

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Montes Claros. Minas Gerais. Brasil. v. 5, n. 1, jan./jun. 2010. ISSN 1809-7278 (Impressa)
ISSN 2358-9744 (Eletrônica)

ABERTURA

El Concepto de Terrorismo, su Inexistencia o inoperancia: la apertura a la violación de
Derechos Humanos

Henry Torres Vásquez

ARTIGOS

Judicialização e Ativismo Judicial: legitimidade do Poder Judiciário

Álvaro Augusto Fernandes da Cruz

Terrorismo, Derecho Penal y Estado de Derecho ¿Un Trinomio Funcional? Crítica a la
“Corroboración de lo Normativo por lo Fáctico” de G. Jakobs: insostenibilidad teórica del derecho
penal del enemigo

Daniel Alonso Almeyda Velásquez

¿Derecho Penal del Enemigo o la Solución Final al Problema de la Delincuencia?

Gonzalo Rodrigo Paz-Mahecha

O Direito dos Povos na Terceira Dimensão dos Direitos Humanos:
tolerância e respeito para inclusão social

Lorena de Mello Rezende Colnago

O Direito à Diferença na Igualdade de Direitos

Maria Teresa Églér Mantoan

A Identidade Jurídica do Argumento Jurisdicional Fundado em Elementos Suprapositivos

Mércio Mota Antunes

Experiência e Utopia em Theodor W. Adorno, André Gorz E François Dubet

Silvio César Camargo



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Volume 5, número 1, jan./jun. 2010

ISSN 1809-7278 (Impressa)

ISSN 2358-9744 (Eletrônica)

REVISTA BRASILEIRA
DE ESTUDOS JURÍDICOS

v. 5, n. 1 – Semestral – Montes Claros, MG – jan./jun. 2010



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO

A Revista Brasileira de Estudos Jurídicos é uma publicação semestral da Faculdade de Direito Santo Agostinho - FADISA, editada por Elton Dias Xavier.

©COPYRIGHT: INSTITUTO EDUCACIONAL SANTO AGOSTINHO

FACULDADE DE DIREITO SANTO AGOSTINHO – FADISA (FACULDADES SANTO AGOSTINHO)

Diretor: Prof. Ms. Antônio Eugênio Silva

Vice-Diretora: Katiane Dias Santos

Coordenadora do Curso de Direito: Prof.^a Kelle Grace Mendes Caldeira e Castro

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

(Brazilian Journal of Legal Studies)

Editor: Elton Dias Xavier

Conselho Editorial:

Elton Dias Xavier

Famblo Santos Costa

Richardson Xavier Brant

Solange Procópio Xavier

Waldir de Pinho Veloso

Anelito de Oliveira

Conselho Consultivo:

Adilson José Moreira (Harvard Law School – USA)

Horácio Wanderley Rodrigues (Universidade de Santa Catarina – UFSC)

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG)

Margarida de Oliveira Cantarelli (Universidade Federal de Pernambuco – UFPE)

Menelick de Carvalho Netto (Universidade de Brasília – UNB)

Régis Fernandes de Oliveira (Universidade de São Paulo – USP)

Sérgio Rezende de Barros (Universidade de São Paulo – USP)

Vera Regina Pereira de Andrade (Universidade de Santa Catarina – UFSC)

Organização, padronização e revisão linguística: Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

Diagramação/Editoração gráfica/capa: Maria Rodrigues Mendes

Correspondências, pedidos de assinatura e solicitação de números avulsos deverão ser endereçados a:
(All correspondences, subscriptions and claims for missing issues should be addressed to the Editor)

Endereço: (Address)

Av. Osmane Barbosa, 937 – JK – Montes Claros – MG, CEP 39404-006.

E-mail: <eltondx@hotmail.com>, <estudosjuridicos@santoagostinho.edu.br>

Publicação semestral/Published 2 times per year

Para envio de artigos veja notas ao final/For submissions see final notes in the Journal

Revista Brasileira de Estudos Jurídicos / Faculdades Santo
Agostinho. - Vol. 5, n. 1 (2010) – . – Montes Claros (MG) : Editora
Fundação Santo Agostinho, 2010 –
v. : 19 x 26 cm.

Semestral.

ISSN 1809-7278 (Impressa). ISSN 2358-9744 (Eletrônica)

1. Direito - Periódicos. 2. Ciências Sociais - Periódicos. I. Faculdades
Santo Agostinho. II. Título.

SUMÁRIO

EDITORIAL	7
------------------------	---

ABERTURA

El Concepto de Terrorismo, su Inexistencia o inoperancia: la apertura a la violación de Derechos Humanos <i>Henry Torres Vásquez</i>	13
---	----

ARTIGOS

Judicialização e Ativismo Judicial: legitimidade do Poder Judiciário <i>Álvaro Augusto Fernandes da Cruz</i>	33
---	----

Terrorismo, Derecho Penal y Estado de Derecho ¿Un Trinomio Funcional? Crítica a la “Corroboración de lo Normativo por lo Fáctico” de G. Jakobs: insostenibilidad teórica del derecho penal del enemigo <i>Daniel Alonso Almeyda Velásquez</i>	49
--	----

¿Derecho Penal del Enemigo o la Solución Final al Problema de la Delincuencia? <i>Gonzalo Rodrigo Paz-Mahecha</i>	89
--	----

O Direito dos Povos na Terceira Dimensão dos Direitos Humanos: tolerância e respeito para inclusão social <i>Lorena de Mello Rezende Colnago</i>	105
---	-----

O Direito à Diferença na Igualdade de Direitos <i>Maria Teresa Églér Mantoan</i>	127
---	-----

A Identidade Jurídica do Argumento Jurisdicional Fundado em Elementos Suprapositivos <i>Mércio Mota Antunes</i>	145
Experiência e Utopia em Theodor W. Adorno, André Gorz E François Dubet <i>Sílvio César Camargo</i>	153
NORMAS TÉCNICAS DE PUBLICAÇÃO	169

EDITORIAL

Para efeitos de publicações seriadas, o primeiro número de um volume é um início de ano. Nestes termos, podemos dizer que o início deste ano traz promessas iluminadas. A internacionalização da **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** está ganhando força. A publicação em assunto reúne leitores em várias partes do mundo. Tem em seu escaninho de colaboradores os mais variados pesquisadores, igualmente de várias partes do mundo. E os textos que são veiculados na **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** são objeto de estudos e transcrições. Demonstração máxima da qualidade do que publica.

Neste Volume 5, número 1, a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** está diversificada. As seções estão completas. Verdade que o que se busca é a qualidade científica dos textos, mas também não fica de fora a questão da quantidade. O número mínimo de textos científicos já está sendo ultrapassado. E a quantidade de páginas demonstra o vasto conteúdo. Qualificado, o que é importante.

O texto que ilustra a seção **Abertura** é de autoria do Professor (Doutor em Empresa e Sistemas Penais) da Universidade da Colômbia, Henry Torres Vásquez. Propôs o autor a descrever sobre o tema “El Concepto de Terrorismo, su Inexistencia o Inoperancia: la apertura a la violación de Derechos Humanos”. E o faz com conhecimento. Coloca o tema em condições de ser captado por todos. Mas, tem tom professoral. A começar, pela própria metodologia utilizada para a exposição, com delimitações e conceituações que trazem o leitor para dentro do texto. O texto é capaz de transformar o leitor em partícipe da autoria, visto que as definições são facilmente interpretadas. O autor se mostra moderno, trazendo conhecimentos tão necessários aos tempos atuais e que, como se pode prever, dominará o mundo das letras jurídicas pelos próximos anos ou, se não for exagero, as próximas décadas. O artigo traz uma visão da questão do terrorismo internacional, com a demonstração de que o conceito de “internacional” não pode mais ser entendido como distante. Ao contrário: é uma ameaça que pode estar à porta de cada um de nós, em qualquer parte do planeta. A universalização da cultura e do conhecimento, e as informações socializadas no exato momento do fato em qualquer parte da terra para as demais bandas, traz como consequência a atitude da incompreensão, da impaciência, do achar que o pensar diferente faz do outro um inimigo. E, no presente texto, há um desfile de nomes de autores que cuidam do tema.

Aos costumes, a seção Artigos traz a entrada dos textos pela ordem alfabética dos seus autores. É a forma que a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** tem para demonstrar a qualidade inigualável de todos, absolutamente todos e sem distinção, os autores que colaboram com este veículo científico. O primeiro texto é de autoria do Professor Mestre Álvaro Augusto Fernandes da Cruz. Ele se propôs ao debate científico do tema “Judicialização e Ativismo Judicial: legitimidade do Poder Judiciário”. E, em seu texto, há a demonstração de que a interferência do Poder Judiciário, ao ditar normas, muitas vezes acontece por omissão legislativa, por ausência de leis que assegurem os direitos previstos na Constituição como normas programáticas. Por utilizar conceitos variados, o autor faz um prévio estudo sobre a tripartição dos poderes e como acontece o ativismo judicial e a judicialização dos afazeres, ou seja, a chegada à Corte jurisdicional de temas que poderiam ser inicialmente evitados ou resolvidos em nível de Primeira Instância. As teorias acerca do tema são revisitadas. E há a discussão sobre a legitimidade ou não do Poder Judiciário para a interferência na fixação de normas, ainda que de aplicação apenas entre as partes litigantes.

Um texto de impressionar a muitos é o da lavra do Prof. Daniel Alonso Almeyda Velásquez, da Universidade de San Marcos, de Lima, no Peru. O tema, mais atual do que nunca, revela detalhes acerca do Direito Penal do Inimigo, passando pelo terrorismo internacional e, ainda que em via transversa, sobre a intolerância humana, que está carregando as atitudes das pessoas para o matar coletivo, sem respeito à própria raça. O autor, em um longo e qualificado texto, fala sobre este tema que ainda será explorado pelo Direito em diversos lugares (e a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** sai na frente, em termos brasileiros). Apresenta conceitos dos maiores penalistas de todo o mundo, comenta que “El Derecho Penal de enemigos, optimiza la protección de bienes jurídicos, el Derecho Penal de ciudadanos optimiza las esferas de libertad”. Diz o autor que “El terrorismo es un problema ideológico-político, no jurídico, es por ello que todos los intentos en querer definirlo han sido limitados o han terminado en fracaso ¿Qué es el terrorismo?, el de los grupos subversivos, el de Estado...”. E, após tratar do tema de forma ampla, não se omite e deixa também a sua definição deste segmento do Direito Penal como “el Derecho penal del enemigo, tomando a modo particular las palabras de Jakobs, no presta una garantía cognitiva mínima al Derecho penal del ciudadano de que se mantendrá limitado, por lo tanto, lo que le queda es asegurarse contra aquél y eliminarlo, pues pueda que destruya los cimientos del Estado de Derecho; su sola presencia ya es una amenaza.”.

Ainda acerca do “Direito Penal do Inimigo”, há um outro texto igualmente de qualidade. Trata-se do material de autoria do Professor Gonzalo Rodrigo Paz-Mahecha, da

Universidade de Santiago de Cali, na Colômbia. O título, por si só, já explica: “¿Derecho Penal del Enemigo o la Solución Final al Problema de la Delincuencia?”. O autor descreve, com fundamentos em vários autores de nomes internacionais quanto ao novo segmento do Direito Penal, sobre a utilização do denominado “Direito Penal do Inimigo” como forma de combate aos crimes coletivos, catalogados como terrorismos e que têm um público-alvo não beligerante e, portanto, despreparado para se defender ou porque não são pessoas com porte de armamento de guerra ou porque jamais imaginam que serão alvejadas. As discussões, repetimos, muito necessárias neste tempo de intolerância sem fim no trato dos seres humanos para com seus (tidos como des)semelhantes. Em relativamente poucas palavras, o autor completa a todos com suas explicações bem expostas, harmoniosamente articuladas e capazes de conversar com o leitor com impressionante facilidade.

O tema “Direitos Humanos”, sem dúvidas, já mereceu algumas tintas, em termos de publicações científicas. O viés explicado pela Professora Mestre Lorena de Mello Rezende Colnago, por seu turno, apresenta-se impregnado de novidade. A discussão científica é quanto a “O Direito dos Povos na Terceira Dimensão dos Direitos Humanos: tolerância e respeito para inclusão social”. No texto, a autora inicia trazendo o histórico caminho dos Direitos Humanos, por suas diversas dimensões, com fundamento em um variado e amplo estudo de autores como Robert Alexy, Gregório Peces-Barba, Paulo Bonavides, João Batista Herkenhoff, John Rawls, Jürgen Habermas e Peter Härbele. Especificamente sobre os Direitos Humanos, a autora desenvolve o raciocínio que culmina com o reconhecimento dos Direitos das Minorias como sendo o ponto maior para que haja a inclusão social, o respeito, a sociabilidade, a solidariedade. Ato de humanidade, em síntese. Mais especificamente ainda, deixa detalhes acerca da Declaração do Direito dos Povos e da Declaração dos Povos Indígenas. Por todo o conteúdo, trata-se de um texto de leitura praticamente obrigatória, pela inovação.

O direito à diferença, os significados tanto etimológico quanto de integração de termos como “identidade”, “igualdade”, “diferença”, “integração de saberes”, “inclusão” e outros, estão presentes no texto denominado “O Direito à Diferença na Igualdade de Direitos”, de autoria da Professora Doutora Maria Teresa Églér Mantoan. Autora de livros e de textos publicados em grandes e internacionais revistas científicas, Maria Teresa Églér Mantoan é a mesma educadora que tem contribuído com oferta de projetos para que o Ministério da Educação possa atender a educação nacional com mais qualidade. E o texto inserto na **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** começa falando sobre a educação no Ensino Básico, mas acaba por invocar a Constituição, a Lei de Diretrizes e

Bases da Educação Nacional (a denominada Lei Darcy Ribeiro, para grande orgulho de Montes Claros), e demonstra também que a educação básica, em escolas de qualidade, é o mínimo que se pode querer para integrar os demais níveis, os chamados estudos superiores. Sobretudo, o texto se pauta pela demonstração da necessidade de tratamento isonômico de pessoas portadoras de necessidades especiais, as chamadas deficientes. Situações que podem variar desde a acessibilidade até chegar ao ponto de se poder unir, em mesma sala, alunos tidos como especiais e alunos que se convencionou chamar de “normais”. Trata-se de um debate valioso sobre a Educação Especial e temas afins.

Há textos que, por si sós, exigem ou autoexigem umas páginas a mais. Sempre se tem a sensação, ao serem lidos tais espécies de artigos científicos, que o comprometimento para com o tema comportaria algumas palavras a mais. Mas, há estilos que também são próprios. Próprio do compacto é o texto de autoria do Professor Mércio Mota Antunes, que ao falar sobre o tema “A Identidade Jurídica do Argumento Jurisdicional Fundado em Elementos Suprapositivos”, coloca nuances de Filosofia do Direito, mesclado com Argumentação e Lógica, ao lado da Hermenêutica Jurídica. Trata da questão à qual se propôs descrever com conceitos rápidos e faz com que o texto seja autoexplicativo e credor de uma leitura.

As questões mais intrincadas da Sociologia ganham explicações acessíveis por meio do artigo científico assinado pelo Professor Doutor da Universidade de Campinas, Sílvio César Camargo. Com o título “Experiência e Utopia em Theodor W. Adorno, André Gorz e François Dubet”, o autor trança uma bem elaborada teia de comparações, pesquisas e análises. Fala do trabalho e não-trabalho nos conceitos de Jürgen Habermas, Karl Marx e André Gorz. E percebe o quase imperceptível: a diferença existente entre libertar-se **no** trabalho e libertar-se **do** trabalho. O autor descreve as razões do proletariado e se adentra a questões sociológicas que têm profundas raízes. Mas, utiliza-se de linguagem comunicativa e capaz de socializar o conhecimento.

Com tantos autores de qualidade, com o nível internacional e com os assuntos variados e palpitantes, não há como não dizer que a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** se apresenta pedindo uma leitura, com promessa de retribuição aos leitores. Sem dúvidas, este volume cinco, número um, representa um grande marco na pesquisa científica no Brasil.

Professor Doutor Elton Dias Xavier
Editor

A B E R T U R A

EL CONCEPTO DE TERRORISMO, SU INEXISTENCIA O INOPERANCIA: la apertura a la violación de Derechos Humanos¹

HENRY TORRES VÁSQUEZ*

Resumen: Hasta ahora, no es tan pacífica la discusión para lograr una definición de terrorismo que sea conciliada, respetada y aplicada fácilmente en el universo jurídico. Tal como está, el concepto es muy funcional a la parcialización interpretativa, los matices que adquiere son muy disímiles, esa variedad de interpretaciones es fomentada, con mayor razón, si se trata de acciones violentas que amenacen o ataquen, real o supuestamente, determinados intereses de países considerados potencias; en este caso, el grado de emotividad frente al terrorismo se aumenta y por ende, la respuesta antiterrorista tiene un valor emocional agregado con el cual la persecución violatoria de derechos fundamentales a individuos sobre los cuales hay una animadversión y que han sido considerados terroristas permite violarles derechos, bajo la consideración casi unánime de la humanidad, de necesidad de protección de toda la sociedad.

Palabras-clave: Terrorismo, antiterrorismo, acto terrorista, terror, concepto de terrorismo, derechos humanos.

Abstract: Until now, the discussion to get a reconciled respected and easily applied definition of terrorism is not pacific. As the concept is raised it is very functional to the parcialiced interpretive. The shades that this concept acquires are very dissimilar, that that variety of interpretations is fomented, with more reason, if the actions are violent and this threaten or attack in a real or supposedly way certain interests of countries are considered as powers; in this case, the emotional grade about terrorism increases, for this reason, the antiterrorist answer has an emotional value amount, and whit this, the infringing persecution of fundamental rights to individuals on which there is an ill-will, individual that has been considered terrorists that allows them rights under the consideration almost unanimous of the humanity, of necessity protection of the whole society.

Keywords: Terrorism, antiterrorism, terrorist act, terror, concept of terrorism, human rights.

¹ Artículo producto de investigación terminada y tesis doctoral: Análisis del terrorismo de Estado, calificada Cum Laude por unanimidad en Tribunal presidido por Gonzalo Quintero Olivares, con la cual el autor obtuvo el título de Doctor en Empresa y Sistema Penal de la Universitat Jaume I de Castelló, España, 2008.

* Doctor en Empresa y Sistema Penal de la Universitat Jaume I de Castelló, España (2008). Licenciado en Derecho en España. Investigador Asociado de Colciencias. Abogado Universidad Nacional de Colombia. Docente investigador de la Universidad la Gran Colombia. Profesor de las maestrías en Derecho Penal de las universidades: Nacional de Colombia, Militar, Libre, Gran Colombia y Santo Tomás. Par académico de Saces del Ministerio de Educación. Par académico de Colciencias.

