

“EL DERECHO PENAL NO PUEDE RESOLVER LOS PROBLEMAS DE LA SOCIEDAD”*

Entrevista a Günther Jakobs**

Con ocasión de la visita del profesor Günther Jakobs a Lima en el mes de Noviembre, tuvimos la oportunidad de conversar con él y realizar un acercamiento a su Teoría Funcionalista Sistémica, la cual tiene una visión muy particular de la sociedad y de la función del Derecho Penal en la misma.

Esta teoría plantea que el Derecho Penal no tiene como función proteger bienes jurídicos determinados, sino mantener la estructura social vigente, y protegerla de cualquier lesión. Así, las lesiones no son entendidas en sentido individual, sino social; lo que importa al Derecho Penal es que la conducta delictiva lesiona la vigencia de la norma, con lo que se frustran los roles sociales asignados y se obstaculiza la vigencia y reproducción del sistema social.

En las páginas que siguen abordaremos en compañía del reconocido profesor alemán diferentes aspectos de esta teoría.

* La presente entrevista fue elaborada y realizada por Milagros de Pomar Saettone, miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS. Agradecemos al doctor Róger Yon Ruesta por la asesoría brindada en la preparación de las preguntas, asimismo, agradecemos al doctor José Antonio Caro John por la traducción simultánea de la entrevista.

** Prof. Dr. Dr. h.c. mult. de la Universidad de Bonn, Alemania. Catedrático de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la misma universidad.

1. El planteamiento funcionalista de la teoría del delito genera una visión sustancialmente distinta a las corrientes precedentes en el Derecho Penal, en tanto parte de una concepción sistémica de la sociedad y de la consideración de cada individuo como protagonista de un rol en la misma. ¿En qué se sustenta este planteamiento?

La respuesta más clara es, en primer lugar, que el Derecho Penal tiene como función mantener la estructura de una sociedad. Cuando hablo de estructura de la sociedad me refiero a una estructura normativa, no a una estructura fáctica; ella tiene que ver con captar el espíritu normativo de una sociedad. Este planteamiento hunde sus raíces en algunas orientaciones filosóficas: en primer lugar, habría que mencionar a la teoría sistémica, y, yendo más a profundidad, de un modo histórico, llegaríamos al sistema filosófico de Hegel. Sin embargo, no se trata tampoco de profundizar mucho en la filosofía ni en la sociología, sino lo fundamental es captar que el Derecho Penal tiene una función, la función de mantener la estructura normativa de la sociedad.

2. ¿En qué medida su postura ha sido influenciada por el sociólogo Luhmann¹?

Lo más importante a subrayar de Luhmann es su concepción del Derecho en sí mismo como un sistema. El desarrollo del sistema no se refiere a una relación fáctica de acción y resultado, sino a un sistema cuyos elementos que lo conforman encierran un significado válido. Explicándolo con un ejemplo: un delincuente con su hecho expresa un significado, un sentido de infracción, y ese sentido es aquello que realmente interesa. El delincuente justamente manifiesta una postura en contra de la vigencia del Derecho, de tal forma que la pena para él no tiene por qué expresar solamente un ejercicio de dolor o una exteriorización de dolor, sino, todo lo contrario, el significado de que, frente a su hecho anti-normativo, la pena es una reacción a favor del restablecimiento del orden normativo quebrantado mediante su infracción.

Es difícil precisar lo que Luhmann ha expresado sobre el Derecho Penal, ya que él se refiere más a una teoría jurídica integral y, en especial al Derecho Público, donde tiene más resonancia. Pienso que para el Derecho Penal es muy útil su aporte acerca de la vinculación entre Derecho y sociedad.

3. Usted ha señalado que la pena tiene una función estabilizadora, es decir, que ésta responde a una forma de definir los valores y funciones de la sociedad y cuya utilidad sería devolver al sistema la legitimidad de su actuación. ¿Cuál es el aporte del funcionalismo respecto a la función de la pena?

