

# La relación entre derecho y estado de excepción

## Juarez Tavares

Post-doctor en Derecho Penal por la Universidad de Frankfurt am Main, Doctor y Maestro en Derecho por la Universidad Federal de Río de Janeiro. Post-graduado por la Universidad de Friburgo im Breisgau. Profesor Titular Concursado de la Universidad del Estado de Río de Janeiro. Profesor visitante en las Universidades de Buenos Aires, Frankfurt am Main y Sevilla

### La noción de soberanía

Cuando se enfrenta la noción de soberanía se puede, desde luego, comprender dos modelos conceptuales. Un modelo normativo, que deviene de la construcción del estado nacional y que ampara la concepción positivista de Estado y de poder, y un concepto crítico que abandona la simple relación normativa entre Estado y consecución de objetivos públicos y busca demostrar cómo se desarrollan las reales relaciones de poder en determinados contextos.

La noción clásica de soberanía, desde Jean Bodin (2011, p.195), está anclada en la noción de autonomía, con la cual, jurídica y fácticamente, se concede al Estado, dentro de un determinado territorio, el poder absoluto de dictar el derecho. Incluso Hans Kelsen (1999, p.34) ha señalado que el orden jurídico estatal no conoce y no reconoce otro poder soberano o un ordenamiento superior a ello. Este concepto de soberanía, en su propia evolución, va a encarnar también los idearios políticos, centrados en el poder de reconocimiento e integración

de las personas a los objetivos del Estado. Entonces, la soberanía, además de dictar el derecho dentro de un territorio, sirve a otros fines. Ya Heller (1995, p.10 e ss) e (2015, p.362) establecía como elementos esenciales de la soberanía aquellos que persiguen el fin de ordenar, de modo exclusivo, todo el territorio y también de alcanzar en ello una unidad social.

La soberanía se impone no solo como poder jurídico, sino también como poder fáctico sobre las personas. Para imponer-se como poder fáctico que aspira a la unidad social bajo el Estado y que solo puede ser obtenida por medio de una obediencia a determinadas normas de conducta, no puede prescindir de un concepto ideal de persona, como aquella dotada de capacidad de autoconocimiento, autoconsciencia y de representación propia. Interesante es notar como el concepto de soberanía influye también en la concepción de responsabilidad, que, apartándose de la realidad fenoménica, se pone al servicio de los propios fines del Estado, de mantener el orden y evitar conflictos futuros. Al reconocer al sujeto la capacidad de autoconsciencia, es fácil percibir cómo

a responsabilidad penal sigue una línea puramente centrada en la persona, sola y aislada del mundo, sin estar ubicada en determinados contextos que, efectivamente, la construyen.

La noción clásica de soberanía, como poder de imponer normas que deben ser aceptadas por el pueblo, concebido como una integración de personas libres e iguales, está anclada también en la noción de razón o de racionalización. No es muy clara la noción de racionalización, que comporta desde un principio básico del entendimiento, como en la Crítica de Razón Pura, de Kant, hasta un principio de orden moral, como razón práctica. Mirando al famoso diccionario de filosofía editado por Felix Meiner (2005, p.545), se puede ver que el concepto de racionalización es multifacético, conforme el enfoque se que le pueda dar para ajustarse a determinados fines. Se podría entonces decir que el concepto de “racionalización” tiene cuatro acepciones: la primera, sobre la reducción de una descripción de la realidad a algunos principios del conocimiento, que corresponde al ideario positivista; la segunda, que deviene de las reglas de la producción industrial, está vinculada a los procedimientos organizacionales y tecnológicos de Taylor y se refiere a la manifestación finalista del proceso de trabajo en el sentido del aumento de la producción y de la disminución de costos, por medio de la mejoría técnica y de la intensidad de su empleo; la tercera, elaborada por la psicología,

busca la justificación o la explicación de una actividad, de un sentimiento o de un pensamiento, proveniente de coacciones preexistentes o de necesidades internas, que, por censura, no son confesados por el sujeto; la cuarta, derivada de la sociología de Max Weber, expresa en su célebre *Wirtschaft und Gesellschaft*, en 1922, se relaciona con los principios de una acción estratégica en la moderna sociedad capitalista. A esas cuatro acepciones, allí consignadas el famoso diccionario, se puede agregar una quinta forma de racionalización, la discursiva, como aquella desarrollada por Habermas (2009, p.114). En su Teoría de la Acción Comunicativa, Habermas busca distinguir entre la racionalidad de una acción estratégica, que es usada por la persona para alcanzar sus propios fines, y la racionalidad del proceso de comunicación, que, sin estar acoplada a los fines, que representarían el enlace de un proceso de costo (acción) y beneficio (resultado), se centra en el reconocimiento de la autonomía del actuar frente al entendimiento mutuo con los otros. Para Habermas, el uso comunicativo de expresiones lingüísticas, no el lenguaje por sí mismo, constituye el fundamento de una racionalidad sustancial.

Lo que se puede concluir de todas las formas de racionalización que buscan abarcar la noción clásica de soberanía es que las personas, en todas ellas, no existen como personas reales, con sus defectos, sus sentimientos, sus sufrimientos, sus deseos justos o

injustos, sus intereses de supervivencia o, incluso, de dominio sobre los otros. Solo esos datos ya pueden demostrar la insuficiencia de ese concepto para fundar una posición crítica de la realidad y del poder. Por lo tanto, una racionalización del concepto de soberanía no puede desligar-se del concepto de persona deliberativa, en contraste con el concepto de persona ideal. Eso implica la necesidad de establecer una noción crítica de soberanía.

Una noción crítica de soberanía supone:

- a) que el Estado no puede existir sin las personas;
- b) que las personas son reales y no entidades ficcionistas o simbólicas;
- c) que el Estado no ejerce el poder soberano sin la participación de las fuerzas económicas y políticas dominantes;
- d) que el concepto de soberanía es instrumental para el ejercicio del poder;
- e) que la soberanía en la postmodernidad está vinculada al poder de vida y de muerte.

Una de las postulaciones de la democracia contemporánea es buscar un concepto de reconocimiento, que pueda legitimar el poder, no solo como poder soberano, sino como poder vinculado al desarrollo. Eso se puede ver en los cambios del poder territorial producidos por los pactos internacionales, que garantizan la autodeterminación de los pueblos, su independencia y desenvolvimiento propio, con lo que se quiere impedir a

las guerras expropiatorias y de conquista. También los pactos internacionales, como la Convención Americana de Derechos Humanos y otros, mandan observar la protección de las personas, conforme sus diversidades. Frente a eso, ya no se puede admitir que el ejercicio del poder soberano no depende de las personas y de su protección.

Por otra parte, a medida que los pactos internacionales se destinan a la protección de las personas en su diversidad, ya se puede ver que esas personas no son entidades simbólicas, no tampoco subsistemas de un sistema global, sino personas reales. Son esas personas reales que legitiman el poder del Estado, que ejercen su derecho al voto en las elecciones quienes deben ser beneficiarias por toda política de desarrollo.