1 EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

¿Por qué no se delimita el concepto de terrorismo? ¿A quién le sirve la indefinición? Hay que seguir por esos cauces en aras de la “protección universal” que tiene que existir de la sociedad civil, o es necesario definir el terrorismo a fin de evitar violaciones flagrantes y permanentes al principio de legalidad.

2 METODOLOGÍA

Es una investigación sociojurídica, en la que se ha contado con el apoyo axial de los métodos comparativo y el método analítico deductivo.

3 RESULTADOS

3.1 Introducción

Hasta ahora ni jurisprudencia ni doctrina se han puesto de acuerdo acerca del término terrorismo, ni en la ONU ni en los EE.UU². hay una definición clara. Tampoco en organismos no gubernamentales existe unanimidad al respecto. No obstante, las críticas que constantemente lanza en contra de las políticas gubernamentales en cuanto a la lucha antiterrorista en todas partes del mundo, una organización como Amnistía internacional no llega a utilizar la expresión terrorismo, ésta organización no gubernamental, sostiene que no hay necesidad alguna de utilizar el término para condenar ataques a población

² Sobre el dilema de la definición de terrorismo en las Naciones Unidas, al igual que en la política norteamericana, véase: Harvey, 1998, p. 164 y ss.

civil³; igual sucede con el servicio internacional de noticias radiofónicas de la BBC, que dejó de usar el vocablo *terrorismo* por lo impreciso del mismo (COLLINS; GLOVER, 2003, p. 155). éste es tan volátil en el ámbito jurídico y social, que su significado está determinado más por el contexto que por una explicación lógica.” (REES, 2006, p. 21).

La indefinición del terrorismo, conlleva una macro utilización de un término como es terrorismo, que se amolda a cualquier circunstancia de facto. Entonces, no se puede excusar al antiterrorismo ni tampoco el terrorismo político ya que los “terroristas explotan la opresión, la injusticia y la miseria humana y por lo general cuentan con ellas, al menos para sus excusas” (WALZER, 2004, p. 81), es decir, tanto los terroristas convencionales lo mismo que las acciones antiterroristas enmarcadas como terrorismo de Estado, son muy eficaces y forjan un gran sentimiento de aprobación social, en últimas con su terror engañan a quien dicen defender, esto es, a la sociedad⁴.

Gramaticalmente el terrorismo, se halla en el diccionario de la Real Academia Española en donde se dice que: “es la dominación por el terror, o la sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror”, esta definición naturalmente no esta exenta de críticas⁵.

3.2 Historia de los Intentos por Definir el Terrorismo

En la Conferencia de Varsovia de 1927 y luego en 1937, en el marco de la Convención de Ginebra para la prevención y represión del terrorismo del 16 de noviembre comenzaron los intentos de definir el terrorismo. En esta última ciudad se definió el terrorismo⁶, aunque Gasser (2002) considera que aquella definición no era muy explícita, pues el texto se refería sólo a “actos criminales” y no especificaba qué actos eran ilícitos en el contexto del terrorismo. En 1972 el intento por definir el concepto de terrorismo, tampoco se logró, principalmente por dos razones, los países Árabes junto a los africanos lo consideraban perjudicial para los movimientos de liberación que existían en sus países, ya que en la Resolución 3034 de 1972 la ONU se consideraba que los Movimientos de Liberación Nacional (MLN): “no podían ser confundidos con los grupos terroristas sino que tendrían la consideración de movimientos revolucionarios de masas” (GARCÍA SAN PEDRO, 2006, p. 1.216). Era pues un contrasentido definir el terrorismo de un modo que se

³ Amnistía internacional elude su utilización porque estiman que la palabra terrorismo es un término sobre el cual no hay acuerdo semántico en el ámbito internacional.

⁴ “La eficacia del terrorismo de Estado se mediría justamente por la destrucción del ‘enemigo’ y la adopción de una actitud de obediencia por parte del resto de la población.” (GARZÓN VALDÉS, 2001, p. 144).

⁵ “El diccionario más completo no es capaz de distinguir una violenta batalla por la libertad de la actividad terrorista. Si se acepta la definición del diccionario, palabras como ‘insurgente’ o ‘guerrillero’, que no poseen las mismas connotaciones de maldad, son superfluas, porque todos los insurgentes o todos los guerrilleros serían terroristas.” (REES, 2006, p. 28).

⁶ Sobre el tema: Asúa Bararrita, 2002, p. 10.

convirtiera a los MLN en movimientos terroristas, olvidando lo decidido por la ONU. En 2002 en Kuala Lumpur, Ministros de asuntos exteriores de la OIC

rechazaron cualquier intento de asociar el terrorismo con la lucha del pueblo palestino en el ejercicio de su derecho inalienable a establecer un estado independiente [...], en la V Conferencia Euro mediterránea celebrada en Valencia el 23 de abril de 2002 [...], los países árabes se opusieron a que un concepto de terrorismo pudiera en algún modo incluir las acciones de los palestinos (GARCÍA SAN PEDRO, 2006, p. 1.225).

3.3 La Indefinición del Terrorismo en la Actualidad

Hay una indeterminación de lo que es terrorismo en los EE.UU.⁷, allí les ha sido difícil precisar el término, en consonancia, “conviene examinar más detalladamente la noción de ‘acto terrorista’ o ‘acto de terrorismo’”. El término ‘terrorismo’ no expresa un concepto jurídico, sino más bien una combinación de objetivos políticos, propaganda y actos violentos, una amalgama de medidas para alcanzar un objetivo.” (GRASSER). Entonces se entiende que es todo aquello que causa terror o pánico en la población, y en ese amplio espectro del concepto de terrorismo, este hoy, se acomoda a algunas de las acciones de cualquier grupo actor de violencia política, que posea como fin influir de alguna manera en el poder estatal⁸. En palabras de Villegas Díaz, es perceptible que el terrorismo se caracteriza en último término por su finalidad política, pero no toda la violencia política es terrorismo (VILLEGAS DÍAZ, 2006, p. 3). En las Naciones Unidas respecto al terrorismo se dijo: “no ha sido la intención del Grupo concebir una definición de terrorismo, determinar sus distintas raíces o abordar casos concretos de la actividad terrorista”⁹, parece polémico, pero esta es una realidad, igual sucede con los EE.UU., ese país no tiene reparos en perseguir el terrorismo internacional, sin incluir un preciso concepto de terrorismo, del mismo modo, se aleja de las soluciones al terrorismo estatal, aún con críticas al respecto¹⁰. Pero es más, les resulta muy fácil convencer a buena parte de la opinión pública de todo el mundo de lo conveniente de declarar una guerra ecuménica, y para lograrlo usar del comodín del combate al terrorismo, el cual Álvarez Puga explica como difuso e ilocalizable, además de apto para ser manipulado (ÁLVAREZ PUGA, 2006, p. 339).

⁷ Así es que: “los funcionarios estadounidenses raras veces han proporcionado definiciones explícitas del ‘terrorismo’, confiando en su lugar en una serie de descripciones y suposiciones imprecisas, e incluso tautológicas que ocultan el propio papel histórico desempeñado por el gobierno a la hora de llevar a cabo, apoyar y provocar la violencia política.” (COLLINS; GLOVER, 2003, p. 240).

⁸ El concepto de Pontara Giulano es recordado por García San Pedro (2006, p. 124). Aunque es cierto que no es fácil diferenciar ente violencia política y terrorismo y fundamentalmente el saber qué actos de grupos en contextos de violencia política son actos de terrorismo.

⁹ Informe del Grupo asesor sobre las Naciones Unidas y el terrorismo, del 6 de agosto de 2002, p. 5.

¹⁰ “Estados Unidos no debe limitarse a guardar una prudente distancia. También debe denunciar el terrorismo y el terrorismo de Estado, y acompañara esta denuncia con la mejor labor de mediación que puede llevar a cabo, apoyada en incentivos materiales dirigidos a aquellos que estén dispuestos a llegar a compromisos.” (MANN, 2004, p. 222).

Es claro que cada vez que se habla del concepto de terrorismo, nos encontramos con su indefinición, no sólo en el ámbito local sino en el internacional¹¹. Reitero, es de tal magnitud la falta de concreción en el término –terrorismo–, que el mismo sin mayores dificultades, se puede ceñir a cualquier clase de violencia política¹².

Fundamentalmente, los aspectos políticos, o más bien la valoración política incide enormemente, así que: “el propio concepto de terrorismo es de contornos imprecisos y plantea problemas interpretativos derivados de su referencia inevitable a componentes políticos sometidos a valoración.” (SERRANO PIEDECASAS, 2000, p. 129). Por supuesto que dicha valoración comprende una enorme carga emotiva subjetiva, que implica el reconocimiento de la voluntad estatal en primer lugar. García Rivas (1990, p. 11) recuerda que en la doctrina alemana, italiana y española se han amparado en la “hostilidad a la Constitución” para justificar tipos penales de terrorismo, lo cual indudablemente, contiene una subjetividad amplia, de tal manera que pueden castigar acciones humanas carentes de peligrosidad objetiva, así logran castigar la mera intención del agente (GARCÍA RIVAS, 1990, p. 15).

El terrorismo, el acto terrorista, y el terrorista son conceptos confusos que ocasionan que la coerción hacia quien vaya dirigido la acción de la justicia, sea más o menos atemperada, –las objeciones que se puedan hallar– son de acuerdo a la valoración que haga quien tenga en su deber aplicar justicia al caso en concreto. Aróstegui observa que: “el terrorismo es una de las instrumentalizaciones posibles de la violencia” (ARÓSTEGUI SÁNCHEZ, 2002, p. 27), ese aspecto instrumental, atiende principalmente a los métodos de intimidación que unos u otros tengan. En este estado de cosas, para el Estado la intimidación que recibe del terrorista que ataca sus instituciones es tan digna de reproche penal que no debe quedar impune; al contrario, para el ciudadano que esgrime la “revolución” pacífica, a través de protestas o marchas¹³, como solución a los problemas sociales; la coerción y la intimidación esta dada por el Estado dirigida a los ciudadanos de forma ilegítima y, en consecuencia, es digna del reproche, pero del reproche violento y probablemente terrorista. En ambos casos es la interpretación a los términos de acto terrorista o de terrorismo, la que seguramente ocasione más violencia, simbolizada con la aplicación del Derecho Penal, e inclusive de la violencia legítima e ilegítima. De otra parte, aquellos antagonistas del Estado, que llevan a cabo actos de terror, entendido en ese contexto: “El terror [...] (como) el uso sistemático del temor en circunstancias revolucionarias para ayudar al

¹¹ En esta dirección, la mayoría de la doctrina coincide en que la comunidad internacional ha fracasado en la definición de terrorismo: Dias Barrado, 2006, p. 56.

¹² Sobre el terrorismo y la violencia política, léase Honderich, 2003, p. 153.

¹³ La creación de tipos penales equívocos, en los que se castiga esta clase acciones absolutamente legítimas de la sociedad, en el caso colombiano durante la vigencia –al menos– del “Estatuto de Seguridad”, permitió la penalización de las protestas urbanas. “De tal modo que con base en esas normas ambiguas se podía criminalizar de manera indiscriminada y colectiva.” (APONTE CARDONA, 2006, p. 487).

establecimiento de un nuevo gobierno” (CALVERT, 1987, p. 47), pueden ser eventualmente imputados de terroristas, si el fin último es causar terror y no otro fin. Es decir, la subjetividad¹⁴ es de una importante magnitud, que no puede pasar desapercibida.

Esta situación da como resultado que el discurso estatal aproveche convenientemente el unánime consenso de repulsa al terrorismo para justificar las acciones violatorias de derechos humanos a los opositores políticos (GARCÍA RIVAS, 1990, p. 7), estas consideraciones expansivas del concepto de terrorismo hacen posible que se le quite la connotación política a muchos actos de terrorismo (TERRADILLOS BASOCO, 1988, p. 56).

3.4 La Moralidad en el Concepto de Terrorismo

La construcción del concepto jurídico de terrorismo es permanente, éste es impregnado con significados morales que lo circundan, nutren y protegen lo cual es válido frente a cualquier tipo de terrorismo, ya estén dirigidas las acciones contra el Estado o de éste contra sus subalternos¹⁵, en el llamado terrorismo de Estado, en otras palabras el terrorismo ejercido por aquellos que detentan el poder político (GARCÍA SAN PEDRO, 2006, p. 14-15)¹⁶. Conforme a esto, la expresión terrorismo está llena de vacíos o de complementos; el concepto se matiza implícitamente, o bien explícitamente se determina que el vocablo terrorismo es necesario hacerlo desaparecer cuando las circunstancias así lo requieran, naturalmente; para beneficio del propio interprete, mayoritariamente de los intereses estatales. Pero no es la única interpretación acomodada, quienes ejecutan actos de terrorismo todos ellos coinciden, en el sentido de esgrimir que el terrorismo sirve lograr sus fines¹⁷. Consecuentemente, la estimación de Wardlaw (1986, p. 41), es valida respecto a que: “no se puede usar el terrorismo como una descripción de la conducta, por que siempre hará relación a un juicio moral” incluso se puede argumentar que la legitimidad que parecen poseer determinados actos de terrorismo, lo son por que la organización terrorista o el Estado, han tenido la capacidad para transmitir que es legitimo. Tal legitimidad, es un producto social que hay que aceptar, en todo caso por temor o miedo. Garzón Valdés sostiene que

quien práctica el terrorismo (sea estatal o no) sostiene, por definición, que está moralmente justificado –en aras de ideales superiores a los que se adhiere en un acto de fe– destruir vidas inocentes; personalmente se autocalifica de

¹⁴ Wardlaw (1986, p. 45) recuerda que: “Wilkinson hace observar que uno de los principales problemas fundamentales de la definición de terrorismo reside en la naturaleza subjetiva del terror”.

¹⁵ Por ejemplo, en el denominado terrorismo de Estado y sus partidarios mantienen impregnados de un absolutismo moral que emana de su fanatismo. En este aspecto léase: Garzón Valdés, 2001, p. 172.

¹⁶ En cuanto a los requisitos del terrorismo estatal: Garzón Valdés, 2001, p. 172..

¹⁷ En los atentados terroristas, hay dos pretensiones, de un lado un ataque a la indemnidad de determinadas personas, y por otro lado, un acto intencional de propaganda por el hecho. Mestre Delgado, 1987, p. 44.

inocente e incluye en esta clase a las personas que más aprecia y a las que desea defender del enemigo (GARZÓN VALDÉS, 2001, p. 172).

Otro aspecto trascendental es el que se refiere al objeto atacado; en ese sentido Boaz argumenta que el termino terrorismo se debe aplicar solo a ataques contra civiles, del mismo modo que existe en la definición de no combatiente de la ONU, o en la concepción más aséptica y en el mismo sentido del Título 22 del Código de los Estados Unidos¹⁸, en los tres casos, se trata de delimitar su aplicación desde el punto de vista de las víctimas, de hacía quien va dirigido el ataque que siempre debe ser un civil, un no combatiente. En el caso de ser combatiente eventualmente, puede ser un acto de guerra, un acto de violencia política, distinto a un ataque terrorista que en principio tendría otros fines¹⁹. En últimas un terrorista es considerado aquel que atenta mediante actos de terrorismo contra objetivos civiles²⁰.

3.4 Terror y Terrorismo

Con el fin de despejar dudas y encontrar soluciones válidas a este problema, hay que para lograr un acuerdo sobre el concepto de terrorismo, que parta de diferenciarlo del terror.²¹

El terror y el terrorismo señalan y pregonan que, en cualquier tiempo y lugar todos podemos estar amenazados sin que importe el rango los méritos o la inocencia de cada cual: es algo que puede afectar a cualquiera [...]. El terror y el terrorismo no son lo mismo, pero tienen entre sí cierta afinidad: ambos dependen de la propaganda, ambos emplean la violencia de un modo brutal, simplista y directo y, sobretodo, ambos hacen alarde de su indiferencia por la vida humana. El terror es un sistema de dominio por el miedo, aplicado por los poderosos; el terrorismo es la intimidación, esporádica u organizada, que esgrimen los débiles, los ambiciosos o los descontentos contra los poderosos (HACKER, 1975, p. 19).

Se puede pensar que todo aquel que emplee el terror con cualquier fin será terrorista y, quien haga lo mismo con terrorismo será terrorista. En este aspecto hay lugar a aclarar que no todo aquel que aterroriza es un terrorista²², ya que existen conductas humanas que pueden causar terror y no son consideradas como terrorismo y quien la efectúa tampoco es calificado de terrorista²³, en consecuencia el uso del terror no constituye

¹⁸ Sección 2656f (d). En donde se expresa lo siguiente: El término “terrorismo” significa violencia premeditada, políticamente motivada perpetrada contra objetivos no-combatientes por grupos subnacionales o agentes clandestinos, generalmente con la intención de influenciar a una audiencia.

¹⁹ La finalidad terrorista en la legislación colombiana es causar terror, pánico o zozobra

²⁰ Al respecto: Mann, 2004, p. 185.

²¹ Para algunos autores, el concepto de terror nace en Francia. Según explica Calvert (1987, p. 48), el terror en la teoría de la revolución.

²² A respecto a las diferencias entre terror y terrorismo: Mullins, 1997, p. 9.

²³ En este mismo sentido véase: Rees, 2006, p. 26.

terrorismo, ya que el terror se puede usar para variados e infinitos propósitos²⁴. Calvert, explica la necesidad de comprender la distinción existente entre el terror como una técnica y el terrorismo como una creencia en el valor del terror, al que ambos están estrechamente ligados (CALVERT, 1987, p. 59), lo que delimita el concepto al terrorismo como *la violencia del otro* (HEISBOURG, 2002, p. 30)²⁵.

