotomía entre persona y enemigo. El Derecho es el que debe estar al servicio y debe fundamentarse en los intereses personales, pues el hombre crea al Derecho²⁸.

²⁶ A esta inferencia lógica también ha llegado VILLEGAS DÍAZ, Mirna. *El Mapuche como enemigo en el derecho penal. Consideraciones desde la biopolítica y el derecho penal del enemigo*. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional/Universidad Castilla la Mancha. p. 1-21. En: http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/mapuche%20actor%20social%20enemigo.pdf Visitado el 12 de noviembre de 2015. Según esta autora, en el contexto social chileno, el mapuche, desde la lógica Jakobsiana, sería un “enemigo”.

²⁷ Ver DEMETRIO CRESPO, Eduardo. “Críticas al funcionalismo normativista”. En: *Críticas al Funcionalismo normativista y otros temas actuales del Derecho Penal. Jornadas Internacional de Derecho Penal*. Yvan Montoya Vivanco (coordinador). Palestra: Lima, 2011. p. 107.

²⁸ NUÑEZ LEIVA, J. Ignacio. “Derecho penal del enemigo y dignidad humana en el Estado Constitucional de Derecho”. En: *Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. IDEMSA: Lima, 2009. p. 341.

Por ende, discrepamos también de la concepción del Derecho Penal que adopta Jakobs. La concepción de la finalidad del Derecho Penal como sólo una reafirmación de la vigencia de norma en la sociedad debe ser rechazada, puesto que el ordenamiento jurídico, en un Estado Democrático y constitucional de Derecho -dentro del cual se enmarca el Derecho penal- debe estar al servicio siempre del ser humano y su dignidad. En este sentido, la norma penal no puede olvidar su anclaje ontológico de protección última del individuo, sin que se niegue la presencia de efectos simbólicos de reafirmación de la vigencia de la propia norma. Como bien señala Alcácer Guirao, “(...) *el fin preventivo primordial del Derecho Penal habrá de ser en todo caso la protección de los bienes jurídicos, quedando la protección de la vigencia del ordenamiento, como un fin, si bien legítimo, axiológica y funcionalmente subordinado a aquel*”²⁹³⁰.

En un Estado Constitucional de Derecho como el nuestro en donde la dignidad humana se erige como fundamento y fin de todo el ordenamiento jurídico no puede excluirse de la condición de persona (con sus derechos respectivos) a determinados sujetos. La dignidad humana es inherente a la persona, y no depende de la correcta o no actuación de esta para su protección y reconocimiento. Este reconocimiento inherente de la dignidad tiene incluso alcance universal al estar reconocido en el preámbulo de la Declaración Universal de Derecho Humanos: “*la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e*

²⁹ALCACER GIRAO, Rafael. ¿lesión de un bien jurídico o lesión del deber? Apuntes sobre el concepto material del delito. Atelier: Barcelona, 2003. p. 123.

³⁰Cabe mencionar que nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia N° 000014-2006-PI/TC de 19 de enero de 2007. (Fundamentos 12 y 13) ya se ha pronunciado sobre los fines que cumple el Derecho Penal en un Estado Constitucional de Derecho y ha descartado la validez de las teorías absolutas de la retribución. Así, en su oportunidad, el Tribunal sostuvo lo que sigue:

“(...) *Este Colegiado ya ha descartado que se conciba a la retribución absoluta como el fin de la pena. Ello, desde luego, no significa que se desconozca que toda sanción punitiva lleva consigo un elemento retributivo. Lo que ocurre es que la pretensión de que ésta agote toda su virtualidad en generar un mal en el penado, convierte a éste en objeto de la política criminal del Estado, negando su condición de persona humana, y, consecuentemente, incurriendo en un acto tan o más execrable que la propia conducta del delincuente.*

Sin embargo, las teorías preventivas, tanto la especial como la general, gozan de protección constitucional directa, en tanto y en cuanto, según se verá, sus objetivos resultan acordes con el principio-derecho de dignidad”

inalienables de todos los miembros de la familia humana (...)". De este modo, el ser humano es el valor supremo y el referente axiológico de todo orden constitucional³¹.