Aunque los pactos internacionales busquen la protección de las personas, no son capaces de impedir que el Estado detente siempre otra forma de poder soberano, que es la incorporación en sus fines y en sus actividades de los intereses económicos y políticos de las fuerzas dominantes en su territorio e incluso desde afuera de ese territorio. Si los fines del Estado se mezclan con los intereses de las grandes corporaciones, como es el caso de América Latina, ya no se puede hablar de un poder soberano puramente jurídico y tampoco de un poder soberano a favor de las personas.

Ello se vuelve cada vez más nítido con las reformas laborales en

diversos países, con la quiebra de derechos ya adquiridos, con la eliminación de condiciones dignas de seguridad social y de jubilación, con la higienización de las ciudades por medio de la expulsión de los pobres de sus viviendas para ceder paso a la construcción de residencias de lujo o al incremento de la industria del turismo o de otras políticas, con las incursiones policiales diarias en barrios pobres de modo a garantizar un sentimiento de seguridad pública simbólica, con las propuestas de eliminar las reservas indígenas y las comunidades quilombolas para garantizar el agronegocio y el uso de sus tierras para la explotación de minerales. Esas políticas son ejercitadas sin que los organismos internacionales sean capaces de impedirlos, porque sus actos no pueden superar el ejercicio de la soberanía, aunque eso implique la destrucción de la política internacional de protección de derechos humanos.

Así se puede decir que el concepto clásico de soberanía sigue su vida en la postmodernidad, como razón instrumental a sedimentar en el Estado los intereses de los conglomerados multinacionales. El ideario del iluminismo, de una vida libre, igualitaria y fraterna, desaparece completamente y se vuelve a restaurar la estructura feudal de castas, ahora camuflada por detrás de las grandes empresas transnacionales.

El dominio del aparato del Estado por los grandes conglomerados no es una afirmación simplemente argumentativa, sino una constatación

real. Sin la pretensión de examinar todas las relaciones económicas de nuestra sociedad, para sedimentar nuestra afirmación podemos apenas indicar que la ganancia líquida de los cinco bancos más grandes de Brasil, por ejemplo, tuvo en los cuatro trimestres de 2015 a 2017 un aumento de cerca de 17% por trimestre, estimando la suma solo en 2018 aproximada de 20,5 mil millones de reales, o sea, de 5,42 mil millones de dólares. Esta suma es más grande que el PIB de más de 83 países. Hay que agregar que, según las normas de la Convención de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), que se imponen a los países suscriptores, los conglomerados multinacionales pueden remitir libremente sus ingresos o ganancias para sus matrices, sin que sean obligados a pagar en el país en que actúan los impuestos sobre esos ingresos. Es interesante notar cómo se puede burlar el cobro de impuestos por una simple maniobra argumentativa. Dice, por ejemplo, la Impositiva Federal en Brasil que si, por un lado, la ganancia es tributable, lo mismo no ocurre con los ingresos. Una vez que trate de ingresos y no de ganancia, los conglomerados tienen el derecho de remitir el dinero a sus matrices, como forma de repartición.

Siguiendo esta línea, se puede decir, entonces, que, ajustados con el poder de tributar del Estado, los conglomerados incorporan integralmente sus ganancias, que solo en 2018 alcanzan 6,5 mil millones de

dólares para las actividades de servicios, 6,1 mil millones de dólares para actividades industriales y 1,1 mil millones de dólares del agronegocio, con la suma total de 13,7 mil millones de dólares. Haciendo una suma simple de la ganancia de los bancos y de los conglomerados en 2018 tenemos una ganancia líquida de 19,42 mil millones de dólares.

Esas relaciones entre el poder económico y financiero y el poder soberano de los Estados no informan, empero, como es la relación real entre el poder soberano y la población. Cuando el poder del Estado soberano es relacionado a su ejercicio en la realidad, ya no es posible comprenderlo como simple manifestación de autonomía, incluso para construir el orden jurídico. La realidad muestra otro rostro de la soberanía, un rostro marcado por la imposición de sufrimientos y muerte. De ahí que se llegue a afirmar que la soberanía tiene como característica el poder de violar prohibiciones (BATAILLE, 1996, p.67 e ss). La violación de prohibiciones implica también la violación de los criterios de racionalización, que dejan de ser instrumentos de limitación del poder. El poder no es neutro, es un poder comprometido con intereses, que no son los de la población.

Si el poder fáctico no dispone de límites, tampoco sigue criterios de racionalización, podemos concordar con Mbembe (2018, p.10) en que el proyecto de la soberanía “no es la lucha por la autonomía, sino la

instrumentalización generalizada de la existencia humana y la destrucción de los cuerpos humanos y de la población”. Entonces, se puede decir que la soberanía, desde este enfoque, es el poder de decidir sobre la vida y la muerte de las personas.

Pareciera que estamos trazando un cuadro mórbido de los poderes del Estado, pero la realidad nos muestra exactamente eso. Sin hablar de las guerras, que hoy están directamente asociadas no a conquistas territoriales, como en la época de los imperios, sino al dominio de los yacimientos, ya se puede ver como el poder trata, en nuestras ciudades, a los ciudadanos pobres, a los negros y a los indios.

Un ejemplo sólido de ese tratamiento se puede encontrar en diversos países, ahora de modo más explícito en Brasil, con la intervención militar en Río de Janeiro que viola todos los derechos fundamentales de los ciudadanos pobres y que tiene como resultado diario, bajo el pretexto de una guerra contra la droga y los traficantes locales, un número aterrador de muertos, entre ellos menores impúberes y mujeres. La soberanía, por tanto, no es más un elemento político-jurídico que asegura al Estado ejercer el dominio en su territorio, sino el poder real de decidir quien debe morir. Solo a partir de un enfoque crítico se puede llegar a la constatación de que la soberanía no puede resumirse a una cuestión puramente jurídica. Confrontada con la realidad del ejercicio del poder, abre las puertas para mostrar su verdadero

significado. Bajo el concepto jurídico, que parece un concepto neutro, se oculta el lado real del poder. Ese concepto real de soberanía, por fuera del derecho, va a desempeñar una importancia decisiva para la comprensión de las guerras jurídicas, que amparan las decisiones del poder.

### **El concepto de Estado de Excepción**

La soberanía, como poder de decisión sobre la vida y la muerte, no puede estar alejada de otros mecanismos del Estado que, jurídicamente, también sirven a sus objetivos. Esos mecanismos no son de liberación, sino mecanismos de una razón instrumental, que busca legitimar las actividades del Estado, cuando importe una agresión directa a derechos fundamentales.