3.5 Antiterrorismo, Ilegalidad y Derecho Penal

Esa inexactitud del vocablo terrorismo y el no puntualizar el mismo, rompe las exigencias del principio de legalidad que contiene obligaciones tales como: la garantía criminal, penal, de ejecución y jurisdiccional, estas garantías sirven para hacer posible “la aplicación de la ley penal en sintonía con el espíritu y la letra de la constitución” (QUINTERO OLIVARES 2001, p. 71 y 72) las cuales son concebidas con anterioridad de manera precisa para evitar la violación a derechos fundamentales (GONZÁLEZ CUSSAC, 2008, p 231), consecuentemente con la inexactitud se permite la utilización de los estados de excepción, los que admiten el anquilosamiento de medidas penales temporales, convertidas en legislación permanente gracias a la benevolencia social y a la legitimación de facto que le otorgan las distintas ramas del poder público y que, en virtud del despliegue mediático y político, propenden un despreciable consenso en cuanto a las “inmaculadas” medidas antiterroristas y por lo tanto, quien las cuestione deberá soportar el estigma de amigo, colaborador o defensor de terroristas (GONZÁLEZ CUSSAC, 2008, p 230). De ese modo el Derecho Penal se convierte en el principal baluarte estatal; ese relajamiento del Derecho Penal es peligroso en el sentido de castigar conductas lesivas como si fuesen terrorismo, ya que estas cuando se aplican, logran el establecimiento eterno de las normas de emergencia, en una especie de efecto metástasis que parece irradiar ciertamente a muchos de los problemas relacionados con el terrorismo, o mejor dicho con lo que del mismo se ha creado como concepto, del cual he dicho, hay más de mentira que de verdad, siempre hay toda suerte de medidas de tipo penal sobrevenidas en la que la “formidable fuerza centrípeta del terrorismo” (GARCÍA RIVAS, 1990, p. 19), va aumentando su espectro a tal punto que se da el calificativo de terroristas a intelectuales disidentes y a todos los sectores marginales de la sociedad²⁶. La cuestión más preocupante es que la política criminal y por supuesto todo el aparato judicial se empeña en la persecución al terrorismo sin medir el grado de violación a principios elementales del Derecho Penal como el de legalidad, lo que reviste visos de arbitrariedad, cuando en múltiples ocasiones, los supuestos autores están bien alejados del acto terrorista. En esa medida, la seguridad jurídica se ve mermada al no existir un estatuto jurídico del terrorista²⁷, lo que propicia la aparición de regímenes autoritarios que sacan partido de tal indefinición.

²⁴ Así: Wardlaw, 1986, p. 43.

²⁵ El autor cree que para huir de ese punto muerto, la definición de terrorismo a partir de sus técnicas es más eficaz, aunque menos habitual.

²⁶ Entre los que se incluyen a inmigrantes ya sean legales o ilegales, en estos casos la arbitrariedad ha sido objeto de numerosos estudios, al respecto léase: Torres Vásquez, 2008.

²⁷ Ésta es un reclamo de González Cussac (2008, p. 96) para quien hay una evidente necesidad de definición tanto legal como normativa del terrorismo.

3.6 El Antiterrorismo y el Derecho Penal del Enemigo

Normalmente la política antiterrorista tiene toda una serie de posibilidades para considerar enemigo al disidente, en otras palabras es un terreno perfecto para la aplicación del Derecho Penal del enemigo (CARBONELL MATEU, 2006, p. 51). Así pues, se trata

a los infractores no como ciudadanos [...] si no como enemigos, como meras fuentes de peligro que deben ser neutralizadas del modo que sea, cueste lo que cueste. Mediante este tipo de normas –ya existentes en el ordenamiento jurídico actual– el Estado no habla con sus ciudadanos, sino amenaza a sus enemigos (JACOBS, Günther, *apud* CANCIO MELIA, 2002, p. 20).

En ese contexto se hallan todas las características del terrorismo de Estado (CANCIO MELIA, 2002, p. 20), lo cual es usado, en la retórica estatal, con un fin bastante altruista “la eliminación del terrorismo”. En suma existe un exceso de euforia respecto a la persecución al terrorismo, éste es utilizado eficientemente como fortín político: para tal fin, se llega al empleo del Derecho Penal del enemigo, que de conformidad con Cancio Melia es una muestra del debilitamiento del ordenamiento jurídico el cual entra en una situación de pánico y además no elimina ni disminuye los delitos que pretende combatir (CANCIO MELIA, 2002, p. 20). A pesar de esas circunstancias, las respuestas contra el terrorismo y todo lo relacionado con él, hacen que las prácticas en cuanto su calificación responda a imágenes estereotipadas²⁸, lo que converge en que no sea factible una aproximación conceptual al terrorismo, ya que el maniqueísmo impera. Ante esta perspectiva se requiere una especial matización en el concepto de terrorismo o bien que se entienda por terrorismo. El concepto de terrorismo no se encuentra claramente definido pero si condenado, generalmente es un tipo penal abierto, difuso y ambiguo, que al no tener definido el elemento subjetivo de consideración política “lo convierte en el cajón de sastre de otras conductas delictivas que poco o nada tienen que ver con el terrorismo” (VILLEGAS DÍAZ, 2006); ello se presta a especulaciones de muchos detractores y sirve como el mejor remedio ante muchas situaciones para sus benefactores, en las cuales se encuentra naturalmente las medidas antiterroristas en todo el planeta²⁹. Esa ambivalencia usada en la aplicación práctica de la lucha contra el terrorismo tolera cambios de una postura a otra; es decir, en algunos casos los intérpretes afirman ante un mismo hecho que es terrorismo o que no lo es. Después del 11-S³⁰, y debido a la confusión que causó en todo el mundo el terrorismo³¹ el concepto de terrorismo se ha ido ampliando y modernamente abarca todo el espectro legislativo mundial³². En vista de esto, algunos

²⁸ Kofi Annan exsecretario general de la ONU, ha expresado respecto al terrorismo moderno y sus practicantes, qué “el problema no es el Corán, la Torah o la Biblia; el problema nunca es la fe, sino los creyentes, y como se comportan los unos con los otros.” (EL MUNDO, 2006, p. 54).

²⁹ No hay una definición precisa ni universalmente aceptada, al respecto: Jenkins, 1988, p. 188.

³⁰ Un amplio análisis en Albrecht, 2006, p. 1.141.

³¹ En cuanto al colapso surgido por el miedo generalizado, posterior al 11-S léase: Kaldor, 2002.

³² Para un mejor entendimiento de este específico tema: Álvarez Conde; González, 2010.

autores norteamericanos sostienen que realmente las acciones terroristas y su resultado el antiterrorismo han sido fríamente creadas por el gobierno estadounidense, así lo expresa Petras para quien “la imagen de una ‘conspiración terrorista internacional’ no fue más que una construcción elaborada en Washington, adornada por las retóricas belicosas de Bin Laden, líder sin adeptos montado por los *mass media*, incapaz de dirigir ningún ataque terrorista operativo”. Este tipo de acciones de los EE.UU. confieren a una pluralidad de acciones pacíficas la connotación de terroristas por el único hecho de evitar, varios “males de la sociedad”, en efecto, coexiste una inevitable díada entre la legislación dedicada a la inmigración y la que corresponde a la lucha contra el terrorismo³³.

3.8 El Concepto de Terrorismo en los Estados Unidos

No existe en los Estados Unidos una clara definición de terrorismo³⁴ ya que para todos los gobiernos norteamericanos es más importante cualquier tipo de respuesta de tipo bélico en contra de cualquier tipo de terrorismo; paradójicamente, la magnitud de la política exterior norteamericana es predatoria, con lo cual se incrementa el terror a escala mundial, en detrimento de la reducción o eliminación del terrorismo (CHOMSKY; RAMONET; SEPÚLVEDA, 2004, p. 33). Contrariamente algunos autores creen que lo loable, es que hay una nueva definición de terrorismo³⁵, lo que no parece ser cierto; más bien lo que hay es una discusión en torno a su indefinición, claro está dentro de los parámetros del terrorismo convencional. Del mismo modo que en ese país hay una indefinición de los términos en mención, tampoco dejan que se clarifique una terminología común en otros países. En consecuencia, las soluciones al terrorismo no tienen más remedio que las acciones violentas, que llegan a ser violencia de tipo terrorista, o al menos, en otros múltiples casos han llegado a financiar el terrorismo³⁶ en clara demostración de su programa intervencionista, que predomina en la política de aquel país³⁷. A partir del 11 de septiembre,

³³ Aunque no es una “solución” a dos problemas distintos exclusiva de EE.UU., tal cual lo expresó Torres Vásquez, 2008.

³⁴ “¿Qué es el terrorismo? Existen más de cien definiciones [...]. El Departamento de Defensa tiene otra, igual que la oficina Federal de Investigación, y el redactor de este escrito ha contribuido con dos o tres definiciones propias. Ninguna de ellas es enteramente satisfactoria [...]. No se encontrará nunca una definición que lo abarque todo por la simple razón de que no existe un solo tipo de terrorismo, sino que ha habido muchos tipos de terrorismo, los que han diferido grandemente en el tiempo y el espacio, en motivación y en sus manifestaciones y roles.” (LAQUEUR, 2010).

³⁵ Así es recogido en un estudio muy actual en cuanto hace referencia a la nueva visión de varios autores como Wilkinson, o el FBI, de los cuales se extrae lo que hemos venido comentando la no pacífica discusión sobre el concepto (WALKER, 2002, p. 20 y ss).

³⁶ El caso más patético es el haber reconocido el mismo gobierno de los EE.UU. que son financiadores del terrorismo, tal como lo hicieron en la sentencia en contra de la empresa bananera Chiquita Brands Internacional por quedar probado que daban dinero a organizaciones terroristas a cambio de protección. Ese dinero se le dio a dos organizaciones consideradas terroristas por los mismos norteamericanos: las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) y a las Fuerzas Armadas revolucionarias de Colombia (FArC). En torno a este tema, léase: El Tiempo, 2007, en el mismo sentido: Valle-Garay, 2007.

³⁷ De todos modos hay quienes defienden, el estilo de la política exterior de los EE.UU. “En algunas ocasiones, Estados Unidos debería tomar la iniciativa; en otras, tendríamos que ayudar a financiar una intervención iniciada por algún otro país, e incluso enviarles tropas.” (WALZER, 2004, p. 96).

EE.UU. juzga la lucha contra el terrorismo como su prioridad en la política exterior y doméstica³⁸ y desde ese momento se ha aumentado su preocupación de combatir el terrorismo y nunca ha sido definirlo³⁹.

Existen tantas definiciones sobre terrorismo en los EE.UU. como diversas interpretaciones encontramos. En ellas cabe asumir como cierto que, el reivindicar un objetivo social cualquiera este sea, será catalogado de terrorismo: Así lo define verbigracia el Federal Bureau of Investigation (FBI), cuando enuncia “el terrorismo es un uso ilegal de la fuerza o violencia contra las personas o la propiedad para intimidar o coercionar un gobierno, la población civil o cualquier otro segmento, en búsqueda de objetivos sociales o políticos”⁴⁰; aún así, las interpretaciones se han visto optimizadas, aunque en la nueva ley patriótica⁴¹ se recortó considerablemente las libertades públicas y civiles tanto dentro, como fuera del territorio norteamericano⁴², según Salas Calero esto facilitó la aplicación de medidas antiterroristas al mejorar los conceptos de terrorismo nacional⁴³ que complementó la definición de terrorismo internacional.

3.9 El Concepto de Terrorismo para los Europeos

La sociedad europea y sus dirigentes se han preocupado por encontrar soluciones jurídicas a los atroces crímenes terroristas, es así que desde el Consejo de Europa en 1979⁴⁴, ya se buscaban soluciones de tipo jurídico a los problemas típicos que plantea el terrorismo, con el valor agregado de que las soluciones que se pedían fueran respetuosas de las Constituciones y de los tratados internacionales que sobre derechos humanos existen. Así mismo, en el Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, consolidado luego por el Tratado de Ámsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997;

³⁸ Un estudio sobre el impacto que ocasionó la respuesta del terrorismo (STEMPEL; HARGROV, 2002, p. 17 y ss).

³⁹ Sobre la indefinición de terrorismo en los EE.UU. léase: Mullins, 1997, p. 11.

⁴⁰ Esta definición es objetada por Chomsky quien manifiesta que “El problema de esta definición es que se aplica con bastante exactitud a los que Estados Unidos denominó guerra de baja intensidad, reivindicando este tipo de prácticas.” (CHOMSKY; RAMONET; SEPÚLVEDA, 2004, p. 39).

⁴¹ Sobre la sorprendente defensa de la ley de los EE.UU. mediante la ley patriótica, léase: Kayyem; Pangi, 2003, p. 39 y ss.

⁴² Los EE.UU., después del 9/11, abandonan las leyes existentes, y comienzan a ejercer la ley de emergencia dictada en la ley patriótica, al respecto léase: Kayyem; Pangi, 2003, p. 40.

⁴³ En cuanto al tema de la Ley Patriótica, es muy importante el ensayo de: Salas Calero, 2006, p. 255 y ss.

⁴⁴ En la resolución 852 de 1979 se dijo: “las estrategias antiterroristas, si bien son vitales para preservar las instituciones democráticas, deben también ser compatibles con éstas, y respetar siempre las Constituciones nacionales y el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, Derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, ratificado por España a través de Instrumento de fecha 26 de septiembre de 1979, y publicado en el Boletín Oficial del Estado de 10 de octubre de 1979. Lo que también está incluido en el texto: Consejo de Europa, 2002, p. 48.

se colige una apremiante defensa de la libertad, aún en eventos de terrorismo. Desde aquella época existen múltiples medidas en cuanto a combatir el terrorismo⁴⁵, las más importantes se tomaron en la Decisión Marco del Consejo de Europa de 2002, allí se definió el concepto de grupo terrorista como “una facción estructurada de más de dos personas que actúan en combinación para cometer delitos terroristas⁴⁶” empero, hasta ahora en la Unión Europea tampoco ha sido posible definir de forma más o concreta el terrorismo⁴⁷.

4 CONCLUSIONES

Al abordar el estudio del terrorismo es indispensable encontrar una definición en primer lugar de terrorismo y luego, de lo que jurídicamente se entiende por terrorismo; en ambos casos un concepto que satisfaga a una mayoría, o que al menos, exista consenso sobre su significado. Hasta el momento las respuestas no son muy alentadoras, *en ninguna instancia internacional, existe, una aceptación pacífica de la consideración de terrorismo*. Así mismo, es prioritario tener en cuenta que la definición que se adopte deberá tener en cuenta las causas del terrorismo. En la misma medida la necesidad de castigar en lo posible a las personas jurídicas⁴⁸; ya que estos criminales, tanto o mayor daño hacen actualmente, cuando se habla de terrorismo. En ese aspecto, se expresó desde Europa:

Es conveniente realizar una aproximación de la definición de los delitos de terrorismo en los Estados miembros, incluidos los delitos relativos a los grupos terroristas. Por otra parte, deberían preverse para las personas físicas y jurídicas que cometan o sean responsables de tales delitos penas y sanciones acordes con la gravedad de los mismos⁴⁹.

⁴⁵ Las disposiciones relativas al terrorismo están presentes en varios actos legislativos adoptados por los Estados miembros del Consejo de la Unión Europea durante pasados años tales como: Convenio Europol, tras las modificaciones introducidas por la decisión del Consejo del 3 de diciembre de 1998; la acción común 96/610/JAI relativa a la creación de un repertorio de conocimientos sobre la lucha contra el terrorismo; la acción común 98/428/JAI relativa a la creación de una red judicial europea; la acción común 98/733/ JAI relativa a la represión por participación en organizaciones criminales y la recomendación del Consejo sobre la lucha contra la financiación del terrorismo.

⁴⁶ Ibid. Artículo II de la Decisión Marco.

⁴⁷ Dentro de las consideraciones de la Decisión marco del Consejo de Europa, se dice: “Es conveniente realizar una aproximación de la definición de los delitos de terrorismo en los Estados miembros, incluidos los delitos relativos a los grupos terroristas. Por otra parte, deberían preverse para las personas físicas y jurídicas que cometan o sean responsables de tales delitos penas y sanciones acordes con la gravedad de los mismos.”.

⁴⁸ Sin embargo, en España se dice que: La falta de responsabilidad penal de las personas jurídicas, no es obstáculo para extraer consecuencias penales unas directas y otras accesorias. En extenso, léase: De la Cuesta Arzamendi, 2001, p. 968.

⁴⁹ Decisión Marco del Consejo de Europa del 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo en el apartado 6 de las consideraciones.

Es necesaria la concertación entre los Estados para lograr tener unos significaciones de terrorismo, de acto terrorista y de terrorista, e inclusive, empezando por encontrar la definición de terror y de aterrorizar⁵⁰. En todas ellas se pediría que tengan las connotaciones y alcances de tipo meramente legal que realmente deben tener. Por tanto, tendrían que estar diferenciadas las causas del terrorismo y las consecuencias jurídicas que del mismo significado se pudieran extraer, esté podría ser, un muy buen primer paso en el sentido de lograr acotar estos conceptos.

En todo caso, las acciones para eliminar al terrorismo deben estar dirigidas, como no podría ser de otro modo, a definir claramente el objeto a eliminar, definiéndolo claramente sin ambages, de esa manera se castigaría a quien realmente cometa un acto terrorista (obviamente, habiendo sido definido con anterioridad). Más que crear inconvenientes en su interpretación, el terrorismo como es tratado hoy, al ser subsumido en la norma penal, lo que genera es caer en la ilegalidad permanentemente, así pues, hay que insistir en volver por los cauces de la legalidad. No obstante hay quienes consideran que la clave fundamental del terrorismo no se halla en su falta conceptualización, sino en el cómo evitarlo (LÓPEZ CALERA, 2002, p. 53), pero aquí la pregunta sigue siendo la misma ¿evitar qué?, debido a que no se sabe exactamente que es terrorismo. Con lo que, en diversos estamentos ante las connotaciones y particularidades de los que se entiende en la actualidad por terrorismo⁵¹, es fácil establecer como posible una salida a los requerimientos establecidos en el principio de legalidad obviamente cayendo en la arbitrariedad propia de los Estados totalitarios.

Hasta ahora ni en los EE.UU. ha sido posible encontrar una forma de evitar lo etéreo del concepto de terrorismo, tampoco en Europa, en la legislación europea se recoge en buena medida las directrices de los EE.UU.: en cuanto a la defensa de su manida seguridad nacional (WHEELER, 1978, p. 623)⁵², en el resto del mundo y no una definición sin bemoles de terrorismo.

⁵⁰ Obviamente, en la actualidad se tiene en cuenta el terror como punto de partida sin mayores consideraciones y en esto la apreciación de Sullivan es la que parece más adecuada. O'Sullivan, 1987, p. 21. "La vital importancia debe hacerse entre 'terror' y 'aterrorizar', por una parte, y 'terrorismo', por otra. El terror se refiere a un estado psicológico, esto es, el estado de extremo temor y ansiedad. Pero la adición de 'ismo' eleva el concepto al ámbito de la psicología y lo sitúa en las esferas de las creencias y las ideas". Es decir el terrorismo en su acepción aséptica difiere en mucho del terror, con el cual se identifica a muchas de las acciones delictivas comunes que al darles la connotación de terrorismo por el sólo hecho de producir terror, cuando en realidad y sobre todo jurídicamente (al menos, en la gran mayoría de legislaciones), no es terrorismo. Piénsese, en los casos de pederastia con amplia cobertura mediática, tales acciones criminales causan terror, pero no son en absoluto terrorismo.

⁵¹ Sobre las particularidades del terrorismo moderno léase: Ballesteros Martín, 2007, p. 23 y ss.