Discrepamos del planteamiento de Jakobs, en tanto renuncia a todo anclaje ontológico en su teoría³². Creemos que el Derecho es un hecho institucional que está impregnado de hechos físicos³³, y que tiene su razón de ser, en un Estado Constitucional de Derecho, en el servicio a los intereses de las personas. El derecho no es un fin en sí mismo ni la pena tampoco. Como afirma Carbonell Mateu y Orts Berenguer, "*(...) toda norma, pero sobre todo la penal, es una decisión política que juega con la libertad, (...) toda decisión política está al servicio de un interés (...)*"³⁴". Para poner un ejemplo, quien mata a otra persona no sólo viola la norma que prescribe no matar, sino que también ha destruido una vida en la realidad. El sistema normativo, por tanto, debe estar al servicio del sistema psico-físico del ser humano³⁵.

Desde nuestro punto de vista el planteamiento de Jakobs, sobre la relación entre derecho y persona, da lugar a que aquel pueda ser utilizado por cualquier forma de organización política, incluida la totalitaria. En efecto, en tanto Jakobs señala que las normas jurídicas son las que recogen y aseguran las expectativas sociales de actuación, generando identidad social, la norma jurídica podría legitimar conductas inaceptables desde el punto de vista de la moral crítica como las acontecidas en el marco del Nacionalsocialismo de la Alemania Nazi. Ello, pues la norma es la que determina cuál es la expectativa que debe ser protegida y cuál es el rol social de cada sujeto en la sociedad. La norma es la que construye a fin de cuentas la sociedad, por lo que aquella puede

³¹ NUÑEZ LEIVA, J. Ignacio. op. cit. p. 337. Ello se establece en el artículo 1º de nuestra Constitución, la cual señala que "*La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*".

³² Así lo afirma SCHUNEMANN, Bernd. "La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal". op. cit. p. 141.

³³ Según Mir Puig, los hechos físicos están presentes en todos los hechos sociales e institucionales, pues son la base de estos. se diferencia de los hechos físicos y sociales en su carácter consensual y simbólico. La norma jurídica es un hecho institucional creada por el legislador (hecho físico) que a su vez crean otros hechos institucionales. [Cfr. MIR PUIG, Santiago. "Límites del normativismo en el Derecho Penal". En: *Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo*. Legis editores: Bogotá, 2008. p. 378-379].

³⁴Cfr. CARBONELL MATEU/ORTS BERENGUER. "Un derecho penal contra el pluralismo y la libertad". En: *Estudios Penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*. Carbonell Mateu (coordinador). Dykinson, 2006. p. 185.

³⁵ Cfr. MIR PUIG, Santiago. op. cit. p. 382.

determinar el modo en la que esta se configura, pues la norma es expresión de identidad social.

Un “Derecho Penal del enemigo” distinto al “Derecho Penal del ciudadano” es impensable en un Estado de Social y Democrático de Derecho. Un Derecho Penal que no se condiga con los principios y normas constitucionales y, por ende, la “moral crítica”³⁶ simplemente no es en realidad Derecho³⁷. Hay que notar que el considerar y tratar como “enemigos” a ciertas personas, antes que generar seguridad en la sociedad, produce inseguridad, pues el denominado “derecho penal del enemigo” genera un punitivismo que hace que las personas se vean siempre en la posibilidad de ser criminalizadas sin que se salvaguarden muchos de sus derechos y garantías mínimas (produce lo que se ha denominado “terror penal”)³⁸.

La negación de la validez de un Derecho Penal de enemigo distinto al de los ciudadanos ha sido incluso esgrimida por el Tribunal Constitucional peruano, en la medida en que sostuvo lo siguiente:

“La política de persecución criminal de un Estado constitucional democrático no puede distinguir entre un Derecho penal de los ciudadanos y un Derecho penal del enemigo^[2]; es decir, un Derecho penal que distinga, en cuanto a las garantías penales y los fines de las penas aplicables, entre ciudadanos que delinquen incidentalmente y desde su *status* en tanto tales, de aquellos otros que delinquen en tanto se ubican extramuros del Derecho en general y son, por ello, considerados ya no ciudadanos sino más bien enemigos. Para los primeros son aplicables los

³⁶Es decir, una moral que, partiendo de la dignidad humana e intentando maximizarla, pretenda ser universalizable en su aplicación [Cfr. BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. “Un modelo de interpretación entre la moral, el poder y el derecho. El modelo prescriptivo de Gregorio Peces-Barba”. En: *Entre la moral, el poder y el derecho*. Ara: Lima, 2006. pp. 127 y ss.].