Esos mecanismos son incluidos en las constituciones como instrumentos de derogación o de suspensión del estado de derecho, en las formas de estado de sitio, estado de emergencia, estado de defensa y estado de excepción. Cada uno de ellos tiene una formulación y características propias, que dependen de la regla establecida en el texto constitucional. No importa aquí, empero, proceder a la distinción de cada uno de esos tres instrumentos jurídicos. Podemos abarcarlos todos ellos bajo el concepto común de estado de excepción. De verdad, el estado de excepción congrega la esencia de todos esos instrumentos.

Los juristas de la modernidad,

en general, asignan al Estado una doble función: de protección de los ciudadanos y de una autolimitación de sus poderes. Esa doble función corresponde a los elementos esenciales del llamado estado de derecho. Por lo tanto, la estructura del Estado se basa en una condición fáctica de existencia de un grupo político que domina el poder, de un cuerpo burocrático que lo ejerce en los límites establecidos por el derecho en un determinado territorio y también de un acuerdo político que le obliga a la autolimitación y a la satisfacción de sus tareas. Para que eso se vuelva posible es necesario no solo la coexistencia de poderes políticos y jurídicos, sino también la creencia de que esa estructura así organizada esté al servicio de todos.

Haciendo un análisis de poder, Max Weber ya afirmaba que este no podía subsistir sin el reconocimiento de su legitimidad por parte de los ciudadanos, que tenían como condición de su aceptación la propia creencia de que el Estado los debía proteger. La creencia no nace, empero, de simple estructura jurídica, sino más precisamente del ejercicio burocrático del poder, como elemento neutro e imparcial. La neutralidad constituye el símbolo más elocuente de un poder que oculta su estructura real.

La neutralidad es el elemento clave para la obtención de obediencia. Así lo dice Max Weber (1992, p.20): "La docilidad (Fügsamkeit) frente a la imposición de órdenes a una o más personas supone la creencia, en algún

en algún sentido, en un poder legítimo de dominación de los impositores, a medida que no sean decisivos el simple miedo o motivos racionalmente orientados, mas representaciones de legalidad que deben ser tratadas separadamente”.

En complemento, afirma: “Normalmente la docilidad frente a órdenes está condicionada, además, por condiciones de intereses de todos los matices, por una mezcla de tradición vinculante y representación de legalidad, a medida que no se trate de estatutos enteramente nuevos. En muchos casos, la acción dócil no es, naturalmente, consciente, sea por fuerza de la costumbre, de convención o del derecho”. (WEBER, 1992, p.20)

El derecho, por lo tanto, sirve no solo a la estructuración del estado, sino también para la cooptación del pueblo. Esa cooptación tiene sus éxitos funcionales a medida que no ocurran desordenes o interferencias desde afuera, como una guerra civil o incluso una invasión del territorio por fuerzas enemigas. Para esos casos sirve, normalmente, el estado de excepción, que suspendiendo o restringiendo derechos, transforma el aparato burocrático en aparato de guerra.

El estado de excepción no es solo una expresión de una norma interna, también se encuentra previsto en las Convenciones Internacionales. Así es que El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales establece en su artículo 15.1 que: “En caso de guerra o de otro peligro

publico que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional”.

Lo mismo ocurre con la Convención Americana de Derechos Humanos, que también prevé en su artículo 27, la suspensión de garantías: “En caso de guerra, de peligro publico o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, este podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”.

La previsión del estado de excepción en los convenios de derechos humanos implica considerar al Estado como una entidad, cuyo mantenimiento es más importante que las personas, lo que contradice el propio concepto de derechos humanos, como derechos que tienen como objetivo esencial la protección de la persona y de sus derechos frente a la intervención del Estado. Además, la Convención Americana de Derechos

Humanos no ha delimitado el estado de excepción a situaciones de guerra, sino también lo ha extendido a emergencias que amenacen a la seguridad del estado parte, es decir, crea las bases también para la construcción de una teoría de la seguridad nacional, tal como ocurrió en nuestros países por décadas desde 1960 hasta fines de 1980.

El estado de excepción, por otra parte, no siempre se establece según esos criterios de existencia de guerra, de peligro público o de emergencia que amenace a la independencia o a la seguridad nacional. Facilitados por un poder judicial dependiente y compuesto por personas que no corresponden al significado o a la esencia de la población, en resumen, por una élite dirigente, los estados vienen ejercitando otra forma de excepción, por medio de intervenciones parciales de las fuerzas armadas sobre los guetos, las favelas, las villas miseria. Ese modo de intervención transforma el propio concepto de estado de excepción, que, de estado transitorio, concebido para confrontar situaciones de emergencia, se cualifica como un estado de sitio permanente, sin observar incluso las limitaciones constitucionales o del derecho internacional. Con ese estado de sitio permanente, como forma habitual del estado de excepción sin decreto que lo instituya, se suspenden todos los límites impuestos por el artículo 27, 2 y 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que manda

preservar los derechos a la vida, a la integridad corporal y al reconocimiento como personas, los derechos de los niños y, además la obligación de informar sobre los motivos de la suspensión de derechos y de su duración.

### **La criminalización de la política**

Si la soberanía, como poder que dispone sobre los derechos de vida y de muerte, ya no es un concepto puramente jurídico, sino de necropolítica, para usar una expresión de Mbembe, la relación de las estructuras del Estado también no es más establecida bajo el precepto de independencia y armonía, sino de dependencia de los intereses dominantes. La dependencia, en ese caso, conduce también a la criminalización de los opositores y, por extensión, de la propia política.

La criminalización de la política, como forma de eliminar el opositor, depende de algunas condiciones:

- a) de un aparato judicial que sea confiable al poder dominante;
- b) de normas jurídicas que faciliten la incriminación de meros comportamientos;
- c) de un aparato bélico que pueda estar siempre a la disposición del poder dominante para controlar la jurisdicción;
- d) de medios de comunicación masiva que execren el opositor, como persona hostil;
- e) de otros medios de expresión de sentimientos,



que puedan ser manipulados.

### **a) El aparato judicial**

Un aparato judicial confiable está vinculado a una estructura que pueda delimitar de modo arbitrario sus integrantes. Esa delimitación sigue un camino: desde el ingreso de los candidatos seleccionados hasta los cursos que deben frecuentar, pasando también por los condicionantes ideológicos que intervienen en las promociones, designaciones honorarias y prestigio institucional. El ingreso en el poder judicial, aunque por concurso público, no caracteriza al juez como persona comprometida con la defensa de derechos fundamentales y con la Constitución.