⁵² Este autor dice al respecto: "la Seguridad Nacional para el pueblo norteamericano se refiere a la defensa nacional [...] a la protección de la república contra todos los peligros internos o externos [...]. Dada la naturaleza del proceso histórico, el significado de Seguridad Nacional ha cambiado constantemente con el desarrollo de América (EUA), y la Seguridad Nacional ha poseído siempre la cualidad de descubrir las amenazas cambiantes contra la seguridad de la nación [...]. En el decurso del proceso de formación de Estados Unidos, su etapa expansionista, y posteriormente imperialista, los enemigos de ese país, o las dificultades que enfrentan con otros países, han sido de hecho problemas de seguridad nacional".

REFERENCIAS

ALBRECHT, Hans-Jorg. Respuestas legislativas al 11 de septiembre: un análisis comparado de la legislación antiterrorista. En: BUENO ARUS, Francisco et al (Director). **Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez**. Madrid: Dikynson, 2006.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique; GONZÁLEZ, Hortensia. Legislación antiterrorista comparada después de los atentados del 11 de septiembre y su incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales. Disponible en: <www.realinstitutoelcano.org>. Acceso en: 21 enero 2010.

ÁLVAREZ PUGA, Eduardo. **Abajo la democracia: el triunfo de la tiranía**. Barcelona: Ediciones B, 2006.

APONTE CARDONA, Alejandro. **Guerra y derecho penal del enemigo**. Bogotá: Ibáñez, 2006.

ARÓSTEGUI SÁNCHEZ, Julio. Una reflexión sobre la violencia política y el terrorismo. En: GONZÁLEZ CALLEJA, Eduardo (Ed.). **Políticas del miedo: un balance del terrorismo en Europa**. Madrid: Biblioteca Nueva, 2002.

ASÚA BATARRITA, Adela. Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad: fines políticos últimos y fines de terror instrumental. En: ECHANO BASALDUA, J. (Coord.). Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón. Bilbao: Universidad de Deusto, 2002. Disponible en: <<http://www.cienciaspenales.net>>.

BALLESTEROS MARTÍN, Miguel Ángel. Guerra contra los terroristas. En: GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís (Director). **Fuerzas armadas y seguridad pública: consideraciones en torno al terrorismo y la inmigración**. Castellón de la Plana: Edit. Universidad Jaime I de Castellón, 2007.

BOAZ, Ganor. Defining terrorism: is one man's terrorist another man's freedom fighter? The International Policy Institute for Counter Terrorism: Disponible en: <www.ict.org.il/articles>.

CALVERT, Peter. El terror en la teoría de la revolución. En: O'SULLIVAN, Noel. **Terrorismo, ideología y revolución**. Madrid: Alianza, 1987.

CANCIO MELIA, Manuel. Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. En: **Revista Jueces para la Democracia Información y Debate**, n. 44, Julio 2002.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Terrorismo: algunas reflexiones sobre el concepto y el tratamiento penal. En: GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís; GÓMEZ COLOMER, Juan Luís (Coord.). **Terrorismo y proceso penal acusatorio**. Valencia: Tirant Lo Blanc, 2006.

CHOMSKY, Noam; RAMONET, Ignacio; SEPÚLVEDA, Luís. **¿Quiénes son los terroristas?** Santiago de Chile: Aún Creemos en los Sueños, 2004.

COLLINS, John y GLOVER, Ross. **Lenguaje colateral**: claves para justificar una guerra. Madrid: Páginas de Espuma, 2003.

CONSEJO DE EUROPA. Informe sobre el terrorismo en Europa. Bruselas (Bélgica), 2002.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luís. Personas jurídicas, consecuencias accesorias y responsabilidad penal. En: ARROYO ZAPATERO, Luís A.; GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo (Director). **El libro homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, in memoriam**. v. II. Salamanca: Edit. Universidad de Castilla La Mancha y Universidad de Salamanca, 2001.

DÍAZ BARRADO, Castor Miguel. El marco jurídico-internacional de la lucha contra el terrorismo. En: **Dimensiones del terrorismo internacional**: lucha contra el terrorismo internacional. Madrid: Ministerio de Defensa, 2006.

EL MUNDO (Periódico). España, sábado 2 de diciembre de 2006.

EL TIEMPO (Periódico). Bogotá, Colômbia, 18 de marzo de 2007.

GARCÍA SAN PEDRO, José. Respuestas jurídicas frente al terrorismo: ámbitos internacional, europeo y nacional. En: BUENO ARUS, Francisco et al (Director). **Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal**: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez. Madrid: Dikynson, 2006.

GARCÍA RIVAS, Nicolás. La rebelión militar. En: **Derecho penal**. Madrid: Ed. Universidad de Castilla la Mancha, 1990.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. **Calamidades**. Barcelona: Gedisa, 2004.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. **Filosofía política, derecho**. València: Universidad de Valencia, 2001. (Colección Honoris Causa).

GASSER, Hans-Peter. Actos de terror, “terrorismo” y derecho internacional humanitario. En: **Revista Internacional de la Cruz Roja**, Ginebra (Swiss), n.º 847, de fecha, 30-09-2002.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís. La generalización del derecho penal de excepción. En: **Revista de Estudios de Derecho Judicial**. Bogotá: Consejo General del Poder Judicial, 2008.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís. **Política criminal, reglas de imputación y derechos fundamentales**. Bogotá: Ibáñez, 2007.

HACKER, Friedrich. **Terror**: mito, realidad, análisis. Barcelona: Plaza y Jánés, 1975.

HARVEY, W. Kushner. **Future of terrorism, the violence in the new millennium**. London: Sage, 1998.

HEISBOURG, Francois. **Hiperterrorismo, la nueva guerra**. Bogotá: Planeta, 2002.

HONDERICH, Ted. **Terrorism for humanity**: inquiries in political philosophy. London; Sterling, Va.: Pluto Press, 2003.

JENKINS, Brian M. Il terrorismo internazionale: una rassegna. En: **Forme di organizzazioni criminali e terrorismo**. Milano: Giuffrè, 1988.

KALDOR, Mary. Wanted: global politics. En: VAN DEN HEUVEL, Katrina; SCHELL, Jonathan. **A just response**: the nation on terrorism, democracy, and september, 2001. New York: Thunder’s Mouth, 2002.

KAYYEM, Juliette N.; PANGI, Robyn L. **First to arrive**: state and local responses to terrorism. Cambridge: MIT Press, 2003.

LAQUEUR, Walter. Terrorismo: una reseña histórica. Disponible en: <<http://usinfo.state.gov/usinfo>>. Acceso en: 14 enero 2010.

LÓPEZ CALERA, Nicolás. El concepto de terrorismo: ¿qué terrorismo? ¿por qué el terrorismo? ¿hasta cuándo el terrorismo?. En: **Anuario de Filosofía del Derecho**, Granada, Ed. Universidad Granada, Núm. XIX, enero de 2002.

MANN, Michael. **El imperio incoherente**: Estados Unidos y el nuevo orden internacional. Barcelona: Paidós, 2004.

MESTRE DELGADO, Esteban. **Delincuencia terrorista y audiencia nacional**. Madrid: Ed. Ministerio de Justicia, 1987.

MULLINS, Wayman C. **Sourcebook on domestic and international terrorism: an analysis of issues, organizations, tactics and reponses**. 2nd ed. Springfield: Charles C. Thomas, 1997.

O'SULLIVAN, Noel. **Terrorismo, ideología y revolución**. Madrid: Alianza, 1987.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. **Derecho penal: parte general**. Navarra: Aranzadi, 2001.

REES, Phil. **Cenando con terroristas**. Traducción de Juan Ventura Figueroa. Madrid: Nuovi Mondi Meda, 2006.

SALAS CALERO, Luís. La ley patriótica USA. En: GÓMEZ COLOMER, Juan Luís; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís (Coord.). **Terrorismo y proceso penal acusatorio**. Valencia: Tirant Lo Blanc, 2006.

SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. La calificación de los actos contra los derechos humanos conforme a la ley española. En: GARCÍA ARÁN, Mercedes y LÓPEZ GARRIDO, Diego (Coord.). **Crimen internacional y jurisdicción universal**. Valencia: Tirant Lo Blanc, 2000.

STEMPEL, Guido H. III; HARGROV, Thomas. Media sources of information and attitudes about terrorism. In: GREENBERG, Bradley S. (Ed.). **Communication and terrorism: public and media responses to 9/12**. Cresskill, N.J.: Hampton, 2002.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. **Terrorismo y derecho**. Madrid: Tecnos, 1988.

TORRES VÁSQUEZ, Henry. La violación de los derechos humanos de los inmigrantes en España: la inevitable diáda: legislación antiterrorista y anti-inmigración. Barcelona: TB, 2008.

VALLE-GARAY, Pastor. De la saga de la banana: arma de seducción masiva o terrorismo de doble filo. Disponible en: <www.elcorreo.ca>. Acceso en: 2007-06-30.

VILLEGAS DÍAZ, Myrna. Los delitos de terrorismo en el anteproyecto de código penal. **Cuadernos de Política Criminal**, n. 2, julio 2006.

WALKER, Clive. **Blackstone's guide to the anti-terrorism legislation**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

WALZER, Michael. **Reflexiones sobre la guerra**. Barcelona: Paidós, 2004.

WARDLAW, Grant. **Terrorismo político, teoría táctica y contramedidas**. Madrid: Ejército, 1986.

WHEELER, Gerald E. In: DE CONDE, Alexander (Ed.). **National security encyclopedia of american foreign policy**. v. III. New York: Charles Scribner's, 1978.

Submissão em: abril de 2010
Pareceres favoráveis em: junho de 2010

A R T I G O S

JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL: legitimidade do Poder Judiciário

ÁLVARO AUGUSTO FERNANDES DA CRUZ*

Resumo. No presente trabalho pretende-se abordar a judicialização e o ativismo judicial, buscando encontrar uma teoria que possa solucionar o problema do ativismo sem ter como opção a autocontenção judicial. Para tal, faz-se um estudo inicial sobre os conceitos de judicialização e ativismo judicial para possibilitar o claro entendimento do teor do trabalho. Num segundo momento, toma em consideração uma análise da divisão de poderes através da Tripartição dos Poderes, de Montesquieu. Na sequência, passa a se discutir a legitimidade do Poder Judiciário como poder último nas decisões, sejam elas da esfera jurídica ou política. Por fim, são apresentadas as objeções ao ativismo judicial e a judicialização, fundamentadas com as teorias que justificam sua legalidade, concluindo, ao fim, que se deve adotar uma Teoria Mista segundo a qual o próprio Judiciário deve limitar suas ações afim de preservar sua legitimidade.

Palavras-chave: Judicialização, Legitimidade, Poder Judiciário, Ativismo Judicial.

JUDICIALIZATION AND JUDICIAL ACTIVISM: legitimacy of the Judiciary

Abstract. In this paper seeks to address the legalization and judicial activism, trying to find a theory that can solve the problem of activism without having an option to judicial self-restraint. To this end, it is an initial study on the concepts of legalization and judicial activism to enable clear understanding of the content of work. In a second stage takes into account an analysis of the division of powers by the tripartite powers of Montesquieu. Following is to discuss the legitimacy of judicial power as ultimate power in decisions, whether legal or political sphere. Finally, we present the objections to judicial activism and legalization, supported with theories that justify its legality, concluding at the end that must adopt a mixed theory in which the judiciary itself should limit its actions in order to preserve its legitimacy.

Keywords: Judicialization, Legitimacy, Judicial Power, Judicial Activism.

* Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília; Graduado em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (2008); Especialista de Perícias em Avaliações Imobiliárias (2010). Professor Universitário e Coordenador do Curso de Direito na Faculdade de Ciências e Tecnologia de Unai (FACTU).

1 INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário vem ganhando cada vez mais força com o passar dos anos, sendo seu principal garantidor a Constituição Federal de 1988, que amplia seus poderes de atuação. Com esse excesso de poder, o Judiciário acaba invadindo algumas áreas que não lhe são próprias.

A Tripartição de Poderes, de Montesquieu, precisa ser respeitada na forma pela qual foi pensado por ele e ainda sem perder de vista a forma de legalidade da Constituição Federal ao prescrever sobre a formação de cada um dos poderes. Para tal, estudam-se cada um dos poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – a fim de entender como os representantes destes Poderes são legitimados ao cumprimento de suas funções, com uma atenção especial voltada ao Supremo Tribunal Federal, como Corte Suprema e Constitucional.

Com a atenção voltada ao Poder Judiciário, será analisada sua legitimidade como possuidor de todo esse poder emanado da Constituição Federal de forma a preservar a democracia do Estado.

Apresentadas ao fim, estão elencadas as objeções a judicialização e ao ativismo judicial, sendo cada uma delas apresentadas com as respectivas correntes teóricas que as justificam, a fim de possibilitar uma conclusão sobre como controlar o ativismo judicial sem se estar em desacordo com as normas Constitucionais por meio da preservação do poder do povo.

2 JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

O Poder Judiciário, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, passou por uma ampliação de sua competência, o que, com o decorrer dos anos, acabou concentrando nas mãos dos Magistrados não mais, somente, o poder da sentença.

Diante deste fato, acompanha-se, então, um fenômeno que foi emergindo com o passar do tempo, chegando nos dias de hoje como judicialização, fenômeno sob o qual o Poder Judiciário vem sendo protagonista de decisões envolvendo questões de largo alcance político como a implementação de políticas públicas ou decisões morais em temas controvertidos na sociedade.

Nesta vereda, vem ocorrendo uma grande transferência de poder para os juízes e Tribunais e, como consequência, alterações significativas na linguagem, argumentação e no modo de participação da sociedade, tendo em vista que muitas questões de grande repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário; e, não, por meio dos órgãos políticos tradicionalmente destinados a tais finalidades.

O fenômeno da judicialização existiu e se fortaleceu por uma diversidade de razões. Uma delas é que a promulgação da Constituição Federal de 1988 trouxe de volta as garantias dos magistrados e, com isso, o poder de zelar pela Constituição Federal e demais dispositivos legais, mesmo que envolvendo em casos específicos. Também, a atuação dos Poderes Executivo e Legislativo bem definidos pela Carta de 1988. Não se pode deixar de verificar, ainda, que a Carta de 1988 trouxe a constitucionalização de diversas matérias, o que promoveu o aumento de uma gama de possibilidades de ações judiciais com fundamento nessas matérias apresentadas de forma positiva. E, por fim, outro fator que contribui para o fenômeno em estudo é o controle de constitucionalidade em vigência.

O controle de constitucionalidade no sistema brasileiro é judicial, sistema pelo qual a garantia da Constituição fica sob a guarda do Poder Judiciário, seja pelo controle difuso – controle realizado por todos os órgãos do Poder Judiciário – ou pelo controle concentrado – competência exclusiva de um só órgão do Poder Judiciário que no caso do Brasil, a Corte Suprema (Supremo Tribunal Federal).

Tendo como base o fenômeno da judicialização, depara-se com um Poder Judiciário muito participativo com intensidade tamanha que, em determinados casos, chega a se confundir, assumindo competências que, à primeira vista, seriam dos Poderes Legislativo ou Executivo. E a esta ampla participação do Judiciário é que se chama de ativismo judicial.

Diversos são os conceitos teóricos para o ativismo judicial que, compilados, ensinam que significa uma postura ativa do Poder Judiciário em favor da proteção e efetivação dos Direitos Fundamentais estabelecidos na Constituição, como as competências para interpretar cláusulas abertas e princípios abstratos, definir o alcance constitucional e interpretar a legislação infraconstitucional sob o filtro da Constituição e com essas competências. Tudo fica nas mãos do Poder Judiciário, com a função de aproximar as esferas jurídica, política e moral.

3 RELAÇÃO JURÍDICA

No que bem se conhece e é considerado aqui como “esfera jurídica”, entende-se a movimentação de todo um sistema que envolve uma “relação jurídica”, que se resume no conjunto de disposições legais que regulam a convivência em sociedade.

Neste sentido, é evidente que todas as formas de regulação ou garantia de respeito aos direitos e deveres da relação humana, elencados pelo Poder Legislativo em forma de texto de Lei, são de competência do Poder Judiciário.

Com essas afirmações, demonstra-se que atos e decisões relacionados a “esfera jurídica”, devem ser providos sempre em favor de toda a sociedade, devendo seu regulador – Poder Judiciário – ser sempre imparcial às necessidades individuais em favor do todo comum, tendo em suas mãos para a realização desta sua função, todo o sistema jurídico.

4 POLÍTICA

Já no que diz respeito à política, vale considerar que é da “esfera política”, a responsabilidade pelo bom desenvolvimento do Estado, com base legal, pelo poder conferido aos políticos, pelo voto, cabendo aos políticos o dever de representar as ações e decisões que são favoráveis às pessoas que lhes elegeram para o cargo.

Desta forma, um cargo político não tem relação com conhecimentos específicos em áreas jurídicas, pois não lhes cabem análises ou interpretações legais; mas, sim, manusear os instrumentos admitidos por em Lei em favor de seus eleitores, o que assim define que o político deve favorecer aquele que o representa, devendo ser, ainda, totalmente parcial para o cumprimento do seu dever, usando como ferramenta o poder do convencimento.

Max Weber, por exemplo, inicia a conferência “Política como Vocação” buscando um conceito para política e demonstrando sua congruência ao Estado em ser um agrupamento baseado no uso da coação física, não como único instrumento mas, o “seu instrumento específico”, o que torna, desta forma, a política a forma pela qual se busca o poder dentro de um Estado ou entre um Estado e outro por meio do convencimento.

5 MORAL

Normas de comportamento são exigidas pela sociedade e aplicadas com grande coerção social. Há, contudo, em diversas situações uma natureza discutível muitas vezes por aspectos que as caracterizam como regras que exprimem sentido axiológico diverso do porquê da edição de uma norma. Daí, a importância de se entender a moral.

Aristóteles trata da moral em três Éticas, de que se falou quando das obras dele. Consoante sua doutrina metafísica fundamental, todo ser tende necessariamente à realização da sua natureza, à atualização plena da sua forma: e nisto está o seu fim, o seu bem, a sua felicidade, e, por consequência, a sua lei. Visto ser a razão a essência característica do homem, realiza ele a sua natureza vivendo racionalmente e senso disto consciente. E assim consegue ele a felicidade e a virtude, isto é, consegue a felicidade mediante a virtude, que é precisamente uma atividade conforme à razão, isto é, uma atividade que pressupõe o conhecimento racional. Logo, o fim do homem é a felicidade, a que é necessária à virtude, e a esta é necessária a razão. A característica fundamental da moral aristotélica é, portanto, o racionalismo, visto ser a virtude ação consciente segundo a razão, que exige o conhecimento absoluto, metafísico, da natureza e do universo, natureza segundo a qual e na qual o homem deve operar (MUNDO, 2010)

A palavra moral, na originalidade latina, significa *mores*, costume, conduta, regra, de um povo em um determinado tempo e lugar. É o reflexo da praticidade humana. Desta forma, os valores morais são flexíveis, o que foi moral no passado pode não ser moral no presente

6 TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

A separação dos Poderes, idealizada por Montesquieu, tinha seu sentido de ser na tripartição dos Poderes do Estado, tornando possível que cada poder tenha uma especialidade para o controle do Estado, sendo cada um deles fiscais um do outro, uma vez que cada um dos Poderes exerça suas funções para as quais foram criados.

