



Reseña de libro
Andrés Di Leo Razuk

REFLEXIONES FILOSÓFICAS ENTORNO A LO JURÍDICO

Presentación del libro Mizrahi, Esteban (2012). *Los presupuestos filosóficos del derecho penal contemporáneo. Conversaciones con Günther Jakobs*, San Justo, UNLaM.

Andrés Di Leo Razuk
Universidad Nacional de La Matanza

"Trabajo original autorizado para su primera publicación en la Revista RiHumSo y su difusión y publicación electrónica a través de diversos portales científicos"

Andrés Di Leo Razuk "REFLEXIONES FILOSÓFICAS ENTORNO A LO JURÍDICO" vol. 1, n° 6, año 3, 2 de Septiembre de 2014, pp. 127-130 ISSN 2250-8139

DIALOGICIDAD E HISTORICIDAD

Este breve e interesante libro consiste, por un lado, en tres conversaciones que tuvo el filósofo argentino Esteban Mizrahi durante el mes de junio de 2011 en Alemania, más precisamente, en la Universidad de Bonn, con el jurista alemán Günther Jakobs. Por otro lado, tales diálogos son prologados por Mizrahi mediante una contextualización del pensamiento de Jakobs dentro de la tradición occidental y más precisamente dentro del funcionalismo sistémico de Niklas Luhmann, finalizando con observaciones críticas a una figura teórica que, quizás, ha catapultado al profesor de Bonn a la fama, el Derecho Penal del Enemigo.

Quisiera ahora destacar dos aspectos del libro, antes de desarrollar su contenido. En primer lugar, un gran elogio merece el estilo, a saber, dialógico. Con la *dialogicidad* como soporte principal de las reflexiones, el texto se enraíza en lo más profundo de nuestra tradición occidental. Fluyen sobre cuestiones reales, problemáticas actuales, pero sin quedar presos de tales coyunturas. Mizrahi, conocedor del pensamiento del jurista de Bonn, toca temas centrales de la teoría de Jakobs. A su vez, la distinción inicial entrevistador-entrevistado se transforma desde el comienzo en una amena dupla entre dos pensadores sobre lo común que aún conservan la necesaria simpleza de sorprenderse e intentar comprenderse para seguir polemizado la idea del otro.

En cuanto al otro aspecto, el mismo está expresado en el título de la edición que estamos comentando. Pues otro componente fundamental de un pensar fecundo no sólo está en la dialogicidad, sino también en la búsqueda o dilucidación de los presupuestos de aquello que se nos presenta como obvio, es decir, en la recuperación de la *historicidad* alojada en los conceptos. Rastrear en nuestra rica historia intelectual

occidental nociones que hoy se presentan naturalizadas, se muestra ineludible para una verdadera comprensión.

Nuestra actualidad, en parte colonizada por un pensamiento sin densidad teórica ni histórica, es decir un pensamiento instrumental, muchas veces rechaza todo tipo de comprensión que exceda la coyuntura. Este nocivo abordaje de lo real, que aporta en el mejor de los casos comprensiones parciales, sólo busca soluciones inmediatas sin reflexionar sobre la génesis de los problemas y sus consecuencias. En cambio, el diálogo Mizrahi-Jakobs no sólo nos muestra la dialogicidad como un componente esencial del pensar, sino también una revisión crítica de la historicidad depositada en algunos conceptos claves que van surgiendo.

LOS DIÁLOGOS

En la primera conversación, “Sobre el funcionalismo penal y el pensamiento viejo-europeo”, tiene lugar una discusión sobre la influencia del pensamiento de Luhmann en la teoría de Jakobs. Pero ésta no se restringe a elucidar la reelaboración de la teoría del sociólogo por el jurista, sino en alertarnos sobre una problemática que subyace a la misma pregunta, como el mismo Jakobs menciona. Escuchémoslo: “no se puede simplemente tomar el pensamiento de otra disciplina y transferirlo, hace falta recortarlo y repensarlo para hacerlo encajar en el propio sistema” (42). Tal afirmación de entrada no permite que nos ubiquemos en lugares comunes a la hora de interpretar conceptos claves; tampoco, que nos deslicemos en el error de pensar las vinculaciones entre las teorías de una manera mecánica. Estas observaciones nos abren un horizonte metodológico fecundo.

Interesante resulta también, de este primer diálogo, la interpelación de Mizrahi sobre si la teoría del derecho penal que Jakobs propone se podría entender como “una teoría pura del derecho penal” (46), emparentando a ésta con la ambición kelsesiana de un teoría del derecho sin ideología. A lo que el jurista responde sin ambages: “Mi definición la puede aplicar tanto a un estado liberal como a uno totalitario. Pero fíjese Mizrahi, eso lo pude hacer también con la doctrina de la protección de los bienes jurídicos [...] En la época del fascismo había una teoría, de Klee, un importante nazi, que dijo: ‘apliquemos la doctrina de la protección de los bienes jurídicos al fascismo’. El bien jurídico supremo pasó a ser la vida del Führer y la pervivencia del partido nacionalsocialista.” (46). En rigor, el cuestionamiento que lanza Mizrahi al ruedo no hace sino impulsar a Jakobs a tematizar cuestiones de fondo, como la supuesta superioridad de la doctrina del derecho que protege los bienes jurídicos frente a la doctrina que protege la vigencia de la norma. Por eso, luego de esta comparación,

aclara que su “teoría del derecho penal también contiene una porción de política jurídica” (47) y que la misma está diseñada para un ordenamiento democrático. Habría sólo que leerla para comprobar ello.