El ingreso persigue puntos esquematizados, en general reproducción de la jurisprudencia dominante en los tribunales, sin carácter crítico, sin el confronto con la realidad, lo que induce a una reproducción jurídica como acto de autoridad. Ese compromiso con los actos de autoridad torna más exequible una sumisión a los intereses del poder de turno, ya facilitada por la propia pertenencia del juez a las clases dominantes o a la élite social. Por medio de una interpretación libre, el Tribunal Supremo de Brasil, por ejemplo, viene derogando o flexibilizando las cláusulas pétreas de la Constitución, como la presunción de inocencia y el principio de legalidad, y atacando el poder político parlamentario, al no reconocerle

la inmunidad o su independencia en determinados casos. También, para satisfacer las directivas de los medios de comunicación, pauta en las sesiones del Tribunal solo los casos sin importancia, dejando de decidir cuestiones relevantes referentes a derechos fundamentales.

Agregase también al poder judicial y a sus tareas persecutorias el Ministerio Público, que viene teniendo un rol prominente en los procedimientos de criminalización de la política. El Ministerio Público fue comprendido, gradualmente, como un elemento esencial a la administración de la justicia, porque encargado no solo de la persecución penal, sino también de la protección de otros derechos, en general de las minorías. Por sus tareas, el Ministerio Público ha recibido en algunos países, como Brasil, un tratamiento similar a la magistratura. Ese tratamiento fuera enfocado como necesario a que pudiera alcanzar sus objetivos, sin la interferencia del poder político. Aunque los propósitos fueran republicanos, lo que se tiene constatado en la práctica es una distorsión de la finalidad, por la cual el Ministerio Público, lleno de poder y sin cualquiera forma de responsabilidad, pasa a reemplazar tareas propias del poder político, no solo por medio de una amplia criminalización, sino de prescripción de actividades a los órganos estatales, actividades estas que son, originariamente, de exclusiva competencia del poder político. La superposición del Ministerio Público a la estructura de poder acabó

por transformarlo en órgano controlador del Estado y orientador moral de las personas, lo que no corresponde con sus tareas constitucionales. Cuando se habla del uso del derecho como guerra jurídica en contra del adversario político no se puede olvidar del abuso de poder del Ministerio Público, ni tampoco de su actuación en el mismo proceso de execración de los enemigos. Tal como ocurre con la magistratura, la forma de ingreso en el Ministerio Público, aunque que sea por concurso público, no transforma a sus miembros en defensores del Estado de Derecho y de la democracia, incluso por su pertenencia, en general, a las élites del poder dominante.

## **b) Las normas jurídicas**

Las normas penales tienen siempre un contenido prescriptivo, que se destina no solo a prohibir o a mandar una conducta, sino también a servir de factor de orientación para sus destinatarios. Bajo ese panorama, el derecho penal, como forma de saber, tiene como objetivo trazar elementos que delimiten el poder de intervención del Estado. No tendría sentido la elaboración de un número significativo de elucubraciones o teorías sobre elementos que caracterizan a una conducta como criminosa, si no fuera con el propósito de contención del poder punitivo. El estado de derecho, por eso, debe ser visto, antes que nada, bajo el enfoque de protección de las personas en su relación con el

propio poder y no como una institución por si misma. Con eso se posibilita un equilibrio en las relaciones entre las personas, entre persona y sociedad, y entre persona y poder. El principio de legalidad, que impone la obligación, en todo Estado democrático, de definir de modo claro la conducta que quiere prohibir o mandar y, también, de conminar las respectivas consecuencias jurídicas por su comisión u omisión corresponde a esa perspectiva de contención del poder, única forma de asegurar la realización de una sociedad libre, justa y solidaria. Bajo esas condiciones, deben ser elevados en consideración dos principios básicos de convivencia: la confianza y la autorresponsabilidad.

Por el primero, a medida que el Estado se amolde a los límites trazados legalmente para su intervención, se asegura a la persona la certeza de que vive bajo un régimen democrático, disciplinado por normas para cuya vigencia haya dado o podido dar su consentimiento y, por eso, libre para ejercer cualquier actividad dentro de aquellos límites normativos. Por el segundo, se eleva la persona a la condición de poder trazar su propio destino de vida, de formular ideas y exponerlas, de manifestar su concordancia o inconformismo, de poder elegir libremente sus representantes o delegados junto al poder. Si el Estado actúa de forma desregulada o de modo paternalista, viola el pacto de confianza y degrada la persona humana a la condición de

simples objeto de sus intereses, que serán los intereses de los grupos hegemónicos que lo dominan. Cuando eso ocurre, no se estará viviendo en un Estado democrático, sino en un Estado de excepción, aunque en las respectivas constituciones permanezcan la terminología, los conceptos y los enunciados democráticos.

La condición para que el Estado de derecho pueda asegurar los derechos de las personas es la de vincular su programa criminalizador a determinados límites, capaces de establecer una relación de causalidad material entre el acto y sus efectos, de tal modo que esos efectos puedan ser evaluados empíricamente. Además de eso será preciso demostrar que la criminalización corresponde a una lesión real de un derecho subjetivo del ciudadano. No basta para fundar un derecho democrático la simple definición de la conducta que se quiere criminalizar, sino que esa conducta sea idónea para producir una alteración sensible de la realidad fenoménica de relevante magnitud para la convivencia social. Son, por tanto, incompatibles con el estado de derecho las incriminaciones genéricas, los delitos de simple comportamiento, los delitos de peligro abstracto y los casos en que no se pueda demostrar una lesión de derecho subjetivo.

La criminalización de la política pasa, entonces, por la flexibilización de las imputaciones. Si la imputación tiene por base solo el comportamiento, sin que eso produzca una lesión de

derecho subjetivo o, como quieren algunos, de un bien jurídico, será posible criminalizar toda la actividad política.

La criminalización de simples comportamientos puede abarcar la manifestación de pensamiento, los votos en el Parlamento, las decisiones de partidos, las relaciones de amistad entre el político y otra persona, la elaboración de leyes que prescriban eximentes o exculpación e incluso las propias omisiones como si fueran elementos de un proceso de corrupción, cuando impliquen una simple negligencia o falta de atención política en la supervisión de la administración. Como para esa forma de criminalización no hay un parámetro empírico que la pueda limitar, eso posibilita establecer un delito modelo para justificar la acción persecutoria.

Ese delito modelo ha cambiado con la evolución y conforme los intereses. En la Edad Media era el delito de brujería. En la época de las dictaduras militares, que se encontraban envueltas también en la guerra fría, el delito modelo era todo acto que pudiera ser asociado a la seguridad nacional, como parte de la seguridad del occidente, por influencia de los Estados Unidos. Después de la guerra fría se ha edificado el delito de tráfico de drogas. Para caracterizar el acto como contrario a la seguridad nacional era suficiente la práctica de una acción de inconformismo frente al gobierno o a la ideología dominante. frente al gobierno o a la ideología

dominante. Así que las huelgas, las manifestaciones callejeras o de estudiantes, el registro como miembro de un partido político de oposición, el uso de botones o de camisetas con figuras o inscripciones prohibidas, la desobediencia al toque de queda, el viaje a países considerados peligrosos, todos esos actos podrían ser actos criminalizados, sin la demostración de cualquier efecto real a la seguridad del país. El delito de tráfico de drogas no tiene como objeto de lesión un derecho subjetivo o un bien jurídico demostrable: se supone que eso afecta la controvertida salud pública, que nadie puede comprender de lo que se trata. La característica básica de un delito modelo, o del delito pretexto, es su absoluta incertidumbre en cuanto a la determinación de sus elementos y de sus efectos reales. Esa incertidumbre refuerza la persecución de los enemigos políticos, que pueden ser imputados por hechos irrelevantes, pero correspondientes a una criminalización formal y abstracta. Justo esa característica es relevante para explicar el traslado del delito modelo de hostilidad a la seguridad nacional al delito modelo de corrupción.