³⁷ Comparte este planteamiento, GRACIA MARTIN, Luis. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho Penal del enemigo”. Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología. 2005, Núm. 07-02. p. 2:4. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>. Visitado el 12 de diciembre de 2015.

³⁸ De esta opinión también es DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *El derecho penal del enemigo. Darfnichtsein! - Sobre la ilegitimidad del llamado "derecho penal del enemigo" y la idea de seguridad*. Quid Iuris. N° 10. Setiembre 2009. p. 89.

finest constitucionales de las penas antes aludidas, mientras que para los segundos, no cabe otra alternativa más que su total eliminación. Evidentemente, esta concepción no puede ser asumida dentro de un Estado que se funda, por un lado, en el derecho-principio de dignidad humana y, por otro lado, en el principio político democrático”³⁹.

5.2 Sobre el pluralismo cultural y jurídico

Ahora bien, en la mayoría de las sociedades contemporáneas no existe de manera absoluta sólo una cultura, sino que se presenta en mayor o menor medida el fenómeno del “multiculturalismo” o “pluralismo cultural”. En el contexto social peruano, como en otros países de Latinoamérica, por ejemplo, coexisten la cultura occidental mayoritaria – traída desde Europa en la época colonial- y las diversas culturas indígenas y/o nativas originarias minoritarias. Esta realidad tiene una importante repercusión social si se tiene en cuenta que el número de personas pertenecientes a comunidades indígenas en la región andina de la Latinoamérica ascendió, en los últimos años, aproximadamente a 12 725 598 habitantes⁴⁰.

Tal y como fue concebido en un inicio, el pluralismo jurídico hace referencia a una realidad creada por la imposición del derecho colonial a los pueblos tribales de África, Asia y América, los cuales no contaban con sistemas jurídicos escritos ni instituciones formales para investigar y juzgar⁴¹. En puridad, el pluralismo jurídico da cuenta de que el derecho no es sólo el derecho estatal, sino también los ordenamientos jurídicos consuetudinarios de comunidades o minorías étnicas⁴². Ello se evidencia más claramente

³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00003-2005-PI/TC, de 9 de agosto de 2006, fundamento 16°.

⁴⁰ UNICEF. Atlas Sociolingüístico de pueblos indígenas en América Latina. Unicef: Cochabamba, 2009. p. 516.

⁴¹ MERRY, Sally Engle. “Pluralismo jurídico”. En: ARIZA HIGUERA, Libardo y BONILLA MALDONADO, Daniel. *El Pluralismo jurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 2007, p. 99 y ss.

⁴² DUPRET, Baudouin. *Legal Pluralism, Plurality of Laws, and Legal Practices: Theories, Critiques, and Praxiological Re-specification*. En: *European Journal of Legal Studies Issue*, April 2007, 1, p. 1.

en el ámbito latinoamericano en donde coexisten una multiplicidad de sistemas normativos⁴³.

En puridad, el Perú no es un Estado-nación, sino un “Estado multinacional”⁴⁴, en el cual existen grupos culturales con cosmovisiones distintas a la de la sociedad mayoritaria que, en palabras de Guevara, “demandan una serie de derechos colectivos como el de la autodeterminación y la autonomía, el derecho a la diferencia cultural y el derecho a las formas especiales de representación política en el seno del Estado”⁴⁵.

Asimismo, cabe recordar que el derecho a la autonomía de las comunidades indígenas se encuentra reconocido como derecho humano en virtud del Convenio 169 de la OIT⁴⁶. Además de ello, diversas Constituciones de América Latina han incorporado disposiciones expresas sobre este último derecho, tales como las constituciones de Colombia (artículo 246°), México (artículo 2° A II), Bolivia (artículo 191.I, Ecuador (artículo 171°), Guatemala (artículo 66°), Nicaragua (artículo 89°), Paraguay (artículo 63°), Venezuela (artículo 260°) y Perú (artículo 149°).