O Poder Legislativo tem a função de elaborar leis, exercer o controle político do Poder Executivo e ainda de fiscalizar (controle externo com auxílio do Tribunal de Contas) todas as pessoas, físicas ou jurídicas, públicas (inclusive o Poder Judiciário) ou privadas, que utilizam, arrecadam, guardam, gerenciam ou administram dinheiro, bens e valores públicos. Compreende o Poder Legislativo Federal (Deputados Federais e Senadores) e os Poderes Legislativos Estadual (Deputados Estaduais) e Municipal (Vereadores).

Todos os cargos do Poder Legislativo são atribuídos por meio de voto, ou seja, cada qual dos legisladores representa uma determinada parcela de eleitores que os legitimaram para realização de suas atribuições.

O Poder Executivo é representado pelo Presidente da República em âmbito federal, Governador (na seara estadual) e Prefeito (no âmbito municipal).

As atribuições básicas do Presidente da República que, na sessão de posse, deve prestar o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, observar as leis, promover o bem geral do povo brasileiro, sustentar a União, a integridade e a independência do Brasil, estão previstas no artigo 84 da Constituição Federal, destacadas:

Art. 84. [...]

I - nomear e exonerar os Ministros de Estado;

II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal;

III - iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição;

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

V - vetar projetos de lei, total ou parcialmente;

[...]

XIV - nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei;

[...].

Assim como ocorre com os membros do Poder Legislativo, o Presidente da República e os Prefeitos são admitidos no cargo com uso da eleição, devendo o Presidente exercer suas atribuições de administrador do País em favor de toda a população nacional; e, da mesma forma, o Prefeito para com os munícipes e o Governador para os coestaduanos.

O Poder Judiciário, por sua vez, tem como funções típicas a de preservar a Constituição Federal e exercer a jurisdição, sendo a competência (Estadual, Federal e Tribunais Superiores), o limite dessa jurisdição.

De forma diversa dos Poderes Legislativo e Executivo, os membros do Poder Judiciário são admitidos em seus cargos por meio de concurso público de provas e títulos. Porém, existem algumas exceções para ingresso na carreira da magistratura.

A primeira, das principais exceções, refere-s ao artigo 94 da Constituição Federal, desta forma:

Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de

advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.

Parágrafo único. Recebidas as indicações, o tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subseqüentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação.

Esta forma de carreira, chamada de Quinto Constitucional, prevê a indicação por parte do Ministério Público e da Ordem dos Advogados do Brasil de nomes, respectivamente, de Membros do Ministério Público e de advogados, que preenchem os requisitos do artigo 94 da Constituição Federal, para ocupação de um quinto das cadeiras nos Tribunal Regional Federal, no Superior Tribunal de Justiça e nos Tribunais de Justiça dos Estados. Não se pode perder de vista que, no parágrafo único do artigo 94 da Constituição Federal, estabelece-se que a nomeação desses escolhidos pelas Instituições, será de escolha do Poder Executivo.

Ainda como exceção ao concurso público para ingresso na carreira da magistratura, o artigo 101 da Constituição Federal versa sobre a nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, e o faz assim:

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Quanto ao Supremo Tribunal Federal, pode-se concluir, então, que representam o interesse da União, uma vez que cada um dos Ministros membros é nomeado pelo Presidente da República. O processo que culmina com a nomeação, pelo Presidente da República, começa pela indicação, desta mesma autoridade, do nome de quem se pretende nomear, para que o Senado Federal, após sabatina, faça a aprovação. Se aprovado é que, como ato final, há a nomeação. É um ato administrativo complexo, portanto.

Por seu lado, o inciso XIV do artigo 84 da Constituição Federal prescreve as atribuições do Presidente da República, com destaque de mais uma das exceções que é a nomeação, pelo Presidente e aprovação do Senado, dos Ministros dos Tribunais Superiores (Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior Eleitoral, Tribunal Superior do Trabalho e Superior Tribunal Militar).

7 LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO

A política do Direito é um momento em que uma proposição normativa se converte em norma jurídica, produzindo uma etapa da institucionalização do poder e teoria geral do poder distingue dois requisitos fundamentais de cada norma jurídica: Justiça e validade e os pares dos requisitos do poder: legitimidade e legalidade.

A metodologia se encarrega de investigar e descobrir os processos racionais peculiares de cada ciência. Ela define o método para apreensão do objeto e atingir aos objetivos desejados, constituindo-se num conjunto de regras que disciplinam a razão. A compreensão do comportamento humano pode ser racionalizada em unidades estáveis, destacando os elementos de influência, equilíbrio e decisão, além de revoluções e golpes de estado.

A política é uma manipulação do comportamento humano que combina ameaças da sanção com hábitos de obediência (DEUTSCH, 1979), no entanto, pode-se buscar uma correlação entre as condutas sociais e os valores, levando os governados a aceitarem os comandos e as obrigações jurídicas impostas pelos governantes (WEBER, 1970).

Faria ensina que todo direito exige o poder para se realizar como norma garantidora e heterônima, de tal forma que é a partir deste reconhecimento que surge a necessidade de se pensar em termos de uma conquista legítima para o exercício do poder. Veja-se:

Assim, a discussão em torno do arbítrio e da racionalidade na posituação normativa não se esgota no exame da legalidade, por intermédio do Estado de Direito, com suas normas impessoais, objetivas e gerais. Não basta, neste sentido, o exercício legal da força, mas é preciso, também, que seu uso seja legítimo. Uma norma é legítima quando sustentada sobre um valor e sua legalidade é dada pelo direito vigente, impessoal e objetivo. Caso não se esclareça o que se entende por esse valor – a justiça, nesta perspectiva, é uma questão aberta – não se pode compreender o sentido da norma e, portanto, verificar sua legitimidade (FARIA, 1978, p. 80).

O direito ao existir enquanto realidade ponderável produz mutações no conceito de poder, e o Estado enquanto poder constituído, usa a força mesmo dentro do chamado Estado de Direito. O Estado Moderno prima pela legitimidade atuando conforme as leis estabelecidas e os juristas não ignoram estas condições. A política pode ser vista como um elemento dinâmico e o Direito como um elemento que a este se contrapõe. Logo, as normativas do Direito são impostas pelo poder, e a legitimidade envolve a noção de governo.

Para Bastos, a legalidade e a legitimidade impedem que haja confusão entre o Direito e o poder, pois eles se apresentam interligados no Estado como mantenedores da ordem

jurídica em que o Estado é a manifestação de um poder institucionalizado, de modo que a legalidade se funda na lei. *In verbis*:

O direito e o poder não se confundem. Acontece, entretanto, que no Estado eles se apresentam de forma interligada. A força presta-se a manutenção da ordem jurídica da mesma forma que o direito serve ao poder. Isto fica bem claro quando se atenta para a diferença existente entre a força física e o poder. Toda vez que um homem ou grupo de homens, uma classe ou mesmo a totalidade do povo assumem o controle do Estado é sinal de que eles se encontram em condições de sufocar qualquer movimento rebelde às suas ordens.

[...]

As ordens expedidas deixam de ser cumpridas tão-somente porque vêm acompanhadas da sanção coercitiva e passam a ganhar eficácia, na verdade, porque vêm seguidas da noção de que existe um dever de obediência. A este fenômeno dá-se o nome de institucionalização da força. É só por ele que se entende o funcionamento do Estado em que de um incomensurável número de atos imperativos só alguns necessitam, para sua efetivação, do real exercício da força. [...]. (BASTOS, 1995, p. 28).

Assim, a legitimidade envolve a questão de competências e capacidades, e o Direito, ao editar a norma, produz efeitos pela sua validade. A legitimidade pode ser tomada como o grau de aceitação dos sistemas políticos e dos ordenamentos jurídicos.

Ela envolve a noção de governo e a escolha do governante e à medida que a sociedade se torna mais complexa é inevitável a competição nas eleições.

São possíveis, então, duas formas de justificar o poder e sua obediência. A primeira delas vem a ser o poder derivado de Deus; e a segunda, o poder por tradição. O poder derivado de Deus se dá pela crença de cada pessoa em um ser supremo que se justifica na fé enquanto a tradição é o fato de um poder vir sendo respeitado ou obedecido o que faz com que se aceite esse poder, muitas vezes, até sem saber o porquê da obediência.

8 OBJEÇÕES A JUDICIALIZAÇÃO E AO ATIVISMO JUDICIAL

Deve-se, primeiramente, ater-se às diversas correntes do Direito sobre validade, justiça e eficácia. A Teoria do positivismo jurídico diz que não é necessário que uma norma seja justa, bastando que seja válida. Já a Teoria realista diz que não é necessário que uma norma seja válida: basta que seja eficaz. Por fim, a Teoria jusnaturalista aceita que a norma, por ser posta pelo soberano, e este buscar necessariamente o bem comum, é justa.

Observe-se que uma norma válida seria aquela que obedece os seguintes requisitos: legitimidade da autoridade criadora; não existência de outra norma que a tenha revogado

e compatibilidade com as demais normas do ordenamento. A eficácia da norma, por sua vez, pressupõe que a efetiva correspondência dos comportamentos sociais ao conteúdo da norma.

Para Norberto Bobbio, os critérios são independentes. A norma pode ser justa e inválida:

- as normas de Direito Natural são justas (direito à vida, à liberdade), mas podem não ser válidas, uma vez que a validade de uma norma exige o seu acolhimento pelo Direito Positivo;
- válida e injusta: nos sistemas jurídicos primitivos, a escravidão era regulada normativamente, mas ninguém, em sã consciência, pode dizer que tais normas eram justas;
- válida e ineficaz: há normas que estão positivadas expressamente, mas não são cumpridas. Como por exemplo o valor do salário mínimo e o jogo do bicho;
- eficaz e inválida: existem normas que são cumpridas, mas não pertencem ao sistema jurídico. Como por exemplo condutas religiosas e os costumes (até que recepcionado pelos aplicadores e formadores da lei);
- justa e ineficaz: como exemplo aquelas que combatem discriminação, que existem, mas nem sempre mudam opiniões preconceituosas. Licença-gestante, que é justa, mas, os empregadores têm preferência em contratar homens;
- eficaz e injusta: aquela norma que obriga a algo que não o destinatário não quer fazer, que vai contra a vontade do destinatário. Por exemplo o alistamento militar obrigatório.

A primeira das objeções à judicialização e ao ativismo judicial, diz respeito ao estudado no item anterior, que é o risco para a legitimidade democrática. Os membros do Poder Judiciário não são agentes públicos eleitos, porém, desempenham poder político, o que seria, à primeira vista, uma ofensa constitucional, por ser ilegítimo um órgão não eletivo como o Supremo Tribunal Federal se opor ou invalidar uma decisão do Presidente da República.

Duas são as justificações para essa objeção. A primeira delas, de natureza normativa, defende que este poder é atribuído expressamente pela Constituição Federal e especialmente à Suprema Corte. Isto porque a atuação desses agentes públicos, não recrutados via eleitoral, é de natureza técnica e imparcial, na aplicação da Constituição e

da Leis, e se concretiza nas decisões tomadas pelos representantes do povo, cabendo ao Poder Judiciário a atribuição de sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, sendo decisões sempre racionalmente fundamentadas, com base na Constituição.

Já a justificação de natureza filosófica, ao compreender o sentido de um Estado constitucional democrático, em que o constitucionalismo está em um poder limitado e respeito aos Direitos Fundamentais, o Estado de Direito como expressão da razão e a democracia como soberania popular. Assim, cabe à Constituição dois grandes papéis, estabelecer regras que assegurem a participação política, o governo da maioria e a alternância do poder e o de proteger valores e direitos fundamentais.

[...] E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios – não de política – e de razão pública – não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas. Portanto, a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco. Impõe-se, todavia, uma observação final. A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser ubíqua. Observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso [...] (BARROSO, 2009).

Assim, na análise conjunta do que é um Estado Constitucional Democrático, cabe ao Judiciário decidir contra a maioria em favor dos valores e direitos fundamentais.

A segunda objeção se preocupa com o risco de politização da Justiça. Pela teoria crítica do Direito, “denunciando a superestrutura jurídica como uma instância de poder e dominação”, Direito é política.

Com um pensamento pós-positivista, o Direito não é política e sim se aproxima da Ética, como instrumento de legitimidade, justiça e da realização da dignidade da pessoa humana. O Direito pode ser política nos sentidos de que:

- sua criação é produto da vontade da maioria;
- sua aplicação produz efeitos no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos;

- os juízes como seres humanos com consciência e ideologias, terão interferências subjetivas nos juízos de valor que formulam.

Contudo, o “Direito não é política no sentido de admitir escolhas livres, tendenciosas ou partidárias”, uma decisão judicial jamais pode ser dada por conveniência do julgador, que tem sua decisão legitimada pelo dever de motivação. Assim, Direito não é política nos sentidos de que (BARROSO, 2009):

- o juiz deve agir em nome da Constituição e das leis e não por vontade própria;
- o juiz deve respeitar a presunção de validade das leis;
- embora não eleito, o juiz exerce poder representativo, devendo sua “atuação estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível”, podendo conforme o caso agir de forma contramajoritária em benefício da conservação e promoção dos direitos fundamentais.

A terceira e última das objeções à judicialização e ao ativismo judicial está na capacidade institucional do Judiciário e seus limites de acordo com a normatização dos três poderes em vigor. Nos casos de divergência na interpretação das normas constitucionais ou legais, cabe ao Judiciário a decisão do conflito. Porém, não se deve entender “que toda e qualquer matéria deva ser decidida em um Tribunal. Nem muito menos legítima a arrogância judicial.” (BARROSO, 2009).

Duas doutrinas constitucionais a serem registradas. A primeira, a de capacidade institucional, que envolve a determinação de qual dos poderes está mais habilitado para produzir melhor decisão em determinada matéria, como por exemplo em questões como demarcação de terras indígenas ou transposição de rios, em que tenha havido estudos técnicos e científicos adequados, a questão da capacidade institucional deve ser sopesada de maneira criteriosa.

Outra doutrina, a de efeitos sistêmicos, ensina que os juízes, seja por vocação ou treinamento, são preparados para realizar justiça no caso concreto, não dispoem de informações, tempo e conhecimento para avaliar qual o impacto que uma decisão individual pode causar a um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público, como exemplo, decisões emocionais ou extravagantes na concessão de medicamentos e terapias, colocando em risco as políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos recursos públicos.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O uso desproporcional do poder, o emprego arbitrário da força e a violência contra o cidadão, por exemplo, não podem ser tutelados pelo Direito ainda que tais ações estejam pautadas pela legalidade.

Com os ensinamentos de Dworkin, que contrariam a concepção majoritária, a democracia implica em respeitar tanto a maioria como a minoria sob o prisma da igualdade de direitos. Assim, não se pode afirmar que o controle judicial é antidemocrático apenas porque não respeita o princípio da maioria.

Entende-se pela aplicação de uma Teoria Mista, doutrina por autores como Moro (2004) que, tendo em vista a complexidade da sociedade, defende que nem uma nem outra das teorias anteriormente citadas, seria a ideal, mas, haveria a necessidade de se pensar em uma “teoria mista”, alternando a jurisdição constitucional entre o ativismo e a autocontenção, saber em quais circunstâncias o Judiciário deve ser ativista e qual deve pregar a autocontenção.

Ensina ainda, o professor Barroso (2009):

O Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em auto-limitação espontânea, antes eleva do que diminui.

Por fim, fica esclarecido que o próprio Poder Judiciário deve autolimitar suas ações para preservar sua legitimidade, pois, o fato de seu amplo poder estar pautado pela legalidade das normas Constitucionais, não significa que a total interferência do Judiciário está sendo justa e abrindo mão de algumas ações estará defendendo a Constituição Federal por preservar um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista Eletrônica. 4. ed. Brasília: Ed. OAB. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992. 19.^a reimpressão.

_____. **Estado, governo, sociedade**: por uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

DEUTSCH, Karl. **Política e governo**. Tradução de Ingo Ploger. Brasília: Ed. UnB, 1979.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FARIA, José Eduardo. **Poder e legitimidade**: uma introdução à política do direito. São Paulo: Perspectiva, 1978.

FERACINE, Luiz. **Direito, moral, ética e política**. Campo Grande: Solivros, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de teoria constitucional**. Fortaleza: Ed. Universidade Federal do Ceará, 1989.

LEAL, Rogério Gesta. **Teoria do estado**: cidadania e poder político na modernidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MUNDO dos Filósofos. Disponível em: <<http://www.mundodosfilosofos.com.br/aristoteles2.htm>>. Acesso em: 21 maio 2010.

NALINI, José Renato. **Uma nova ética para o juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

PLATÃO. **A república**. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1987.

TOLEDO, Carlos José Teixeira de. Nós somos um estado laico?: um estudo histórico constitucional, **Prisma Jurídico**, São Paulo, Ed. Uninove, v. 3, p. 221-241, 2004.

WEBER, Max. **Ciência e política duas vocações**. Tradução de Leônidas Hegenberg. São Paulo: Cultrix, 1970.

_____. **Ensaio de sociologia**. Tradução de Waltensir Dutra. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

Submissão em: maio de 2010
Pareceres favoráveis em: junho de 2010

TERRORISMO, DERECHO PENAL Y ESTADO DE DERECHO ¿UN TRINOMIO FUNCIONAL? CRÍTICA A LA “CORROBORACIÓN DE LO NORMATIVO POR LO FÁCTICO” DE G. JAKOBS¹: insostenibilidad teórica del derecho penal del enemigo

DANIEL ALONSO ALMEYDA VELÁSQUEZ*

Resumen: Este trabajo busca formular una crítica al fundamento fáctico (apoyo cognitivo) de las estructuras normativas en el concepto de Derecho Penal del Enemigo del profesor alemán G. Jakobs. Con la finalidad de sostener su insostenibilidad teórica, se mostrará que el fundamento fáctico está vinculado con el concepto de eficacia de H. Kelsen.

Palabras clave: Apoyo cognitivo, persona, enemigo y eficacia.

Are Terrorism, Criminal Law and Rule of Law functional concepts? Critic to the factual grounding of the normative constructions of G. Jakobs: theoretical unsustainability of enemy criminal law

Abstract: This paper seeks to formulate a critic to the factual grounding (cognitive support) of the normative constructions in the concept of Enemy Criminal Law of the German law professor G. Jakobs. In order to maintain the theoretical unsustainability of Enemy Criminal Law, it will show that this factual grounding is related with the concept of efficacy of H. Kelsen.

Keywords: Cognitive support, person, enemy and efficacy.

¹ Ponencia presentada en Huaraz (Perú) el 6 Octubre del 2009.