Una sociedad no podría vivir sin prohibiciones normativas. Cuando existe un delito, la pena tiene que reaccionar rápidamente para neutralizarlo. Cuando la pena reacciona, lo hace ante la persona que ha quebrantado o lesionado la estructura normativa de la sociedad. Por esta razón, la pena no sólo está dirigida al autor para que no cometa delitos, sino se dirige también a la víctima y a toda la sociedad. Lo principal es que la norma sea vigente e igual para todos, sólo así puede funcionar.

4. Algunos autores señalan que la teoría funcionalista considera al hombre como un simple ostentador de un rol y no como un sujeto portador de dignidad. ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Sería entonces cierto que la teoría funcionalista no toma como variable la afectación de los derechos fundamentales?

Es conocido que en el ámbito hispanohablante, sobre todo Muñoz Conde, en España, y Velásquez Velásquez, en Colombia, han vertido algunas críticas en este sentido. A todo esto respondo con una pregunta: ¿qué debe entenderse por un derecho fundamental, cuando no es un Estado quien de esa forma así lo define e impone?

Si nos imaginamos a dos hombres entre los que no existe ninguna norma que regule su comportamiento, obviamente la situación a apreciar es la de un estado de naturaleza como el descrito por Thomas Hobbes.

Si nosotros queremos hablar de personas con derechos donde rige un Derecho, en todo caso tendríamos que tomar como base la doctrina de Kant que establece que sólo bajo la vigencia de una constitución jurídica que regula las relaciones humanas es posible comprender un derecho fundamental. Entonces, así ya hablamos de personas, pero de personas no sólo con derechos si no también con deberes. Y cuando hablamos de personas con derechos y deberes, también tenemos que hablar de un Estado que garantiza esos deberes y derechos.

¹ Niklas Luhmann (1927-1998) fue un sociólogo alemán que concibió la sociedad como un sistema autopoyético (autoproducción), cerrado y autorreferencial, cuya unidad operacional era la comunicación. La sociedad para Luhmann no estaba integrada por hombres, los sistemas sociales se formaban únicamente si se entabla una comunicación. Para él, las distintas personas individuales participaban en todos los subsistemas funcionalmente diferenciados (la política, el derecho, la economía, la religión, etc.), pero no cabían totalmente en ninguno de ellos, ni en la misma sociedad. En este sentido, el desarrollo social puede ser comprendido como una ampliación de los rendimientos comunicativos. El sistema de la sociedad tiene la capacidad de transformar su propio entorno y modificar los presupuestos sobre los que descansa su propia diferenciación. En tanto sociedad organizada en subsistemas, la misma no dispone de ningún órgano central, dispone de una re-edificación recursiva de observaciones y descripciones como modo de construcción social.

El discurso o la retórica acerca de la dignidad o sobre los Derechos Humanos sin un poder estatal que lo garantice no es más que un disparate.

5. Según los defensores de la teoría de protección de bienes jurídicos, ésta permite hacer una evaluación crítica y una verificación de la utilidad de la legislación vigente. De esta forma se puede analizar si cada tipo penal está realmente protegiendo algún bien jurídico, de no ser el caso, dicho tipo penal podrá ser descartado. ¿Qué opinión le merece esta posición y qué beneficios considera que trae, por el contrario, la adopción de la postura funcionalista en este sentido?

De las últimas discusiones con el profesor Roxin he podido captar que esa idea es básicamente la que él defiende, y considero que no es del todo desacertada. Roxin busca captar el actual estado que sirve de base para los bienes jurídicos, lo mismo que en el funcionalismo se intenta captar el espíritu normativo de la sociedad, que sirve de base para la teoría.

Por ejemplo, yo, como todo alemán, tengo como trauma al Nacional Socialismo, época en la que se entendió que la vida de Hitler era el bien supremo y en segundo nivel de valor estaba la existencia del Partido. Entonces, no se podría aplicar aquí la función crítica de la teoría del bien jurídico; en esa época se veía la vida de Hitler y la existencia del Nacional Socialismo como bienes jurídicos imposibles de criticar.