Como el delito de corrupción no produce un efecto inmediato en la realidad, sino que solo depende de una relación funcional, fácil es comprender como ese delito puede servir de pretexto para todas las intervenciones penales. En el sentido clásico, el delito de corrupción es un delito de contraprestación: el funcionario recibe

la ventaja y por eso realiza un acto funcional en beneficio del corruptor. Entonces, en la corrupción siempre se ha establecido la necesidad de una contraprestación del funcionario a la ventaja que recibe. Esa visión clásica del tipo del delito de corrupción no sirve, empero, para sostener una persecución eficaz al enemigo político. Para que la persecución pueda ser eficiente será necesario, como se está haciendo, cambiar la estructura del delito corrupción, desechando el acto funcional. Sin el acto funcional, el delito de corrupción sirve para fundar una imputación general, sin pruebas y sin la demostración de daño o peligro a un derecho subjetivo o a un bien jurídico, y sirve también como elemento de una execración pública del imputado por los medios de comunicación masiva.

Mirándose hacia todas las formas de delito modelo, puede ser encontrado un denominador común: todos son delitos de herejía, que interesan exclusivamente a los intereses persecutorios, como instrumentos de poder. Eso puede ser visto claramente en las cartas pontificias de Inocencio III, en las cuales se asimila la herejía al delito de lesa majestad, que tenía como característica básica la insurgencia, como, por ejemplo, comunicarse de cualquiera forma con los disidentes. (THÉRY, 2010, p.373-386). Más tarde, en el juicio en contra de Giordano Bruno, se pudo ver, incluso, cómo el concepto de herejía se trasmuda para caracterizarse como la propia conducta

de vida o los malos antecedentes. (KÖNIG, 2003, p.124)

Es verdad que actualmente por el Código Canónico (Canon 1321) una acción solo puede ser considerada delito cuando viole externamente una ley, de modo que la relación de imputación se configure bajo la producción de un efecto grave, lo que excluye de esa noción la simple referencia a los antecedentes. Se puede ver, entonces, que el delito modelo de hoy, como delito de efectos indeterminables, como se quiere hace de la corrupción, ya no combina con el propio concepto de delito del Código Canónico, que está vinculado a un efecto social y no solo a una simple actividad. (MONCAYO, 2001, p.139)

Por la característica de la incertidumbre y de falta de una alteración sensible de la realidad, el delito de corrupción es hoy un delito modelo de las persecuciones penales generalizadas y de la criminalización de la política. La falta de determinación de los elementos y de los efectos reales de la corrupción conduce a tratarlo como delito de honor, o sea, lo que sostiene la imputación no es más el peligro o el daño a la administración, sino la violación de fidelidad funcional, lo que corresponde al viejo esquema del nacionalsocialismo de clasificar la corrupción como delito infamante.

Lo dice muy bien Zaffaroni (2015, p.33), "La reiterada idea del honor está presente en todos los autores nazis. El reservatorio de este elemento lo hallaban en el campesinado alemán". Claro que, en

nuestra región, el reservatorio de honor ya no está en los campesinos pobres, sino en los modelos simbólicos del buen burgués de los países centrales.

Además de la corrupción, se impone como delito modelo el de lavado de capitales, que también porque es un delito de simple comportamiento sirve a una imputación genérica, principalmente cuando se le imputa a alguien el autolavado, que no es criminalizado en muchos países, como en los países nórdicos o en Alemania, pero que se está estableciendo como delito por medio de una flexibilización del principio de legalidad. Aunque sin la prueba de una contraprestación, la jurisprudencia, con la flexibilización del principio de legalidad, viene imponiendo el delito de corrupción como delito antecedente del delito de lavado, lo que corresponde a una doble imputación simbólica de un daño o peligro imaginario al sistema.

Como el concepto de delito modelo es variable, es previsible que la corrupción se incline a perder importancia para el poder punitivo, cuando se alteren los intereses persecutorios. En secuencia, incluso porque no tiene cualquier base empírica, el próximo delito modelo deberá ser el de apología del comunismo, en un proceso de restauración de las guerras puramente ideológicas.

Con el protagonismo del sistema penal, que se subvierte conforme los intereses dominantes, la flexibilización

de las garantías constitucionales crea las bases para la persecución, prisión y eliminación de los adversarios políticos, e incluso de los propios partidos políticos. Destrozados por medio de instrumentos jurídicos manipulados por el judicial confiable al poder de turno, los partidos dejan ser mecanismos de manifestación democrática y pasan a operar exclusivamente como auxiliares del propio sistema autoritario.

### **c) El poder militar**

La norma jurídica basada en elementos abstractos por sí sola no es capaz de sostener una criminalización masiva de la política. Para que el proyecto de dominio se vuelva robusto será necesario que se presente también, además del judicial confiable, un poder militar que, aunque no se haga efectivo como ocurría en el siglo pasado con los golpes de estado directos, se manifieste, simbólicamente, como una amenaza de intervención, si no se cumplen ciertos actos de protección de intereses. Brasil es un ejemplo bien nítido de esa amenaza simbólica.

Cuando el Tribunal Supremo estaba por decidir sobre la violación del principio de presunción de inocencia, es decir, sobre la prisión sin condena definitiva, el comandante del ejército hizo manifestación en el twitter, el 03/04/2018, en cuanto a que una decisión que pudiera beneficiar en ese caso al expresidente Lula no sería adecuada a los intereses

militares. (GGN, 2018)

La amenaza militar no puede ser comprendida, empero, como una resucitación de las viejas dictaduras. Esa amenaza corresponde exactamente a los intereses de los conglomerados y del poder dominante, que contribuyen a una mutación del propio estado en plena democracia. Y eso se ve también facilitado por las normas constitucionales que asignan a ese poder tareas que no le corresponden y que pueden dar lugar a una interpretación falsa en cuanto a que esté capacitado a intervenir sobre el poder político. Una de las causas de esa interpretación es seguramente la falta de una reconstrucción democrática de la investigación de los actos de las dictaduras, como ocurrió en Brasil.