Por tanto, creemos que Jakobs, cuando elabora su teoría sobre la relación entre cultura, norma y sociedad, está pensando en una sociedad homogénea en donde por su contexto histórico y político no ha habido una coexistencia de paralelas culturas en un mismo Estado. Trasladado ese razonamiento al contexto peruano, resulta insuficiente, puesto que la propia Constitución como norma jurídica Suprema reconoce a la diversidad cultural como principio y derecho. Aun cuando se pudiera negar la condición de “sociedad” en las sociedades multiculturales como plantea Jakobs, este fenómeno no debe

⁴³ CORREAS, Óscar. *Teoría del derecho y antropología jurídica. Un diálogo inconcluso*. México: Ediciones Coyoacán, 2010, p. 67.

⁴⁴ Véase al respecto, GUEVARA GIL, Armando. *Diversidad y complejidad legal. Aproximaciones a la antropología y la historia del Derecho*. Fondo Editorial PUCP: Lima, 2009. Pág. 83-84

⁴⁵ GUEVARA GIL, Armando. op. cit. Pág. 83.

⁴⁶ Artículo 8.2.- Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.”

Artículo 9.1.- En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”.

verse de manera negativa, ni referirse de manera peyorativa a las comunidades no asimiladas a la sociedad mayoritaria.

Jakobs reniega de la existencia de estas sociedades minoritarias, viéndolas como nocivas y como factor de desintegración social⁴⁷. Debería considerar el autor, tal vez, que dichas naciones se encontraron en el espacio geográfico que hoy ocupa la nación mayoritaria mucho antes de la aparición del Estado y el Derecho hegemónico. La concepción de Jakobs de la sociedad conlleva a que se pretenda uniformizar y homogenizar a las culturas en torno al Derecho hegemónico, pasando por encima de todas sus costumbres, su derecho, su identidad, etc.

La Constitución y el Derecho (la norma jurídica) en el contexto peruano no sólo es un instrumento de convivencia paralela al servicio de las distintas culturas coexistentes, sino que constituye un reconocimiento jurídico del derecho a la autonomía de las comunidades indígenas. De ella por tanto emanan deberes positivos de actuación del Estado, para proteger y asegurar los derechos de dichas naciones minoritarias. Ello, de ninguna manera significa que los miembros de las naciones minoritarias tengan carta blanca para actuar al margen del derecho completamente. Como el propio Convenio 169 de la OIT señala, el límite del ejercicio de su identidad cultural se encuentra en el respeto de los derechos humanos (Art. 9.1). En la misma línea, el artículo 149° de la Constitución peruana señala que se reconocerá la justicia comunal indígena siempre que esta no viole los derechos fundamentales de la persona⁴⁸:

“Artículo 149°.- las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece

⁴⁷ Así también lo afirma GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “El obediente, el enemigo, el Derecho Penal y Jakobs”. En: *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez Jara (Coordinadores). B de F: Montevideo-Buenos Aires, 2006. p. 891.

⁴⁸ Cabe notar que el Tribunal Constitucional peruano en su sentencia N° 1126-2011-HC/TC de 11 de setiembre de 2012, ha reconocido sobre la base al artículo 149° de la Constitución que “(...) se reconoce el respeto a la diversidad y el pluralismo cultural, lo que tendrá que efectuarse dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales (...)”.

las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial”.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia del Perú en un Acuerdo Plenario del año 2009 ha ratificado el respecto de la diversidad cultural en el país y la protección del derecho autónomo de las comunidades indígenas, el cual tiene su fundamento en el antes mencionado artículo 149° de la Constitución:

“La diversidad cultural del Perú –o su realidad pluricultural- está plenamente reconocida por la Constitución. Ninguna persona puede ser discriminada por razón de su cultura, con todo lo que ello representa en cuanto principio superior de nuestro ordenamiento jurídico. El reconocimiento –validez y práctica- tanto del derecho consuetudinario –que es un sistema normativo propio, entendido como conjunto de normas y potestad de regulación propia- como de la organización autónoma de sus instituciones para la decisión de los asuntos que reclaman la intervención de la jurisdicción comunal, es evidente conforme al artículo 149° de la Constitución, aunque con una limitación material relevante: interdicción de vulneración de los derechos fundamentales, al punto que dispone la necesaria coordinación con las estructuras estatales en materia de impartición de justicia”⁴⁹.