Al cabo de dos días comienza el segundo diálogo, pero ahora “Acerca de la categoría de persona”. Nos resulta interesante aquí el énfasis de Jakobs en las obligaciones para definir el concepto de persona. Pues en una sociedad actual con ciudadanos consagrados a defender su egoísmo narcisista mediante una apelación errónea a los derechos individuales, nos parece no menor recordar, como el mismo jurista lo hace que “con las obligaciones vienen los derechos” (57).

Vinculado con esto se encuentra la afirmación del profesor de Bonn de que la pena tiene que ser dolorosa, lo que le da oportunidad a Mizrahi de recordar a Hegel cuando en su *Filosofía del Derecho* se apela en la adición al párrafo 99 a la imagen de amenazar a un perro con un garrote para ridiculizar las posturas jurídicas que basan el derecho o el cumplimiento de la norma sólo en el miedo. Jakobs aquí se siente arrinconado y esgrime sus mejores armas conceptuales para no caer bajo la crítica hegeliana pero luego reconoce que “sí, algo de temor es cognitivo: implica una desventaja física y psíquica. Sí, sin duda” (63), finaliza el profesor de Bonn, mostrando así su raigambre hobbesiana.

Por último, un diálogo con Jakobs en los inicios del siglo XXI, no puede sino cerrar con una conversación “Acerca del concepto de enemigo”, lo cual hace alusión directa al Derecho Penal del Enemigo, figura teórica creada por Jakobs en los años ochenta, es decir, mucho antes, de que el terrorismo entre definitivamente en el escenario de discusión política y jurídica como una temática primordial. La crítica inmediata a esto se puede sintetizar en la siguiente ironía, muchas veces en boca de sus oponentes: “si es enemigo, se lo mata; nadie le dice a un enemigo, “pase enemigo lo vamos a juzgar””. Es decir, una vez que se identifica a alguien como enemigo, allí concluye la tutela del derecho, la cual sólo acoge ciudadanos que respeten el ordenamiento jurídico. Como el enemigo por definición, lo niega, no puede exigir ningún beneficio jurídico para él.

Pero el problema que quiere apuntar Jakobs aquí es al terrorismo como fenómeno predominante, el cual atenta contra las fibras íntimas del Estado de derecho contemporáneo. El terrorista no es el delincuente común, pues aquél no quiere violentar la norma para beneficiarse de una parte del ordenamiento jurídico. El ladrón de bancos, por ejemplo, quiere que existan bancos. Pero el terrorista atenta contra el ordenamiento mismo. Pues niega, no una norma, sino todas a la vez. Por eso, es un

enemigo de la sociedad. En palabras de Jakobs: “El enemigo es tratado en virtud de los actos futuros. Si se piensa por ejemplo en la conformación de una asociación terrorista, todavía casi no se han producido actos. [...] Y sin embargo eso es punible, para los cabecillas con hasta quince años.” (77)

Ahora, el problema se agudiza si consideramos que el terrorista está en la sociedad, pero no se muestra como enemigo de ésta. Pues, este tipo de delincuente se organiza utilizando todas las ventajas que le ofrece la comunidad donde vive, pero para anularla. Por lo cual deviene el siguiente dilema: si no se intervienen, se juzgan y se impiden posibles acciones terroristas, entonces éstas se llevan adelante con las consecuencias indeseadas para la sociedad; ahora si se juzgan posibles acciones terroristas atentamos contra el derecho de presunta inocencia, principio fundamental de nuestra configuración estatal contemporánea.

Por todo ello, nos parece que más allá de la crítica al nombre “enemigo” –vocablo que jamás fue identificado como problemático por la crítica cuando Karl Popper escribió en 1945 su panegírico del liberalismo *La sociedad abierta y sus enemigos*- la realidad que vivimos manifiesta fenómenos inéditos que interpelan de fondo al ordenamiento jurídico-político diseñado en los albores de la modernidad. Es este problema, nos parece, el que quiere expresar y poner en evidencia el Derecho Penal del Enemigo. Es este problema también el que Mizrahi y Jakobs discuten acaloradamente. ¿Cuánto cedemos de nuestra libertad por nuestra protección individual y social? ¿Es viable la conformación de un Estado contemporáneo con toda la constelación de derechos y garantías que eso ofrece en un mundo amenazado por el terrorismo?

FINAL

Finalmente, sólo me resta decir que estas reflexiones filosóficas entorno a lo jurídico no sólo están dirigidas a estudiantes y a estudiosos del Derecho Penal, sino a ciudadanos comprometidos o que se quieran comprometer con cuestiones comunes que necesiten ser debatidas para que éstas puedan emerger de su confusa realidad y recibir así una purificación conceptual adecuada.