El politólogo Moniz Bandeira, al tratar las relaciones de la política de los Estados Unidos con otros países, bien lo ha expresado: *“El fenómeno político denominado nazi-fascismo en el siglo XX podría y puede ocurrir en los Estados modernos, donde y cuando la oligarquía y el capital financiero no consiguen más mantener el equilibrio de la sociedad por los medios normales de represión, revestidos de las formas clásicas de la legalidad democrática, y asumir características y colores diversos, conforme las condiciones específicas de tiempo y de lugar. Su esencia, empero, permanece como un tipo peculiar de régimen, que se levanta por arriba de la sociedad, fundado en sistemas de actos de fuerza, con la atrofia de las libertades*

*civiles y la institucionalización de la contra-revolución, tanto en el plan doméstico como en el plan internacional, por medio de una guerra perpetua, visando a implantar y a mantener un orden mundial subordinado a sus principios e intereses nacionales favorables a su seguridad y prosperidad".* (BANDEIRA, 2017, p.37)

#### **d) Los medios de comunicación**

El traslado del estado de derecho al estado de policía del que habla Zaffaroni, como instrumento de criminalización de la política está también articulado con un proceso de execración pública del opositor. La execración pública de los enemigos políticos o de los enemigos en general corresponde a una fase muy precisa del proceso criminalizador, como modo de agraviar la ejecución de las penas, desde la Edad Media.

La Edad Media es vista como una época oscura de nuestra civilización, pero parece que la cuestión fundamental es que el atraco a los enemigos políticos en la postmodernidad es todavía más grave y resucita con más vigor la vieja política de las penas infamantes. En la Edad Media, empero, como destaca Frevert (2017, p.7 e ss), la política de execración tenía una limitación: solo era ejecutada por dos horas, a los domingos y días festivos. En la postmodernidad, con el desarrollo de la comunicación en niveles muy altos y a gran escala, la execración se perpetua en los escritos, en los diarios

y en los sitios de internet, lo que fortalece el deshonor del enemigo. El llamado derecho penal del espectáculo se solidifica no más por medio de la prisión o de su ejecución, sino con la divulgación previa del propio procedimiento de imputación, con el reemplazo de la descripción de los hechos por su versión manipulada, lo que corresponde exactamente al concepto de necropoder: lo que importa no son los hechos, es solo la destrucción moral de opositor, en su cuerpo y en su mente.

En consecuencia, detrás del proceso criminalizador existe lo que Casara (2018, p.95) denomina de postverdad, que agrega a la privación de libertad también el martirio psicológico del opositor como medio para divulgar la creencia de que todo corresponde a la realidad. Esa forma de deshonor no es una tarea exclusiva de los medios, no se limita a la divulgación de los procedimientos, sino que se extiende también a los propios órganos de persecución, con las manifestaciones y entrevistas impropias del Ministerio Público y de los magistrados sobre hechos que están bajo su jurisdicción, con la escandalosa incursión de allanamiento por parte de la policía, con el uso impropio de esposas en prisioneros que no ofrezcan el más mínimo peligro y la divulgación de fotos para su humillación. Todo eso congrega un proceso de totalización de la deshonor, que se agrega al proceso de criminalización, como su elemento destacado. Eso se vuelve todavía más

grave cuando los medios de comunicación son dominados por monopolios, que poseen no solo las estaciones de televisión y de radiodifusión, sino también periódicos, revistas y hebdomadarios.

### **e) Internet y otros medios**

Si Frevert señala que la execración en la postmodernidad es permanente, para eso contribuyen también las redes sociales, que trabajan con dos facilitadores: la no necesidad de sujetar sus informes al juicio de refutación o falsabilidad, y el anonimato. Como no necesitan presentar las pruebas de los hechos, lo que allí se afirma pasa como verdad. Como no se identifican los autores, salvo por vía de procedimientos judiciales específicos que no siempre son eficientes para recomponer los hechos, el anonimato facilita la divulgación de noticias e informes falsos, como forma de manipulación masiva de opinión. El anonimato, por otro lado, estimula la expresión de sentimientos de odio, discriminaciones y preconceptos al opositor.

Más recientemente lo que se ve son noticias ficticias – fake news –, creadas justo como formas de manipulación de opinión en contra del adversario político. La suma de los actos de execración es inestimable porque alcanza a un número indeterminado de personas y no solo a los lectores de periódicos o telespectadores de programas o de

noticiario de los medios tradicionales. No es exagerado afirmar que las redes sociales dominan hoy el proceso de deshonra pública.

### **El contexto fáctico y político de las relaciones sociales**

Como decía Max Weber para que el poder se mantenga será necesario contar con la docilidad de los ciudadanos. Eso ocurre de varios modos, más allá de los mencionados precedentemente, pueden ser resumidos en: el poderío de un aparato represor, un poder judicial confiable y servil, una legislación favorable a la incriminación de los opositores, la influencia de los medios de comunicación y las redes sociales comprometidas. Pero todo eso no podría sustentar un Estado autoritario sin que tuviera el apoyo de un contexto fáctico y político favorable.

América Latina tiene muchas diversidades, pero tenemos todos un punto común: fuimos colonias imperiales. El proceso de sumisión de los pueblos autóctonos empieza por varios genocidios, muchos de ellos bien marcados, como de los Aztecas, Mayas, Incas, Patagones y de las tribus de la costa y de la selva brasileña. Y prosigue con la esclavitud de los africanos. Solo para se tener una idea: Brasil comienza el tráfico de esclavos el 1538, cuando se inicia la explotación del azúcar y solo termina un poco antes de la República, en 1888, por un decreto. Mientras tanto se cometen también en contra



de los africanos los mismos actos de genocidio, como ocurrió en el Quilombo de Palmares. La esclavitud fortalece no solo la obediencia, sino también la propia estructura política que le corresponde. Son los esclavos incluso los destinatarios principales de las penas más crueles y son ellos, aunque ya libertos, que pueblan las favelas, los guetos y las villas miserias de las grandes ciudades brasileñas.

La esclavitud genera otros efectos en la construcción del estado nacional. Esos efectos disciplinan una estructura política absolutamente excluyente, que se desarrolla desde la independencia hasta nuestros días. Si en la época del imperio, en que los esclavos no podían votar porque no tenían la personalidad jurídica reconocida, la selección de electores está basada en la riqueza personal de los propietarios, lo que promovía la exclusión de los dotados de pequeños ingresos, más tarde, ya en la República, dada la complejidad del proceso y los altos costos de las campañas, se elimina la concurrencia de los pobres, en su gran mayoría oriundos de los esclavos, aunque libertos. Las alteraciones legales que garantizan a los analfabetos y a los pobres el derecho al voto no son suficientes para alterar el cuadro de su exclusión social y política. Una legislación por si sola no basta para asegurar un proceso de inclusión. Para eso es necesario crear otras condiciones, como el ingreso gratuito en las escuelas y universidades, la frecuencia a cursos de capacitación técnica para el

ejercicio profesional y, principalmente, la divulgación precisa de sus derechos frente al Estado. También se agrega a esas condiciones la posibilidad real de que los oriundos de esas capas más pobres puedan acceder al servicio público.