Resulta interesante el planteamiento de Jakobs, puesto que da a entender que en aquellas culturas en la cuales es una práctica social extendida violar ciertos derechos humanos, los individuos que realizan estas prácticas reiteradas son “enemigos” de cara al Derecho Penal estatal. Podríamos poner el ejemplo de “*servinacuy*”, practicado en las comunidades alto andinas, en donde un hombre tiene relaciones sexuales con menores de edad. Aquí de cara al derecho penal se ha cometido un delito de violación sexual de menor (Art. 173° CP), el injusto penal se encuentra configurado aun cuando a nivel de culpabilidad se pueda excluir la responsabilidad del autor⁵⁰. Sin embargo, porque exista

⁴⁹ Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116 de 13 de noviembre de 2009, fundamento 6°.

⁵⁰ En esta línea de pensamiento podemos mencionar a la Ejecutoria Suprema recaída en el recurso de nulidad N° 2776-2005-AYACUCHO en virtud de la cual se absolvió al acusado del delito de violación sexual de menor, toda vez que habiendo practicado el *servinacuy*, incurrió en un error culturalmente condicionada (Art. 15° CP).

esta práctica social -que es intolerable y debería ser reprimible penalmente- no puede criticarse y menospreciar todas las demás prácticas culturales de las naciones minoritarias. El que exista aún el servinacuy en ciertas comunidades andinas no significa que deba considerarse a sus miembros como “no personas” o “enemigos”.

Cabe agregar, además, que a diferencia del ordenamiento penal alemán por ejemplo, el ordenamiento jurídico peruano contempla expresamente el error culturalmente condicionado del artículo 15° CP, por lo que es aún más difícil considerar que el derecho hegemónico identifica a las personas de culturas distintas que cometen delitos como práctica consuetudinaria como “enemigos”. Desde mi punto de vista, incluso ciertos delitos cometidos en el marco del ejercicio de prácticas consuetudinarias podrían quedar impunes, ya no en aplicación del Art. 15° CP, sino en virtud de la causa de justificación del “ejercicio legítimo de un derecho” (Art. 20° .8 CP). En este sentido, el “curandero” de una comunidad indígena ni siquiera habrá realizado el injusto penal del artículo 290° CP (ejercicio ilegal de la medicina), pues su conducta estaría plenamente justificada en virtud de su derecho al ejercicio de sus prácticas consuetudinarias.

El planteamiento sociológico homogenizante de Jakobs parece no tomar en cuenta este aspecto. En los ejemplos que explicábamos en el párrafo anterior, el propio Derecho es el que hace posible eventualmente eximir de responsabilidad penal por patrones culturales a los autores de los delitos, por lo que se infiere que es el propio legislador el que toma como principio axiológico de su política criminal la diversidad cultural y jurídica.

VI. CONCLUSIONES

En un Estado Constitucional de Derecho como el nuestro no es posible distinguir entre “personas” y “no personas” o “ciudadanos” y “enemigos”, puesto que el individuo

El artículo 15° del Código Penal peruano señala que *“el que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuída, se atenuará la pena”*.

es sujeto de derecho y tiene dignidad por el sólo hecho de existir. Un Derecho Penal del enemigo alternativo o paralelo al Derecho Penal común es inconstitucional y sobre todo inidóneo, puesto que, antes que generar seguridad, produce inseguridad y “terror penal”.

La pluralidad cultural y jurídica no debe ser vista como un detonante para el incremento de los denominados “enemigos”, sino como una realidad que el Estado debe reconocer, regular y proteger. En el Perú, el Derecho no pretende y no debe pretender que todas las personas o ciudadanos, indistintamente de su cultura, reconozcan la norma jurídica estatal como válida y vinculante, sino que pretende la coexistencia pacífica de diferentes culturas con diferentes cosmovisiones, así como diferentes sistemas jurídicos. Jakobs critica y reniega de esta alternativa, pues entiende a un Derecho que regule todo el acontecer social y que asigne roles sociales a cada individuo de acuerdo a la identidad social mayoritaria.