El Derecho Penal funcionalista respondería que el Nacional Socialismo no captó el espíritu objetivo de su sociedad en su tiempo, y como no captó el espíritu de la sociedad de su tiempo es que en sí era un régimen que iba contra su propio sistema, y contra su propia sociedad.

Si se defiende la tesis según la cual la tarea del Derecho Penal es la de proteger bienes jurídicos, entonces cada merma, cada menoscabo de estos bienes, significaría una catástrofe. Cuando existe un bien jurídico lesionado la inmediata urgencia a responder es si el Derecho Penal tiene que reaccionar ante ese menoscabo. Sin embargo, el Derecho Penal no puede revivir al muerto; el Derecho Penal sólo puede mantener la vigencia del Derecho, en este caso la vida, y eso es lo único que cuenta, mas no el objeto que, en sí, ya está perdido.

Si bien es cierto que, por una parte, los bienes jurídicos tienen un fuerte componente de sensibilidad, también lo es que, de otra parte, no conducen a nada. Lo que importa es captar el espíritu normativo de la época, esa es realmente la base de las relaciones que forman eso

llamado bien jurídico. Si cambia la sociedad, el Derecho Penal tiene que cambiar. En Europa, un ejemplo muy claro es el caso del aborto. Las mujeres vienen abortando desde hace mucho tiempo, sin que la penalización del aborto mediante el Código Penal pueda impedirlo, de allí que la tendencia avanza hacia su despenalización. Si el Derecho Penal no capta en sus normas el espíritu de su sociedad, esas normas se exponen a morir o a quedarse relegadas a una situación ridícula.

6. En relación a la autoría y participación, usted sostiene que la distinción entre autor y partícipe sería cuantitativa y de ningún modo cualitativa. ¿Cómo se materializaría esta diferencia cuantitativa al momento de determinar la pena aplicable, y cuál sería el criterio para determinar si una persona tuvo mayor o menor injerencia en la realización de un delito?

No existe un criterio exacto, simplemente los casos más importantes o más graves son autoría y los menos importantes son participación. Se podría hablar de tres niveles. En primer lugar, a aquellos que realizan la intervención más fuerte se les pone la pena completa, a los otros la pena más atenuada y a los últimos la pena mínima.

En la sociedad no existen los institutos dogmáticos conocidos como autoría y participación; la diferencia que de ellos se hace es meramente conceptual. Históricamente se ha sostenido que el sujeto más importante es aquel que con sus propias manos ha cometido el delito. Sin embargo, la misma historia ha mostrado que esa concepción no es cierta, por ejemplo, el jefe de una banda en una organización criminal no lo hace con las propias manos y a pesar de eso su hecho puede significar una conducta más grave.

Estoy convencido que en el futuro esta postura va avanzar y se va a determinar que la diferenciación entre autoría y participación es solamente cuantitativa. Esta tendencia ya ha comenzado en el Tribunal Alemán cuando abordó el tema de la teoría subjetiva. Lo que realmente importa profundizar son los criterios de determinación de las penas, que en sí la diferencia entre autoría y participación.

7. ¿Cuáles serían entonces los criterios que deberá usar el operador del Derecho para determinar la pena, si no va a distinguir entre autor y partícipe?

El legislador tiene que establecer qué es lo que quiere, una pena para el hecho o una pena para el autor. El legislador puede reaccionar contra el hecho dañino en sí, o contra la voluntad dañina del autor. En un

Estado democrático de Derecho, el legislador tiene que penalizar el hecho en sí y no el ánimo o sentimiento, de ese modo ya se pueden establecer niveles del injusto en relación al hecho. Lo principal entonces va a ser que el injusto sea culpable.

Así, en un primer nivel, estamos hablando de que el injusto tenga que ser culpable. En un segundo nivel, la conducta del hecho doloso merece mayor pena que un hecho de error o imprudente. En el caso de los delitos dolosos, vamos a tener casos graves, medios y leves. Sin embargo, no se puede exagerar en las diferenciaciones. Estos argumentos son los argumentos dogmáticos, pero hay que permitir que el juez también tenga un criterio independiente para determinar la medición de la pena.