* Master's Degree, Magister en Derecho. Mención en Ciencias Penales. Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Fiscal Penal (P) destacado a la 2.^a da Fiscalía Suprema en lo Penal de la República del Perú. Coordinador General (2010) y miembro honorario del Taller de Dogmática Penal-UNMSM. Asistente de la Cátedra de Derecho Penal I-Parte General (2009) y de la Cátedra de Introducción al Derecho (2008).

1 PREFACIO

En mayo de 1985, Jakobs, en el Congreso de penalistas alemanes celebrado en Frankfurt a. M., presentó una ponencia titulada “*Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*” (JAKOBS, 2000, p. 209-248)², en ella aborda, no sólo el problema de la anticipación de la punibilidad, del límite incierto de la conducta previa legítimamente punible y de la que no puede ser ya castigada, desprendiéndose la idea del Derecho penal del enemigo cuando se desconoce al ciudadano esferas privadas de libertad, sino –y esto es lo más importante– la idea básica de su pensamiento actual de que todo concepto normativo requiere un apoyo, cimentación o base cognitiva para ser *real*, es decir, que la confianza en la vigencia de las normas no existe sin la garantía de que van a ser al menos cumplidas. Aquí, Jakobs describe que la vigencia de la norma no puede mantenerse ya de modo puramente contrafáctico, así él ejemplifica, “la conciencia de tener el Derecho de nuestra parte en la medida en que lleguemos a ser víctimas de un homicidio no es fundamento idóneo para efectuar un plan de vida, si no existe la conciencia de que ese homicidio será al menos evitado.” (JAKOBS, 2000, p. 237).

Jakobs en esta ponencia concluye que considerables porciones de criminalizaciones anticipadas, que se encuentran en el Código Penal alemán, no se pueden legitimar en un Estado de Libertades. Estas criminalizaciones tienen su sustento, según Jakobs, en la Teoría de la protección de bienes jurídicos (!), es decir, “en la legitimación [de la sanción e intervención penal] de todo aquello que puede ser puesto en una relación positiva con el concepto de bien jurídico”. El profesor alemán, considera que este punto de partida causa un desbordamiento del concepto de autor, pues éste vendría a ser definido por “el hecho de que puede constituir un peligro para el bien jurídico”, lo que provocaría adelantar el comienzo del peligro y, por ende, la punibilidad. La consecuencia de ello es que “[e]l autor no tiene ninguna esfera privada, ningún ámbito para una conducta-todavía-no-socialmente-relevante, sino es sólo fuente de peligro o, [...] un *enemigo* del bien jurídico”.

² Ponencia presentada al congreso de penalistas alemanes celebrado en Frankfurt a. M. en mayo de 1985.

De ese modo, partiendo de premisas liberales, Jakobs distingue una esfera civil interna o esfera exenta de control y una esfera externa. El reconocimiento a un individuo como ciudadano significa que dispone de una esfera privada (que comprende no sólo las *cogitationes* sino también su entera vida privada), este *status* termina cuando el Estado se inmiscuye en dicho ámbito; y en un Estado de libertades el mismo se encuentra garantizado. Concluye Jakobs, que cuando se priva a los *intervinientes* de su ámbito interno se les trata como enemigos a los que no se concede el *status* de ciudadano, dicho tratamiento puede ser útil para la protección de bienes jurídicos, pero es a costa de ceder una parte de la esfera íntima. Una disminución semejante pertenece a un Derecho Penal de índole peculiar que se diferencia nítidamente del Derecho penal de ciudadanos: *El Derecho Penal de enemigos, optimiza la protección de bienes jurídicos, el Derecho Penal de ciudadanos optimiza las esferas de libertad.*

Asimismo, distingue entre normas principales y *de flaqueo*, estas últimas tienen la misión de garantizar las condiciones de la vigencia de las normas principales. ¿Cuales son esas condiciones? Una norma es eficaz si presta lo que ha de prestar: aseguramiento de expectativas. Para ello, es necesario que la norma sea reconocible *ex ante* como estable por el potencialmente afectado. La vigencia de la norma no es, pues, sólo una relación entre norma y autores potenciales, sino además entre norma y potenciales afectados; esta segunda relación tiene un contenido positivo, el de la confianza en la norma. La consecuencia de ello es que la vigencia de la norma no sólo puede verse quebrantada por la conducta del autor (de la forma habitual), sino también por cualquier menoscabo en la confianza de los afectados, cualquiera que sea la vía por la que esto ocurra.

Con esto quiero poner al alcance del lector que el pensamiento del Profesor G. Jakobs, respecto de su construcción dogmática y en particular del Derecho penal de enemigos, es producto –consecuente en él– de la necesidad de hacer *real* todo concepto normativo y no que estos se queden en meros postulados de buenos deseos.

§ I Planteamiento del Problema

¿Es realmente condición de la juridicidad del Derecho un apoyo, base, cimentación o revestimiento cognitivo? De modo particular, ¿Es necesaria la presunción *individual* de fidelidad al Derecho, como prestación del ciudadano, para constituir un orden jurídico real? o dicho en otras palabras, ¿El Derecho por muy bien fundamentado que estuviese conceptualmente sería real, es decir, regularía la conducta de los hombres sin un revestimiento cognitivo?

El presente trabajo, pondrá de manifiesto que la idea del apoyo cognitivo, entendido este como la presunción de fidelidad al ordenamiento a fin de orientar realmente el comportamiento de los demás *participantes* en el tráfico social, *para-cada-concepto-normativo* es erróneo (ver Infra § VII), más no así para la totalidad del Sistema como

fundamento *ex ante*. Además que el *terrorismo* como problema a solucionar, no se encuentra en los marcos del Derecho penal (ver *Infra* § VII. a.), consecuente con ello, el denominado Derecho penal de enemigos es pura expresión, aún cuando en forma de *Derecho*, de arbitrariedad.

§ II Primera Constatación: Estado Constitucional y Derecho Penal del Enemigo³

El Estado Constitucional (Social y democrático de Derecho), es aquel que tiene como fin el respeto de la dignidad del [ser] humano⁴ (Art.1.º de la Constitución Política), lo que significa en el Derecho penal y procesal penal dotarlo de todas las garantías que imposibiliten el actuar desmedido y arbitrario del *ius puniendi* del Estado, dicho de otra manera, un complejo de garantías y libertades generales para el desarrollo de su personalidad.

Por otro lado, el *Derecho penal del enemigo*, el cual forma parte de la denominada expansión del Derecho Penal⁵, significa según lo *descrito* por Jakobs (2004, p. 43 y s.):

³ *Vid.*, con otra terminología, Silva Sánchez, 2006a, p. 183.

⁴ Aquí es preciso hacer una aclaración, ya que si bien nuestra Constitución en el Art. 1.º se refiere a la “*persona*” humana, en definitiva esta haciendo referencia al *ser humano*, de donde reside y se deriva, según la doctrina mayoritaria, sino la totalidad de ella, la dignidad del hombre; sobre la distinción ver *infra* § II. 1. a. Asimismo, por un lado, en la doctrina nacional referente al fundamento de la dignidad del hombre véase Landa Arroyo (2000, p. 11): “[...] la dignidad tiene como sujeto a la persona humana, tanto en su dimensión corporal como en su dimensión racional”; por otro lado, en la Jurisprudencia constitucional peruana, las sentencias N.º 01417-2005-PA/TC, N.º 0004-2005-PI/TC, N.º 0007-2005-PI/TC y sobre todo la N.º 02273-2005-PCH/TC, que establece “La dignidad humana constituye tanto un principio como un derecho fundamental; en tanto principio actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, y como derecho fundamental se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo, donde las posibilidades de los individuos se encuentran legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección ante las diversas formas de afectación de la dignidad humana”.

⁵ Cfr. Silva Sánchez (2006a): “[...] el Derecho penal de la globalización y de la integración supranacional será un Derecho desde luego crecientemente unificado, pero también, *menos garantista, en el que se flexibilizarán las reglas de imputación y en el que se relativizarán las garantías político-criminales, sustantivas y procesales*. En este punto, por tanto, el Derecho penal de la globalización no hará más que acentuar la tendencia que se percibe en las regulaciones nacionales, de modo especial en las últimas leyes en materia de lucha contra la criminalidad económica, la criminalidad organizada y la corrupción.”, p. 85 y s., más adelante, “[...] El paradigma del Derecho penal de la globalización es el delito económico organizado tanto en su modalidad empresarial convencional, como en las modalidades de la llamada macro criminalidad: terrorismo, narcotráfico o criminalidad organizada (tráfico de armas, mujeres o niños). La delincuencia de la globalización es delincuencia económica, a la que se tiende a asignar menos garantías por la menor gravedad de las sanciones, o es criminalidad perteneciente al ámbito de la clásicamente denominada legislación “excepcional”, a la que se tiende a asignar menos garantías por el enorme potencial peligroso que contiene”, p. 106 [el subrayado es nuestro]; con terminología similar, Cancio Meliá, 2009a: “[...] “*globalización*” o “*internacionalización*” del Derecho penal., p. 203, además refiere sobre su estado que “[...] se constata respecto de los impulsos legislativos [...] una orientación que sería ante todo pragmática, dirigidas a la satisfacción de las necesidades de persecución existentes”, p. 210, precisa además que, “[...] Esta globalización de la política criminal [...] se presenta de modo puramente pragmático, pero presenta también un sustrato ideológico (de teoría de la pena)”, p. 211.

(i) adelantamiento de la barrera de punición, (ii) desproporcionalidad en las penas, (iii) paso de la legislación del Derecho penal a legislación para combatir la delincuencia y (iv) pérdidas de garantías procesales.

Ahora bien, una cuestión de rápido planteamiento es si es posible sostener un Derecho Penal del Enemigo dentro del Estado Constitucional: una respuesta, también, rápida sería negativa. Sin embargo, como se podrá advertir, la mayoría de países occidentales han incorporado en sus legislaciones pedazos de lo que se denomina derecho penal del enemigo, basta señalar las “*leyes contra*” o “*leyes para la lucha*”⁶; así, muy cercana a nuestra realidad, los distintos paquetes legislativos promulgados por el ejecutivo desde la década pasada hasta la fecha, donde las garantías procesales se ven disminuidas, aumento de las penas y nuevos tipos penales, todo ello junto al problema de terrorismo en la selva peruana.

En conclusión, el denominado del Derecho Penal del enemigo, es una *realidad* entre las legislaciones penales de los Estados, por este lado, para el Prof. Günther Jakobs quien a puesto de relieve esta situación, aquello es una descripción derivada del estudio positivo de las normas del Derecho alemán, veremos más adelante la cuestión, si el Prof. Günther Jakobs no sólo lo describe, sino que también lo justifica o legitima, en el sentido de que la descripción de un hecho trágico puede ser considerada validación de ese hecho⁷.

1 Planteamientos dogmáticos-conceptuales

a. Ser humano y “Persona”

Obviando en principio referencia alguna al funcionalismo sistémico del Derecho Penal y en estricto a Jakobs; la diferenciación entre “ser humano” y “persona” ya estaban

Tomando una postura político-criminal contraria y crítica, Gracia Martín, 2003, “[...] la modernización del Derecho Penal debe entenderse ante todo como lucha por el discurso material de criminalidad [...], en el sentido de conquistar la integración, en dicho discurso, de toda la criminalidad material propia de las clases poderosas [...]” (p. 163 y ss.), y, por otro lado, que “en el discurso de modernización [...], la *totalidad* de principios, criterios políticos-criminales, e instrumentos dogmáticos de la modernización, son conformes con las exigencias del Estado de Derecho” (p. 155 y ss.) [subrayado en original]; véase al respecto sobre el debate en torno al *Derecho penal “nuclear”* (SCHÜNEMANN, 1998, p. 15 y ss.); y Hassemer, 1995, p. 16 y ss.

⁶ Por ejemplo, el paquete legislativo del 22 de julio del 2007, Decretos legislativos N.º 982 al N.º 992, referentes a la criminalidad organizada y terrorismo. Véase además en otras normas peruanas en García Cavero, 2006; en el ámbito español, Cancio Meliá (2003, p. 43 y ss.; 2009b, p. 75 y ss.).

Pese a lo indicado, el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia N.º 003-2005-PI-TC, no reconoce la existencia del Derecho penal del enemigo en nuestro ordenamiento.

⁷ La presunta legitimación de un derecho penal del enemigo por parte de Jakobs, es posible, desde mi perspectiva, según la máxima hegeliana de que “*lo que es real es válido y lo que es válido es real*”, más que desde su “*ambigüedad*”, como equivocadamente lo hace notar Aponte C. (2005, p. 26-27 y 39 y ss.).

planteadas. En efecto, *persona* es una *concepto* sociológico-normativo; y *ser humano* un *sustrato*, su naturaleza es óptica, es decir, un ser en sí. Persona en el mundo griego era quien ejercía un papel en el teatro, quien portaba una máscara y representaba un rol⁸ sin hacer referencia a su individualidad. De igual manera el jurista más importante del siglo pasado Kelsen (1989, p. 125 y ss.), siguiendo esta diferenciación, afirma que, la “persona” solo designa un haz de obligaciones, de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas, agregando que, la persona física no es el hombre⁹.

En la doctrina nacional tradicional, el concepto que recoge medianamente esta idea es el concepto de *sujeto de derecho*, como un centro de imputación de deberes y derechos, sin embargo, este concepto hace estricta referencia al *ser humano* en sus distintas etapas de desarrollo (concebido y persona natural) o en sus distintas formas de organización colectiva (persona jurídica o organización no registrada), a todas luces se observa que este concepto en principio es *descriptivo*, su cometido primigenio es englobar diversas realidades ópticas, no obstante, su reconocimiento jurídico, la valoración que subyace en ella y sobre todo el hecho ya de comprender conceptualmente *diversas* realidades, nos lleva a concluir que *sujeto de derecho es un concepto normativo*, pero las realidades que comprende, según la doctrina, seguirán siendo sustratos ópticos.

⁸ Cfr. por todos en la doctrina nacional, Fernández Sessarego (1962), donde se discute el origen etimológico de la palabra *persona* en el griego, etrusco y latín; atribuyéndole en definitiva el sentido de “máscara” (p. 49 y ss.); asimismo, plantea la vigente pregunta *¿Es persona simplemente una formalidad ideal, algo construido, como la “máscara” o la personalidad significa un sustrato, como sería el propio actor que encarna el personaje?* (p. 53), como se podrá ver de esta magistral obra, se vislumbra ya la actual problemática en torno al *concepto* y *contenido de persona*, la respuesta para este autor, es que persona no sólo es una formalidad, sino también el *ser humano*, ello desde el idealismo filosófico existencialista; Cfr. además Fernández Sessarego (1995, p. 27 y ss.); también en Espinoza Espinoza (2001, p. 103): “La palabra »persona¼ deriva de dos voces griegas: *per* (a través) y *sonare* (sonar) término que aludían a la máscara que usaban los actores del teatro, la cual era una careta provista de unas lengüetas que hacían resonar la voz, de allí proviene la palabra con la cual se asignaba al papel que desempeñaba el actor”; en la doctrina extranjera Siches (1991, p. 95) “[...] sentido originario de máscara en la escena teatral clásica”.

⁹ Sin embargo, es preciso indicar que este autor hace una distinción entre *hombre* como noción biológica, fisiológica y psicológica, *persona física* como el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo y *persona jurídica* como la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos; no obstante, para este autor tanto la *persona física* y la *persona jurídica*, en estricto Persona es una noción elaborada por la ciencia del Derecho y Hombre (ser humano) una realidad natural (1989, p. 126).

Sin embargo, hay que precisar que persona más que una construcción de la Ciencia del derecho, es una construcción de la misma sociedad, un producto de su configuración; en ese mismo sentido, Cfr. Jakobs (1996, p. 25), quien afirma que, “la *constitución* de la sociedad y de igual modo que la persona tiene[n] lugar a través de normas”.

Para más detalle en Kelsen (1988), sobre la relación entre substancia y cualidad véase p. 109 y ss.; ver el objeto y la descripción de ello separadamente, es pensar como el animismo, “la idea de que la persona »tiene¼ deberes y derechos implica la relación entre substancia y cualidad [...], la persona jurídica no es realmente una entidad separada de »sus¼ derechos y deberes, sino su unidad personificada o [...] la unidad personificada de un conjunto de tales normas”; sobre la distinción, también, p. 111 y ss.

De ese modo, para la doctrina civil nacional dominante (FERNÁNDEZ SESSAREGO, 1990)¹⁰, *persona* (natural), es el *ser humano* después de nacido, doctrina que no logra una clara diferenciación *en lo jurídico*, manteniendo una cierta confusión conceptual¹¹.

b. ¿Quién es persona? y ¿qué es persona?

Por otro lado, si bien se hace referencia dentro de la clasificación del *concepto de sujeto de derecho* al ser humano después de nacido (persona natural); *sujeto de derecho* sigue constituyendo –a nuestro entender– un concepto valorativo y no un sustrato biológico. En la actualidad, sujeto de derecho es un centro de imputación de deberes y derechos, en definitiva una categoría normativa.

Desde nuestra perspectiva normativa del “concepto de persona”, ésta la fundamentamos en el pensamiento humanista del maestro Fernández Sessarego, que en 1962 afirmaba, en su magnífica obra “*La noción jurídica de persona*” (FERNÁNDEZ SESSAREGO, 1962, p. 178 y ss.):

Es posible distinguir los dos planos: el del “concepto de persona” y el de “la persona misma” que es el hombre en cuanto objeto. El concepto jurídico de persona es el ángulo para acceder a la persona en tanto que objeto.

Hemos respondido a la pregunta “*quien es persona*”. Y la respuesta ha sido: el hombre en su dimensión de coexistencia, realizando o dejando de realizar determinados valores. Pero este hombre es aprehendido, jurídicamente, a través de una construcción lógico-normativo, mediante la cual se describe y regula la conducta humana intersubjetiva.

El hombre que es persona [...] es aprehendido, en cuanto persona, a través de la normatividad. Es en el plano de la normatividad donde se regulan y

¹⁰ donde plantea el *concepto de sujeto de derecho* distinguiendo e incorporando al de *persona*, así como al concebido y personas no registradas (p. 28), por otro lado, refiere que, “para una mejor construcción técnica y sistemática, reservar el uso del vocablo persona para designar al ser humano después de nacido. Solo así podremos distinguir, desde un punto de vista técnico jurídico, del concebido, que es el ser humano antes de nacer [...]” (p. 33 y ss.) [el subrayado es nuestro].