BIBLIOGRAFIA

- ALCACER GIRAO, Rafael. *¿lesión de un bien jurídico o lesión del deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*. Atelier: Barcelona, 2003.
- BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. “Un modelo de interpretación entre la moral, el poder y el derecho. El modelo prescriptivo de Gregorio Peces-Barba”. En: *Entre la moral, el poder y el derecho*. Ara: Lima, 2006. pp. 127-152.
- CARBONELL MATEU/ORTS BERENGUER. “Un derecho penal contra el pluralismo y la libertad. En: *Estudios Penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*. Carbonell Mateu (coordinador). Dykinson, 2006. pp. 181-194.
- CORREAS, Óscar. *Teoría del derecho y antropología jurídica. Un diálogo inconcluso*. México: Ediciones Coyoacán, 2010.

- DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *El derecho penal del enemigo. Darfnichtsein! - Sobre la ilegitimidad del llamado "derecho penal del enemigo" y la idea de seguridad*. Quid Iuris. N° 10. Setiembre 2009. pp. 45-82.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo. "Críticas al funcionalismo normativista". En: *Críticas al Funcionalismo normativista y otros temas actuales del Derecho Penal. Jornadas Internacional de Derecho Penal*. Yvan Montoya Vivanco (coordinador). Palestra: Lima, 2011. pp. 101.114.
- DUPRET, Baudouin. *Legal Pluralism, Plurality of Laws, and Legal Practices: Theories, Critiques, and Praxiological Re-specification*. In: *European Journal of Legal Studies Issue*, April 2007, 1.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *El obediente, el enemigo, el Derecho Penal y Jakobs*. En: "Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión. Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez Jara (Coordinadores)". B de F: Montevideo-Buenos Aires, 2006.
- GRACIA MARTIN, Luis. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho Penal del enemigo". *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*. 2005, Núm. 07-02. p. 2:4. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>. Visitado el 12 de diciembre de 2015.
- GUEVARA GIL, Armando. *Diversidad y complejidad legal. Aproximaciones a la antropología y la historia del Derecho*. Fondo Editorial PUCP: Lima, 2009
- JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Civitas: Madrid, 1996. p. 26.
- JAKOBS, Günther. *Bases para una teoría funcional del derecho penal*. Palestra: Lima, 2000. p. 55.

- JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal*. Civitas: Madrid, 2003. p. 49

- JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del Enemigo*. Civitas: Madrid, 2003.

- JAKOBS, Günther. “Derecho Penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”. En: *Derecho Penal del enemigo*. 2da edición. Civitas: Madrid, 2006.

- VILLEGAS DÍAZ, Mirna. *El Mapuche como enemigo en el derecho penal. Consideraciones desde la biopolítica y el derecho penal del enemigo*. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional/Universidad Castilla la Mancha. p. 1-21. En: http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/mapuche%20actor%20social%20enemigo.pdf Visitado el 12 de noviembre de 2012.

- MERRY, Sally Engle. “Pluralismo jurídico”. En: ARIZA HIGUERA, Libardo y BONILLA MALDONADO, Daniel. *Pluralismo jurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2007.

- MIR PUIG, Santiago. “Límites del normativismo en el Derecho Penal”. En: *Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo*. Legis editores: Bogotá, 2008.

- NUÑEZ LEIVA, J. Ignacio. “Derecho penal del enemigo y dignidad humana en el Estado Constitucional de Derecho”. En: *Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. IDEMSA: Lima, 2009. pp. 327-343.

- POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho Penal del enemigo: ¿Qué es? ¿Existe? ¿Debe existir? ¿Por qué existe?* Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales N° 7 (2006).

- SCHUNEMANN, Bernd. “La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal”. En: *Cuestiones básicas del Derecho Penal en los Umbrales del Tercer Milenio*. IDEMSA: Lima, 2006.