La exclusión de los esclavos de la estructura política del Estado sigue presente en Brasil, aunque formalmente ya no lo sean esclavos, sino pobres. Para tener una idea de cómo es grande y persistente la exclusión basta mirar los datos de los miembros del Poder Judicial, en comparación con los datos estadísticos oficiales. Según los datos oficiales, Brasil tiene una población de negros y mestizos de 54 %, y el Poder Judicial los tienen entre sus miembros en la proporción de 1,5% para negros, 12% de mestizos y de 0,1% de indígenas, lo que indica que más que 84% de los jueces son blancos.(CNJ, 2018) También, según los datos del Centro de Estudios de Seguridad y Ciudadanía, de la Universidad Cândido Mendes (RJ), el Ministerio Público brasileño está constituido de 77% de blancos, 20% de mestizos y solo de 2% de negros y 1% de asiáticos, entre sus miembros. (CESEC, 2018)

Haciendo una investigación sobre el resultado de las muertes violentas en las ciudades, podemos ver, según los datos del Ministerio de Salud de Brasil, que en 2011 fueron ejecutadas 49,3 mil personas, de las cuales 71,4% de negros, lo que corresponde a 35,2 mil asesinatos. (TERRA, 2018) Afuera de los asesinatos,

los datos presentados por el Mapa de la Desigualdad, un estudio realizado en la ciudad de São Paulo, puede indicar que las personas que viven en los barrios ricos, como el “Jardín Paulista”, tienen un edad media de vida de 79,40 años, mientras los que viven en las periferias, como el “Jardín Angela”, la tienen en torno de 55,70 años.(REDE NOSSA SP, 2018)

Exclusivamente sobre la repartición de las riquezas, según los datos oficiales del Instituto Brasileño de Estadística, cada 4 (cuatro) personas en estado de extrema pobreza 3 (tres) son negras. Aunque de 2005 a 2015 haya aumentado el número de negros que accederán a la clase media, esta sigue presentando, entre 10 personas, la relación de 8 blancos para 2 negros. La desproporción entre el acceso de blancos y negros al poder y a la riqueza demuestra el alto grado de desigualdad social en el país.

Una esclavitud de más de 350 años y, como consecuencia, grados de miseria, pobreza y exclusión de más de 100 años conforman una base sólida de docilidad, capaz de sustentar el propio poder de vida y de muerte.

Cuando nos proponemos verificar la influencia de ese pasado esclavista sobre la consecución de una política de exclusión, que acaba minando a la democracia, incluso o esencialmente por medio del derecho, tenemos de tener en cuenta que las declaraciones de derecho no valen por si mismas. Para que puedan amparar a los excluidos es necesario que se comprenda su dimensión histórica.

Como dice Jameson (2014, p.162), en cuanto a la crítica literaria, “todas las declaraciones aparentemente formales sobre una obra contienen dentro de sí una dimensión histórica oculta de la que el crítico no es siempre consciente; y se sigue de esto que deberíamos ser capaces de transformar esas declaraciones sobre la forma, las propiedades estéticas y demás en declaraciones genuinamente históricas, si solo pudiéramos encontrar un punto de vista correcto para hacerlo”. Por eso, un análisis del propio derecho, en términos formales, no es suficiente para explicar cómo se procede a la destrucción de un proyecto democrático con el asentimiento de los propios perjudicados. La visión histórica de un largo proceso de sumisión puede aclarar acerca de la eficacia de los modos de cooptación al autoritarismo.

### **La relación entre democracia y autoritarismo en el ámbito del estado de derecho**

El concepto de autoritarismo o totalitarismo, como ha señalado Traverso (2015, p.89), siempre fue reservado a la caracterización de los estados nazi-fascistas del siglo pasado. Después de su abandono o eclipse a partir de años sesenta, en que fue usado incluso como pretexto de defensa de la libertad occidental, el concepto de totalitarismo fue de nuevo resucitado por Marcuse (1964, p.11), para demostrar sus asientos en la sociedad neocapitalista, en que no más

se retrata como una forma de terrorismo de Estado, sino por medio de una reificación mercantil de la persona, que justifica una pérdida de contenido de los derechos de libertad.

La concepción de Marcuse si bien puede ser acusada de romántica, puede también alertar para otro enfoque del autoritarismo en las sociedades democráticas, cuando se observa que el poder soberano sigue equipado con otros mecanismos para mantener la estructura política que se ajusta a los intereses neocapitalistas. Esa es una idea que debe persistir. Como dice Traverso (2015, p.131), es indispensable mantener esa idea bien firme para evitar que sea instrumentada en contra de la persona y para repensar la historia y la política.

Conducidos esos argumentos a nuestra región se puede ver como el autoritarismo puede estar presente en nuestras democracias, que pueden garantizar un sistema parlamentario por elecciones libres, por un lado, y pueden impedir a los presidentes elegidos, por otro lado. Lo que se llama guerra jurídica está perfectamente definida por Marcuse, cuando señala como muestra del autoritarismo la eliminación del contenido de las normas, que pasan a valer solo como reglamentos resoluciones formales.

Si miramos los tres procedimientos de impeachment en nuestra región, en Honduras, Paraguay y Brasil, se puede tener una comprensión más clara de cómo la democracia, con sus elementos legales privados de contenidos materiales,

puede ser distorsionada para violar la decisión popular. En esos tres procedimientos, llevados al éxito por el Parlamento y la Corte Suprema, se han atendido, en términos generales, todos los trámites formales que dan base al proceso de impeachment de los mandatarios. Lo que faltaba, empero, no era propiamente la desatención al procedimiento formal, sino a sus elementos materiales. En Brasil, por ejemplo, ha faltado la demostración de la existencia de un delito de responsabilidad, que jamás fue hecha por los postulantes a la destitución de la presidente. El proceso de impeachment no es importante por si solo, sino también por sus consecuencias. Si el proceso de impeachment se puede autosatisfacer como procedimiento formal, la construcción de un orden jurídico sin contenido material será el elemento jurídico decisivo para, conforme los deseos del poder de turno, destruir la propia democracia. De ahí la explicación de las nuevas formas de estado de excepción, como instrumentos de una intervención armada parcial.

Hay una última otra consideración. Si el impeachment solapa la voluntad popular, la destrucción de la democracia puede también prescindir de esa voluntad. Las elecciones de líderes autoritarios, por el propio pueblo, están para indicar que las democracias no deben ser vistas únicamente por la existencia de elecciones libres, sino por la capacidad de los ciudadanos de poder

efectuar una libre evaluación de sus conductas frente a las conductas de los otros, y de poder evaluar las conductas de los otros según una norma común, que atienda a sus respectivos contextos. En resumen, deben tener la capacidad real de poder evaluar libremente a los candidatos, conforme los programas para la solidificación de un estado de derecho democrático.