Por ejemplo, en Alemania existe una normativa en el Código Penal que dice que cuando la víctima ha provocado la situación de agresión, se tiene que atenuar la pena para el autor. Semejante regulación no se tiene para el caso de las lesiones, solamente para el caso del homicidio, sin embargo, considero perfectamente posible que el juez pueda aplicar el mismo criterio para el caso de la lesión.

El juez no puede actuar sin lugar a dudas como legislador, pero tiene que conocer su código, de tal forma que donde encuentre vacíos o lagunas jurídicas, pueda completarlos con su interpretación, sobre todo extendiendo analógicamente y en todo momento favoreciendo al reo. Esto no es peligroso cuando se trata de castigar el hecho, lo peligroso es cuando el juzgador busca castigar al autor más que al hecho. Esto se da cuando el juez comienza a dar mayor importancia a cosas que no tienen que ver directamente con el hecho, por ejemplo, si el autor es un borracho, un mal hombre, si estuvo separado de su mujer. Todas estas cosas no tienen que ver muchas veces con el hecho.

8. ¿Cómo podría la empresa constituirse en una variable criminógena de la sociedad?

Existe una infinidad de teorías, que se pueden dividir en dos grupos. Primero aquellas que consideran que la empresa sí es autora. En segundo lugar las que dicen lo contrario. En el grupo que afirma la autoría, también se puede hablar de un grupo extremista radical que señala que las empresas son autores porque tienen una culpabilidad en sentido natural. La otra teoría que también afirma la autoría, pero que es más moderada, señala que las empresas son autores pero a través de una ficción jurídica.

En el caso que alguien administre la propiedad de otra persona y ella realice un acto delictivo, en ese caso,

habría que investigar directamente de qué forma esa persona se convierte en autor.

Históricamente, por ejemplo, en los casos en que se perdían las guerras, la responsabilidad del pago de las reparaciones de los daños, no recaía sobre el pueblo sino sobre los gobernantes o reyes.

9. El Perú es un país donde las personas no han interiorizado rol alguno en la sociedad, donde la actuación de las personas se da justamente al margen de la legalidad del sistema, por ejemplo, con la informalidad, y esto es muchas veces avalado por los mismos operadores del Derecho. Asimismo, el legislador peruano permanentemente emite normas que no guardan relación con la realidad, tratando de imponer conductas que no van a ser respetadas por sus ciudadanos ya sea porque van en contra de sus costumbres o de su idiosincrasia. En este contexto, ¿cómo es posible la vigencia de la teoría funcionalista?

La informalidad de hecho es un desafío para el Derecho Penal en el Perú. Así como la diferencia étnica, a ambas hay que tenerlas en cuenta. En esta situación, la tarea del Derecho Penal tiene que ser clara. Claridad en la redacción de los tipos penales y claridad en cuanto a la protección de las personas, pero eso tampoco hace que se deba soslayar aquellos tipos penales dirigidos a la administración que regula el funcionamiento del sistema.

Por ejemplo, la aplicación de condenas radicales para el caso de corrupción sí es buena. Cuando se ataca ese tipo de problemáticas, la sociedad comienza a tener mayor confianza en su sistema penal. Cuando el núcleo ya está asegurado, los demás tipos penales empiezan a tener vigencia. Sin embargo, una sociedad corrupta no tiene un buen Derecho Penal. El Derecho Penal no puede resolver los problemas de la sociedad. Cuando el problema es social, y la sociedad misma no se comprende, entonces el Derecho Penal ya no tiene oportunidad, sólo queda la revolución.

En todas las sociedades donde los problemas no pueden ser correctamente regulados, se tiene la creencia que el Derecho va a resolver los problemas sociales, pero existen situaciones donde el Derecho Penal ya no puede explicar ni resolver un problema. Sin embargo, no considero que la situación peruana sea caótica o no tenga salida como para una revolución. Lo que necesita el Perú son dos fiscales generales con conocimientos y con ganas de trabajar en serio contra la corrupción, como sucedió en Italia.