¹¹ En la filosofía “persona” nombra al ser humano y viceversa; Cfr. Siches (991, p. 95 y ss.), “En filosofía, persona es la expresión de la esencia del ser humano, del individuo humano, esencia que no puede ser captada dentro del mero campo de la ontología, antes bien, es conseguible tan solo en la intersección de este campo con el de la ética. En efecto persona, en filosofía, se define no solamente por sus especiales características ontológicas, sino también por su participación en el reino de los valores éticos [...]”, así persona (humana) puede ser vista como persona con dignidad. De igual modo, Fernández Sessarego (1990, p. 33), “si bien en un lenguaje *filosófico* empleamos dichas expresiones [ser humano y persona] para referirnos al hombre, es conveniente para una mejor construcción técnica y sistemática, reservar el uso del vocablo persona para designar al ser humano después de nacido”, [el subrayado es nuestro]; el mismo Fernández Sessarego (1962, p. 49): “Del teatro la palabra »persona!¼ pasó a la filosofía para designar al hombre y ha saltado al Derecho para identificar al sujeto de los deberes y las facultades jurídicas.”.

describen sus derechos y sus deberes, y a él tenemos que referirnos para aprehender al hombre en cuanto persona del Derecho.

[...] el concepto de persona, el “que” es persona, tenemos que encontrarlo en el plano de la normatividad. Y este concepto de persona [...] es una unidad de una pluralidad de normas, un centro conceptual de imputación de deberes y facultades. Pero este centro ideal tiene forzosamente un correlato objetal que es la conducta humana intersubjetiva, realizando o dejando de realizar valores.

Y así concluye:

La noción de persona se despliega así a través de dos preguntas: “quién” es persona y “qué” es persona. A la primera, al “quién” tenemos que contestar: el hombre; a la segunda, al “qué”, tenemos que responder diciendo que es un centro ideal de imputación de deberes y facultades normativas cuyo correlato objetal es el hombre.

Por tanto, con esto para nosotros se pone manifiesto que, decir que “persona” es el “ser humano” es incorrecto, este sólo representa, en lo jurídico, los derechos y deberes a él atribuidos. El maestro sanmarquino desecha las teorías monistas o unilaterales de persona –puramente normativas y ónticas–, así como las eclécticas, llegando a una síntesis, a una función real-normativa, ante la pregunta *¿Es persona simplemente una formalidad ideal, algo construido, como la “mascara” o la personalidad significa un sustrato, como sería el propio actor que encarna el personaje?*¹².

Un análisis ontológico-existencial nos lleva forzosamente a concluir que sólo el hombre es persona [...]. Sin embargo, esta afirmación, que tiene raíz filosófica, no nos puede llevar a desconocer que el Derecho también es norma y, que por ende, la persona, que es hombre, debe tener su correlato normativo (FERNÁNDEZ SESSAREGO, 1962, p. 176 y s.)¹³.

En efecto, *persona* es una *concepto* normativo; y *ser humano* un *sustrato*, un ser en sí, el objeto de aprehensión, quien a la vez sólo él es persona, pero considero que hay que añadir algo más, que dicho concepto es formado en el contexto cómo se encuentra configura nuestra sociedad –ésta entendida es constante movimiento y contradicción–, es decir, que “persona” es un concepto sociológico-normativo, con sustrato óntico. De ese modo, no es *persona* pura normatividad, pero tampoco como se mostrará –(ver Infra § VII)– es individualidad de tipo normativo-cognitivo.

¹² Ver Fernández Sessarego (1962, p. 53 y en la ed. de 1968, p. 55), de eso modo, se entiende su respuesta, que sólo el hombre es persona como objeto de aprehensión, es decir, el *quién es persona*, así debe interpretarse su pensamiento.

¹³ Fernández Sessarego (1962, p. 176 y s.) En una línea de similar sentido, en torno a la fusión de realidad y valor, Gracia Martín, “*El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito*” en Revista electrónica de Ciencia penal y criminología, <http://crimenet.ugr.es/recpc>, 4 y s.

c. “Persona” en Jakobs

Ahora bien, en Jakobs, *persona* significa tener que representar un papel, es representación de una competencia socialmente comprensible (JAKOBS, 1996, p. 50-51), dicho en otras palabras, quien es portador de un rol en sociedad, es así que, “la característica principal del rol es la de constituir al *individuo* como *persona en Derecho*, porque el hombre no es persona en sí misma, sino recién cuando se “constituye” como persona en Derecho. La persona [...] es una estructura normativa [...] solo así se explica que sea portadora de derechos y deberes” (CARO JOHN, 2003, p. 33 y s.). Para Jakobs, el rol más general es el de comportarse como persona en Derecho, esto es, de respetar los derechos de los demás como contrapartida de los derechos propios¹⁴: no lesionar a nadie; el concepto de persona se limita al de persona en Derecho (JAKOBS, 2004, p 53), en ese sentido, sostiene que personas son destinatarios de deberes y derechos y viceversa, quien es capaz jurídicamente (JAKOBS, 2004, p 51).

Con esto se distingue el binomio (ciudadano) persona / individuo¹⁵ (ser humano - no persona), o en el sentido de la doctrina nacional podríamos decir, *grosso modo*, sujeto de derecho / persona natural. Si bien asumimos un concepto normativo de persona, de aquí en adelante vienen las discrepancias con la propuesta jakobsiana.

¹⁴ Jakobs (2001, p. 68), en donde además se hace referencia, a que el contenido positivo del rol general (común) es el de constituir a la persona en cuanto persona en Derecho, en contrapartida al “lado negativo [de este rol el cual es] el deber de no lesionar a otros [...], su finalidad es una separación de las distintas esferas [de participación] [...]” (p. 68 y s.). En ese mismo sentido, Cfr. Caro John (2003 p. 32): “El rol más general es de *persona en derecho*, lo que con elegante claridad se resume en la famosa frase de Hegel »sé persona y respeta a los demás como persona!⁴.” (citando a Hegel); también en Jakobs (1996, p. 39).

¹⁵ Desde una perspectiva crítica, Gracia Martín (2005, p. 408 y ss.): “en primer lugar, debe indagarse acerca de si para el Derecho penal es sostenible un concepto puramente normativo de persona, pero en segundo lugar, [...] si el sustrato que en todo caso habrá de quedar tras el despojo a alguien de la condición de [...] persona, esto es, el hombre empírico del campo de la experiencia [...], no será portador ya de cualidades immanentes de una negación de validez y de legitimidad a toda actuación sobre él que violente tales cualidades. Si así fuera, entonces no cabría conceder espacio alguno al Derecho penal del enemigo.”; véase, en ese mismo sentido, Fernández Sessarego (1995, p. 81): “la tutela de la persona humana, en su dimensión coexistencial, es incuestionablemente, la misión esencial del derecho.”; Zaffaroni (1990, p. 8): “La consagración positiva de una ontología regional del hombre [...] impone la *consideración del hombre como persona*. Por persona debe entenderse la calidad que proviene de la capacidad de autodeterminarse conforme a un sentido.”. Considero que al tomar ya al ser humano como uno autorresponsable y con capacidad de autodeterminarse, se está ya asumiendo una noción valorativa y, por tanto, normativa de persona, es nuestro modelo de sociedad el que le atribuye tal carácter, es decir, al ser humano se le asume autónomo, autorresponsable, aún cuando la realidad pueda mostrar en casos particulares lo contrario; véase por ejemplo Alcácer Guirao (2001, p. 483 y ss.), quien asume una *noción normativa* de persona, desde la perspectiva del liberalismo político como racional y razonable, distinguiendo además “persona de Derecho” y “persona del Derecho”.

§ III Segunda constatación: no pura normatividad

1 ¿Persona sólo un centro de imputación de deberes y derechos?

En el pensamiento de Jakobs el reconocimiento a un individuo como persona, es decir, como titular de deberes y derechos, no es fijada de manera arbitraria o deliberada, sino con el deseo o más precisamente con la *aptitud* de aquel de aceptar organizarse adecuadamente en sociedad.

Ello, se dice, porque un individuo puede decidir configurar su propia identidad de forma absolutamente independiente a los demás, establecer sus propios parámetros de comportamiento y establecer deberes y derechos distintos e incluso hasta contrapuestos, cuando esto ocurra ya no puede ser tratado como persona en derecho. La consecuencia que traería que cada individuo esboce un mundo particular con pretensión de generalizarse significaría regresar al estado de naturaleza y comportarnos bajo el esquema satisfacción/insatisfacción o que es lo mismo bajo el modelo apetencia/inapetencia, que no es otra cosa que el comportarnos bajo nuestros intereses.

En ese sentido, es que falta algo más –del mero reconocimiento de portador de derechos y deberes– para ser *verdaderamente* (real) persona. A fin de poder orientarnos en una sociedad contando con altos contactos anónimos, el Derecho no sólo debe orientar a los potenciales autores, de que su comportamiento no marca la pauta, no rige, sino también a las potenciales víctimas –que puedan seguir confiando con certeza en el ejercicio de sus derechos pese a su lesión. No debe bastar reconocer en el otro deberes para con nosotros, sino que realmente garantice además que los va a cumplir; el otro debe posibilitar nuestra orientación en el tráfico social –debe prestar un apoyo cognitivo¹⁶.

Jakobs afirma que persona en Derecho no sólo basta considerarla como un centro de imputación de deberes y derechos, sino que además este tiene que aportar un mínimo de orientación cognitiva. En conclusión, “tampoco basta para la constitución de una persona en el Derecho [...] postular un destinatario para deberes y derechos, o incluso limitarse a pensarlo; por el contrario, es necesario que ese destinatario realmente posibilite orientarse con él como persona en Derecho” (JAKOBS, 2005, p. 62). Es significativo el ejemplo que plantea: “quien continuamente se comporta como Satán, al menos no podrá ser tratado como persona en Derecho en lo que se refiere a la confianza de que cumplirá con sus deberes; pues falta el apoyo cognitivo para ello.”.

¹⁶ Así Jakobs (2004, p. 47) llega a la conclusión de que “la conciencia de tener derecho no basta para el uso de los derechos si a ello no se suma la conciencia de que no se producirán [...] pérdidas en los intereses del agente”; en ese mismo sentido, Polaino-Orts (2006a, p. 89): “Jakobs opone la noción “enemigo” a la de “ciudadano” que se siente motivado por la norma aunque [pueda cometer un delito], el enemigo es, [...] el sujeto que siendo especialmente peligroso, no presta la garantía mínima socialmente exigible para que pueda ser tratado como “persona en Derecho”, produciendo una inseguridad cognitiva en su comportamiento.”.

Como he afirmando (ver supra § II. 1. b.), ser persona en Derecho es aquel que se le reconoce deberes y derechos pero, ¿ahora algo más?, y quien además, en Jakobs, preste un apoyo cognitivo, en el sentido de que los demás podrán orientar su comportamiento realmente en sociedad. Aún en el caso de una infracción a la norma, el delincuente con la imposición de una pena entenderá que su conducta fue una organización defectuosa y que no deberá volver incurrir en ella. Este es el marco donde se ubica el *Derecho penal funcional*, el de la vigencia de las normas aún en caso de defraudación.

Un problema que se plantea es el siguiente ¿qué hacer con aquellos sujetos que han dejado de ser un centro de orientación cognitiva para los demás, sujetos en los cuales es imposible confiar en el cumplimiento de la norma y que han decidido vivir al margen del derecho?, en definitiva ¿qué hacer con los “enemigos” de la sociedad?

Estos sujetos, se afirma, han dejado de cumplir *materialmente* su rol de persona, por lo tanto, ya no existen expectativas que mantener vigentes o en vigor, ya no se espera nada de ellos, es decir, en el tratamiento de estos sujetos “la confirmación de la norma cede ante la administración de seguridad.” (JAKOBS, 2005, p. 65). Si la pena pretende garantizar la vigencia de la norma, entendida esta como expectativa normativa en caso de configuración defectuosa (delito) y no habiendo expectativa que garantizar en aquellos quienes no prestan el suficiente apoyo cognitivo: ¿cuál es la función de la pena? En definitiva, en este estadio del proceso, a nuestro entender, ya no existe *pena*, sino solo aseguramiento. El sujeto que llega a tal condición, sin ese apoyo cognitivo, se convierte en enemigo, así como ejemplo en el terrorismo, las redes de tráfico ilícito de drogas o la pornografía infantil. El trato que se le da no es el de un persona, sino de enemigo – excluido de la sociedad: despersonalizados, este es el ámbito del llamado *Derecho Penal del enemigo*¹⁷.

Por tanto, hasta aquí podemos darnos cuenta que el llamado Derecho penal del enemigo sería uno que se apartaría de los fines ordinarios del Derecho penal funcional, es decir, de la reafirmación del ordenamiento jurídico o de la norma infringida conforme a la ideología de la llamada actualmente prevención general positiva¹⁸.

¹⁷ Sobre los precedentes históricos-filosóficos y políticos del Derecho penal del enemigo, véase, Gracia Martín, (2005, p. 303 y ss.); Jakobs (2006, p. 27 y ss.); Pérez del Valle (2008, p. 1 y ss.).

¹⁸ Gracia Martín (2005, p. 379); véase también, en ese sentido, Cancio Meliá (2006): “[...] desde la perspectiva del entendimiento de la pena y del Derecho penal en base a la prevención general positiva, la reacción que reconoce excepcionalidad a la infracción del enemigo [...] es disfuncional de acuerdo con el concepto de Derecho penal. [...] el “Derecho penal” del enemigo cumple una función distinta del Derecho penal (del ciudadano): se trata de dos cosas distintas.” (p. 134), más adelante, “cabe afirmar que el “Derecho penal” del enemigo no es compatible con la teoría de la prevención general positiva, puesto que en él la pena cumple una función divergente e incompatible con el elemento esencial de la culpabilidad-igualdad.” (p. 140). En una línea similar en Perú, Mallqui Herrera (2006, p. 663 y s.)

2 Enemigo

El Prof. Polaino Orts (2006a, p. 77 y s.) señala que, la categoría “enemigo” encuentra sustento en la distinción teórica que el funcionalismo sistémico (?)¹⁹ hace entre “persona” e “individuo” que se corresponde con la distinción entre “sociedad” y “ambiente”. Dicha corriente concibe la sociedad como un *sistema autorreferente y autopoietico que se integra de expresiones de sentido, de comunicaciones*. El mecanismo de autoreproducción (operación autopoietica) propia de los sistemas sociales es la expresión de sentido, la comunicación. Esta se produce siempre entre personas, porque desempeñan una *función* en la estructura social que coadyuva a su mantenimiento; los individuos, forman parte del *ambiente*, del *entorno* no manifiestan *expresiones de sentido comunicativamente relevantes*. La comunicación marca, pues, el límite entre “sistema” y “entorno”, porque ésta se da entre personas y no entre individuos.

En el funcionalismo de Jakobs, el término “enemigo” es una “categoría *científico-descriptivo*”²⁰, en ese sentido, dicha distinción *no es* peyorativa (JAKOBS, 2006, p. 24), sino antes bien *garantista*²¹, en consecuencia las nociones de persona e individuo son limitadas, relativas y puntuales²²; y por tanto, el Derecho penal del enemigo es un concepto analítico y descriptivo, más no prescriptivo (JAKOBS, 2006b, p. 615).

¹⁹ En contra de esta interpretación *ver Infra § VI. 2.*

²⁰ Polaino-Orts (2006a, p. 89); explícitamente Jakobs (2007a): “no es mi propósito convertir a alguien artificialmente en enemigo, sino describir a quien el Sistema jurídico trata como enemigo, y pronosticar a quien atribuirá en el futuro ese papel. No se trata de crear normas, ni mucho menos, de postulados políticos, sino de lleva a cabo constataciones, y de sus prolongaciones.” (p. 21 y s.); “no me he inventado las caracterizaciones del enemigo, sino he intentado destilarlas de las leyes que el legislador ha llamado de combate y de otros preceptos.” (p. 33); “es la propia sociedad la que decide quien está incluido en ella y quien no.” (p. 34).

²¹ Polaino-Orts (2006a, p. 82) así pues: “Cuando de un menor se dice [...], que es “no-persona”, sino “individuo”, no se quiere decir que no disponga de dignidad, ni de derecho alguno, sino que [se] excluye a un sujeto de la participación de un concreto ámbito social [...], significa primordialmente que no le compete administrar segmento alguno de la realidad, que no dispone de derechos ni deberes socialmente reconocidos en ese ámbito [...]”.

²² Polaino-Orts (2006a, p. 83 y s.); por otro lado sobre la existencia del Derecho penal del enemigo, y “algunos mitos” (POLAINO-ORTS, 2006a, p. 187 y ss.); asimismo, un estudio respecto de la evolución del pensamiento del profesor Jakobs, en torno al Derecho Penal del enemigo, en *tres etapas*, Aponte C. (2005): Primero, el texto presentado al congreso de profesores alemanes en 1985 (p. 9 y ss.), donde resalta que la Teoría de la protección de los bienes jurídicos optimiza el Derecho penal del enemigo ello con el objeto de criminalizar *el estadio previo*; segundo, el texto presentado en Berlín en 1999 (p. 21 y ss.), en el cual se incluye expresamente el discurso de *la guerra* y la *institucionalización de la exclusión*; por ultimo, una tercera etapa donde el discurso se radicaliza, tras los atentados del 11 de septiembre en New York y 11 de marzo del 2004 en Madrid, se plantea ya la delimitación, *jurídica* del derecho penal del enemigo y del ciudadano (p. 45 y ss.).

Enemigo es quien incluso manteniendo intacta sus capacidades intelectuales y volitivas, y disponiendo de todas las posibilidades de adecuar su comportamiento a la norma, decide mutuo propio autoexcluirse del sistema, rechazando las normas dirigidas a personas razonables y competentes, y despersonalizándose a sí mismo mediante la manifestación exterior de una amenaza en forma de inseguridad cognitiva, que –precisamente por poner en peligro los pilares de la estructura social y el desarrollo integral del resto de los ciudadanos (“personas en Derecho”) – ha de ser combatida por el Ordenamiento Jurídico de forma especialmente drástica con una reacción asegurativa eficaz. Esta reacción se circunscribe a garantizar y restablecer el mínimo de respeto para la convivencia social: el comportamiento como persona en Derecho, el respeto de las demás personas y – en consecuencia –la garantía de la seguridad cognitiva de los ciudadanos en la norma” (POLAINO-ORTS, 2006a, p. 102).²³

En ese sentido,

[e]l enemigo es un individuo que, no sólo de manera incidental, en su comportamiento [...] o en su ocupación profesional [...] o, principalmente, a través de su vinculación a una organización [...], es decir, en cualquier caso de forma presuntamente duradera, ha abandonado el Derecho, por consiguiente ya no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva del comportamiento personal y lo manifiesta a través de su conducta (JAKOBS, 2004a, p. 44 y s.)²⁴.

De igual manera, García Martín (2005, p. 378)²⁵, describiendo a Jakobs en sentido crítico, refiere que, los enemigos son individuos que rechazan por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y persiguen la destrucción de ese orden y por su especial peligrosidad para el orden jurídico, dado que tales individuos no ofrecen garantías de la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal.