Una democracia, por tanto, no puede prescindir de un concepto de persona deliberativa, que se afirme como capaz de una autocrítica y de la crítica de las propias instituciones, o sea, de una persona que no se quede como producto de pura abstracción, sino como integrada en un contexto determinado, en lo cual pueda desarrollarse. Sin esa capacidad de crítica, las elecciones solo corresponden a la voluntad de la ideología dominante, que es impuesta al pueblo por medio de un proceso masivo de cooptación por la docilidad. Una sociedad desigual y cooptada por formas inductoras de docilidad no sedimenta una democracia. Es el terreno fértil para su propia destrucción.

### **Propuestas de soluciones**

No es fácil proponer recursos para fomentar la construcción de la democracia. Las soluciones son siempre parciales y no puedan abarcar todos los problemas que quedan en su base. Hay algunas medidas que pueden, empero, amenizar su proceso de destrucción completa. Estas pueden

ser: Primero, la abolición gradual del proceso de criminalización para eliminar el sufrimiento de sus destinatarios e impedir su empleo en contra de los adversarios. Segundo, la limitación de los poderes militares, como condición ineludible del proceso democrático, excluyendo las tareas de la seguridad pública y destinándolos exclusivamente a fuerza de defensa del país frente ataques externos. Tercero, la reducción de los poderes del aparato judicial y la reestructuración de las formas de ingreso, por medio de institución de mandatos temporales a la carrera y a los tribunales. Cuarto, la ampliación democrática de los medios de comunicación para el efecto de garantizar una libertad real de la prensa, con los cortes de los monopolios y la previsión de reglas de responsabilidad por noticias falsas, que deben valer también para las redes sociales. Quinto: atendiendo al concepto de persona deliberativa, como condición básica de la democracia, fortalecer la enseñanza pública, gratuita y sin censura, que pueda alcanzar, con calidad, todo el espectro del conocimiento y el dominio de las ciencias, de las artes y de las actividades técnicas.

Aunque estas sugerencias puedan mezclarse con un programa de gobierno, son todas ellas condiciones primarias para eliminar el estado autoritario y para la construcción de la democracia. Son las condiciones necesarias para contener los efectos deletéreos de las guerras jurídicas, debilitar el estado de excepción y

orientar el derecho hacia la protección real de las personas.

## Referencias Bibliograficas

BATAILLE, George. Lo que entiendo por soberania, Buenos Aires: Paidos, 1996.

BODIN, Jean. Os seis livros da República, Livro Primeiro, Capítulo VIII, São Paulo: Icone Editora, 2011.

CASARA, Rubens. Sociedade sem lei, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

CESEC. 77% Do MP é branco e 70% é homem. Só 2% é preto. Disponível em: <https://www.ucamcesec.com.br/repor-tagens/77-do-mp-e-branco-e-70-homem-so-2-e-preto/>. Acesso 10 mai.2018.

CNJ. Pesquisa do CNJ. Quantos juízes negros? Quantas mulheres? Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86694-pesquisa-do-cnj-quantos-juizes-negros-quantas-mulheres>. Acesso em 10 mai.2018.

FREVERT, Ute. Die Politik der Demütigung, Schauplätze von Macht und Ohnmacht, Frankfurt am Main: Fischer, 2017.

GGN. Comandante do exército pressiona STF contra Lula e post é entendido como ameaça. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/editoria/justica/comandante-do-exercito->

pressiona-stf-pela-prisao-de-lula-e-internautas-entendem-post-como-ameaca/. Acesso em 10 mai.2018.

JAMESON, Frederic. Las ideologías de la teoría, Buenos Aires: Ex Libris, 2014.

HABERMAS, Jürgen. Rationalitäts- und Sprachtheorie, in Philosophische Texte, Frankfurt am Main: Fischer, 2009, tomo 2.

HELLER, Hermann. La soberanía: contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional, Mexico: Escuela Nacional de Jurisprudencia, 1995.

HELLER, Hermann. Teoría del Estado, Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2015.

JAMESON, Frederic. Las ideologías de la teoría, Buenos Aires: Ex Libris, 2014.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MAYER, Uwe; REGENBOGEN, Armin (Orgs). Wörterbuch der philosophischen Begriffe, Hamburg, 2005.

KÖNIG, Andrea. Giordano Bruno an der Schwelle der Moderne, Marburg: Tectum, 2003.

MARCUSE, Herbert. One-Dimensional Man, Boston: Beacon Press, 1964.

MBEMBE, Achille. Necropolítica, biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. São Paulo: n-1 edições, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Estudio preliminar”, in Helmut Nicolai, La teoría del derecho conforme la ley de las razas, Buenos Aires: CLACSO, 2015.

MONIZ BANDEIRA, Luiz Alberto. A desordem mundial, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

NOSSA SÃO PAULO. Mapa Desigualdade 2017. Disponível em: <https://www.nossasaopaulo.org.br/portal/arquivos/mapa-da-desigualdade-2017.pdf>. Acesso 10 mai.2018.

RAMÍREZ MONCAYO, Andrés Fernando. En búsqueda de una teoría general del delito canónico, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2001.

WEBER, Max. Wirtschaft und Gesellschaft, Tübingen: Mohr, 1922.

THÉRY, Julien. “Les hérésies, du XIe au début du XVe siècle”, in Structures et dynamiques de la vie religieuse en Occident (1179-1449), ed. Marie-Madeleine de Cevins, Jean-Michel Matz, Rennes: PUR, 2010.

TRAVERSO, Enzo. Totalitarismo, storia di um dibattito, Verona: Ombre, 2015.

TERRA. Homicídios no Brasil: 71,4% das vítimas são negras. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/homicidios-no-brasil-714-das-vitimas-sao-negras,6e8009c39f0f5410VgnVCM20000099cceb0aRCRD.html>. Acesso 10 mai.2018.

### **Resumen**

La discusión sobre la relación entre derecho y estado de excepción en América Latina, como manifestación de la llamada “guerra jurídica” depende de algunos elementos: de la noción de soberanía; del concepto de estado de excepción; de la criminalización de la política; del contexto fáctico y político de las relaciones sociales; de la relación entre democracia y autoritarismo en el ámbito del estado de derecho. El artículo analiza esos conceptos a fin de proponer algunas soluciones.

**Palavras-chave:** derecho y estado de excepción; América Latina; lawfare; autoritarismo

### **Abstract**

The discussion on the relationship between law and the state of exception in Latin America, as a manifestation of the so-called “legal war” depends on some elements: on the notion of sovereignty; of the concept of a state of exception; of the criminalization of politics; the factual and political context of social relations; of the relationship between democracy and authoritarianism in the field of the rule of law. The article analyzes these concepts in order to propose some solutions.

**Keywords:** law and the state of exception; Latin America; lawfare; authoritarianism