²³ Asimismo, como consecuencias de la erosión de la seguridad cognitiva: 1.- imposibilidad de una razonable confiabilidad en las normas jurídicas 2.- incapacitación normativa de orientar conductas 3.- impedimento de la seguridad completa (POLAINO-ORTS, 2006a, p. 128-137).

²⁴ afirmando además que, “[e]l derecho penal de enemigos es, por tanto, una guerra cuyo carácter limitado depende (también) de cuánto se tema al enemigo” (JAKOBS, 2004a, p. 46).

²⁵ Sin embargo, para el autor “[e]l Derecho penal no tiene como destinatario a la persona jurídica, esto es, entendida como una construcción normativa, sino al hombre, entendido como individuo humano, entonces no debe ser posible fundamentar legítimamente ningún »Derecho penal del enemigo¼, esto es, ningún derecho diferente y excepcional” (GARCIA MARTÍN, 2005, p. 418 y ss.). También García Martín (2003, p. 120 y ss.).

§ IV “La Corroboración de lo normativo por lo fáctico”

Como ya habíamos advertido en el prefacio de este trabajo y lo que se deriva del concepto de *enemigo*, Jakobs exige de todo concepto normativo para ser *real* un apoyo cognitivo. Según lo propuesto por este autor,

el mantenimiento contrafáctico de la norma, sin embargo, no puede ser “infinitamente contrafáctico”, [sería] como inútil, [...] significaría “sin realidad social alguna” [...]. Las normas necesitan de una orientación cognitiva si se pretende que ofrezca orientación; no basta con que puedan ser expuestas como correctas o plausibles, sino que también es necesario que se establezcan (JAKOBS, 2007a, p. 28)²⁶.

Para el profesor alemán,

forma parte de la vigencia real, directora de la conducta, del ordenamiento jurídico, un apoyo cognitivo de la norma, sin embargo, *en lo principal no es una prestación del Estado, sino de los propios ciudadanos, que estos llevan a cabo orientándose cotidianamente con base en el Derecho*. [...] Una expectativa normativa dirigida a determinada persona pierde su capacidad de orientación cuando carece del apoyo cognitivo prestado por parte de esa persona. En tal caso, de nuevo la expectativa normativa es sustituida por la orientación cognitiva, lo que significa que la persona –destinataria de expectativas normativas– *muta* para convertirse en fuente de peligro, en un problema de seguridad que debe abordarse de modo cognitivo. Esto [...] significa que [...] ya no se espera el cumplimiento del deber, la autoadministración ordenada de la persona, *de modo que desaparece el elemento central de la personalidad que presta orientación, es decir, la presunción de fidelidad al ordenamiento jurídico*²⁷, y, con ello, la base del

²⁶ Jakobs (2006c, p. 66). Jakobs (2006a) señala que, “[s]in una suficiente seguridad cognitiva, la vigencia de la norma se erosiona y se convierte en una promesa vacía, vacía porque ya no ofrece una configuración social realmente susceptible de ser vivida. [...] Lo mismo sucede con la personalidad del autor de un hecho delictivo: tampoco ésta puede mantenerse de modo puramente contrafáctico, sin ninguna corroboración cognitiva.” (p. 38); además, “[...] la personalidad es irreal como construcción exclusivamente normativa. Solo será real cuando las expectativas que se dirigen a una persona también se cumplan en lo esencial. [...] Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no solo no puede esperar ser tratado aun como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas.” (p. 47); y que, “[...] sólo es persona quien ofrece una garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal, y ello como consecuencia de la idea de que toda normatividad necesita de una cimentación cognitiva para poder ser real” (p. 50).

²⁷ Críticamente al considerar al individuo como fuente de peligro, Cancio Meliá (2009a): “[...] a pesar de la invocación manifiesta de un solo pilar de apoyo –[...] prevención fáctica – cabe constatar también un elemento de ideología penal [...] un mecanismo normativo distorsionado, una construcción de identidad social” (p. 213); así “[...] la estrella en el arsenal argumentativo a favor de reglas completamente distintas para enemigos [...] está en la cuestión de la *peligrosidad* de los actos de los terroristas y la consiguiente necesidad de su prevención instrumental, al tratarse de una fuente de peligro especialmente significativa” (p. 214); “[...] bajo la apariencia de la toma de medidas eficaces, del discurso preventivista, en realidad aparece el motor de la *demonización* como multiplicador social del Derecho penal del enemigo.” (p. 217).

“negocio jurídico” de la libre autoadministración (JAKOBS, 2006c, p. 65-67) [el subrayado es nuestro]²⁸.

Dicho de otro modo, “*todo aquel que presta fidelidad al ordenamiento jurídico con cierta fiabilidad tiene derecho a ser tratado como persona*”, y quien no lleve a cabo esta prestación, pues será heteroadministrado, lo que significa que no será tratado como persona.” (JAKOBS, 2006c, p. 68 y s.)²⁹

El Derecho penal funcional es a aquel que tiene como misión el mantenimiento de la vigencia de la norma³⁰, garantizar la identidad normativa de la sociedad (JAKOBS, 1996, p. 15 y p. 18). Aquí la norma³¹ no se entiende como imperativo o en el sentido de Binding como una orden pura, no motivada, por la amenaza de la pena (KAUFMANN, 1977, p. 7 y ss.) (v. gr. no matar), ni como un juicio hipotético en el sentido de H. KELSEN, sino como una expectativa normativa que se estabiliza contrafacticamente (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 396 y ss.), es decir, que se estabiliza contra el suceso (LESCH H., 2000, p. 75), a pesar de ser quebrantada (CARO JOHN, 2003, p. 35 y ss.). Las expectativas se derivan, en principio, del rol general de persona en Derecho, del deber de no dañar, como también de los distintos papeles que la persona asuma en los distintos contextos en el cual participa, así por ejemplo el rol de magistrado, de policía, de médico, etc. Aun cuando los intervinientes en los contactos sociales defrauden las expectativas de los demás, o de otro modo, esbocen un mundo distinto y particular con pretensión de regir a futuro, estas se mantendrán vigentes, así por ejemplo a pesar de que un magistrado cobre una suma de dinero con la finalidad de emitir una resolución a favor, la expectativa de que los magistrados ajustan sus decisiones a derecho mantiene su vigencia, la pena niega el sentido del hecho afirmando que el sentido de la conducta del magistrado no rige para los demás, dicho de otra manera, en palabras de Jakobs,

[m]ientras un fallo, se tematice como fallo y no como libertad, el ordenamiento es valido. *Sin embargo, este aspecto contrafáctico no se puede extender a*

²⁸ Jakobs (2007a, p. 33): “[...] una personalidad real, que dirija la orientación, no puede alcanzarse mediante postulados, sino que, al contrario, quien deba ser persona debe “participar”, y eso significa que debe hacer su parte, esto es, garantizar suficiente fidelidad al ordenamiento jurídico. Por consiguiente, la proposición debe ser completada: *todo aquel que promete de modo más o menos confiable fidelidad al Ordenamiento jurídico, tiene derecho a ser tratado como persona en Derecho*. Quien no preste esta promesa de modo creíble será tendencialmente heteroadministrado; se le priva de derechos. [...] En la medida en que se le priva de derechos no es tratado -por definición- como persona en Derecho”.

²⁹ Llama la atención también, que Jakobs (2006c, p. 69) en la nota 9 de su trabajo, critique ahora a determinadas posturas *normativistas*, que han dejado en un segundo plano las condiciones de la realidad del Derecho.

³⁰ Jakobs (1997, p. 14): “misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales, contenido de la pena es una replica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma.”

³¹ Jakobs (2007b, p. 227): “Por norma debe entenderse la expectativa de que una persona, en una situación determinada, se comporta de manera determinada y, [...] debido a su Ser-Persona.”

placer, sino que las personas necesitan también de una cierta seguridad cognitiva para poder vincular su bienestar con el Derecho [...]. En otras palabras, un ordenamiento tiene que estar, en general, revestido cognitivamente (JAKOBS, 2004b, p. 66 y s.) [el subrayado es nuestro]³².

El Derecho penal de aseguramiento o del enemigo no mantiene la vigencia de la norma, ya que no hay expectativa que mantener, de ello deducimos que tampoco hay *pena*, sino sólo pura coacción, el objeto con el cual logra su finalidad ha desaparecido, lo que se *busca es neutralizar el peligro* de quien a decidido no vivir en sociedad y no presta la suficiente garantía de cumplir con sus deberes como persona en derecho³³.

En efecto, la esencia del concepto funcionalista de enemigo es: *el déficit de garantía cognitiva* (POLAINO-ORTS, 2006a, p. 103). Ello es producto de *la necesidad* de un apoyo cognitivo, *como corroboración de lo puramente contrafáctico*, tanto de la vigencia de la norma y de la personalidad del sujeto y, en general, de toda construcción normativa, pues se requiere, como ya se dijo, de la presunción de fidelidad al ordenamiento para ser *real*, o de una adecuada autoadministración, o lo que Jakobs denomina “*corroboración de lo normativo por lo fáctico*” (JAKOBS, 2006c, p. 38)³⁴. “La seguridad cognitiva [...] se convierte, pues, en el Derecho penal de enemigos en el objetivo principal, [...] se trata del restablecimiento de una condiciones del entorno aceptables, por medio de la –*sit venia verbo*– neutralización de aquellos que no ofrecen una garantía mínima cognitiva”

³² En ese sentido, afirma Jakobs: “Todo derecho penal de este tipo tendrá que atender en ciertos ámbitos a su *función latente*, esto es, a la garantías de la seguridad cognitiva [...]” (2004b, p. 67). Así lo ejemplifica Jakobs (2007): “frente a la pregunta de cómo proceder frente a una valiosa bicicleta de deportes con la que se ha llegado hasta la Universidad, la respuesta será la siguiente: »Esté en donde esté, no debe ser hurtada, y si a pesar de ello fuera hurtada, el ladrón debe ser penado 1/4, etc. La persona que ha formulado la pregunta se rige por esta respuesta y coloca su bicicleta sin asegurarla con un candado; es hurtada, pero la respuesta fue correcta; pues no debía ser hurtada, y el ladrón, que ha desaparecido sin rastro, debe ser penado, etc.” (p. 25); luego menciona “que un propietario formal y material sigue siendo, al menos, propietario formal también en caso de hurto, es una cosa; pero que también se mantenga el lado material, la posibilidad de uso, es decir, que no se llegue al producir el hurto, o que, si sí tiene lugar, que se preste una indemnización, es otra cosa, y sin ella, el papel de la persona en Derecho, aquí, el papel del propietario, sólo es adecuado para ángeles sin necesidades, pero no para seres que aparte de tener derechos y deberes, también han poder vivir en el mundo. La personalidad en abstracto no lo es todo [...]” (p. 26).

³³ En el delito de un ciudadano como persona responsable se ve su hecho, en palabras de Jakobs (2006a) como un “*desliz reparable*” (p. 36); o dicho de otra forma, la pena y el delito se mueven en el plano simbólico-comunicativo, nuevamente en palabras de Jakobs (2007a, p. 39): “En el caso normal del delito, la pena es una especie de indemnización que es ejecutada forzosamente a costa de la persona del delincuente: la pena es *contradicción* [...]”; en términos de Polaino-Orts (2006a, p. 108): “el conflicto se reduce a un compensación simbólica de la defraudación de expectativas sociales”; *por el contrario*, el hecho del enemigo afecta la base estructural de la sociedad, se pone en peligro a la misma, o según Jakobs (2006a) atenta contra la permanencia del Estado (p. 36), aquí la pena no cumpliría una función de “comunicación” – como en el Derecho penal del ciudadano –, sino de “*eliminación de un peligro*” (p. 55).

³⁴ En la 1era ed., 2003, p. 37.

(JAKOBS, 2004a, p. 45 y ss.)³⁵. Mientras se garantice presunción de fidelidad u apoyo cognitivo, se estará en el marco del Derecho penal funcional.

§ V No-persona y No-persona

De lo descrito hasta aquí, cae por su propio peso que, podemos darnos cuenta que existe una dualidad³⁶ de “no-persona”. En efecto, la primera, es la referida al no-persona que no defrauda, en modo alguno, expectativas normativas, dado que no se le ha asignado un sector de la realidad que administrar, este no-persona es sin duda el inimputable, son ejemplo de ello los menores de edad y los desequilibrados mentales, en esta perspectiva el funcionalismo sistémico resalta su carácter *garantístico* (cfr. supra § III 2.), ya que no cabría que ellos asuman responsabilidades penales por el hecho de que los mismos no son centro de imputación de deberes, es decir, forman parte de la naturaleza o entorno, dicho de otra manera, no cumplen una función que coadyuve a la estructura social. La segunda perspectiva de no-persona, tiene un enfoque totalmente contrario, y hasta cierto punto contradictorio con la Teoría de los sistemas (ver infra. § VI. 2.), este último es uno *con capacidad de imputabilidad*, en otras palabras, es aquél sujeto a quien se les dirigen expectativas de un comportamiento como persona en Derecho y además está en la posibilidad – autonomía – de defraudar dichas expectativas normativas, pero lo fundamental es que *no ofrece garantía cognitiva* alguna de, en caso de trasgredirlas, no volver hacerlo en el futuro, este es el *imputable peligroso*, estereotipo de ello es *el terrorista*.

Esta dualidad de no-persona, que va desde un “garantismo” hasta un exacerbado punitivismo, muestra la lucha por la primacía de determinado fundamento, a saber: el funcionalismo sociológico de Luhmann y la filosofía de Hegel. Esto es así, pues Jakobs afirma que no basta quedar en el nivel filosófico Hegeliano del *Derecho abstracto*, sino que este debe presentar cierta realidad aunque sea mínima (JAKOBS, 2005, p. 41).

³⁵ Jakobs (2004a, p. 46), afirmando además que, “[e]l derecho penal de enemigos es, por tanto una guerra cuyo carácter limitado depende (también) de cuánto se tema al enemigo.”

³⁶ En ese mismo sentido, Silva Sánchez, 2006b, quien parte de una comprensión diferencial del “no-persona”, el inimputable y el imputable peligroso (p. 986), sin embargo, según este autor, en Jakobs, ninguno de los supuestos se trata como una absoluta no-persona, se trata de casos de reducción del *status civitatis* de ciertos seres humanos, a los que, sin embargo, no se les niega el *status personae* en términos absolutos (p. 988). Además, cabe desprender de este manuscrito, una relativización o mejor dicho una nueva interpretación del *contenido* del Derecho Penal del Enemigo, pues por otro lado, afirma enfáticamente que existe un *Derecho penal del enemigo y Derecho penal de las no-personas*, “en el sentido más estricto de la expresión, es decir, en Derecho penal se trata a seres humanos como animales o cosas [...], se trata [...] de la radical desprotección de ciertos sujetos pasivos.” (p. 988). Estos seres humanos son el concebido y no nacido, así como a seres humanos nacidos hasta cierta edad y seres humanos adultos con determinadas enfermedades (p. 989).

Por mejor decir, aquí su “Derecho penal de enemigos”, esta dirigido a estos últimos, en tanto que el Derecho penal de *las no-personas –pero debiera decir el Derecho penal de la no-persona, (en singular, pues no está dirigido a los niños)–* a los sujetos peligrosos con capacidad de imputabilidad.

Cabe señalar además lo que Jakobs refiere sobre el funcionalismo de Luhmann en una de sus obras más importantes:

La exposición más clara entre la diferenciación entre sistemas sociales y psíquicos, que tiene consecuencias para el sistema jurídico, si bien con una enorme distancia con respecto al Derecho penal, se encuentra en la actualidad en la teoría de los sistemas de Luhmann. Sin embargo, un conocimiento superficial de esta teoría permite advertir rápidamente que *las presentes consideraciones no son absolutas consecuentes con dicha teoría, y ello ni siquiera en lo que se refiere a todas las cuestiones fundamentales* (JAKOBS, 1996, p.16) [el subrayado es nuestro].

1 ¿Despersonalización total o parcial?

Enemigo es quien ha dejado de ser un centro de orientación cognitiva para los demás, ya no se puede, pues, esperar por ejemplo, nada de los miembros de un cartel de la droga o del jefe de la organización terrorista “Sendero Luminoso” Abimael Guzmán R., prueba de ello es la sanción a cadena perpetua a este último.

Ahora bien, cabe hacer una pregunta ¿cuál es el grado de la despersonalización? ¿Significa igualarlo en el trato como a una animal salvaje o como al derecho de cosas? La respuesta es expresa en Jakobs: esta despersonalización, se produce *de modo puntal*, exclusivamente en lo que se refiere al posible uso defectuoso de su libertad. Por lo demás, la personalidad jurídica queda incólume (JAKOBS, 2005, p. 65 y s.). Por lo tanto, se trata, en primer lugar, sólo del aseguramiento de relaciones jurídicas, no de la destrucción arbitraria del otro. En segundo lugar, sólo está permitido asegurarse frente a los delitos precisamente del otro determinado (JAKOBS, 2005, p. 67). Sólo se busca asegurar mas no intimidar, neutralizar el peligro, pero no dar ejemplo con él.

2 Diferenciación (JAKOBS, 2006a, p. 47 y ss.; JAKOBS, 2005, p. 67 y ss. y 70 y ss.)

a. Enemigos como personas

Muchos ciudadanos cometen y cometerán delitos configurando defectuosamente su comportamiento afirmando que este regirá, la pena contradecirá dicha afirmación, de aquí no se concluye que el ciudadano ha dejado de ser un centro de orientación cognitivo, es por ello que los ciudadanos que delinquen no pueden ser tratados como enemigos; la legislación que tiene como inspiración el mero aseguramiento de la sociedad, no le es aplicable, como afirma Jakobs, ello es insoportable³⁷.

³⁷ Así Jakobs (2005, p. 70) afirma: “quien no diferencia con claridad entre enemigo y delincuente civil no debe sorprenderse si confunde los conceptos de ‘guerra’ y ‘proceso penal’.”.

b. Personas como enemigos

Por otro lado, si es insoportable tratar a un ciudadano como enemigo, es deshonesto tratar a un enemigo como ciudadano, ya que faltando el apoyo cognitivo en el enemigo no existe un orientación real, así la probable laxitud de un ordenamiento jurídico –adecuada para un ciudadano– no se ajustaría a los fines de la seguridad de una sociedad; el ejemplo propuesto por el Prof. Jakobs, se da en la punición por los delitos contra los derechos humanos.

c. Conclusión

Al enemigo –en donde no hay expectativa que mantener en vigencia– se le dispensa un trato especial, sólo puro aseguramiento y eliminación del peligro, este tratamiento por ningún modo se debe extender al ciudadano. Este trato especial es en función de su peligrosidad, por el déficit de garantía cognitiva se le aplica la “*pena de alejamiento*” (POLAINO-ORTS, 2006a, p. 145). Por lo tanto, afirma el profesor alemán, las regulaciones del Derecho penal del enemigo y del ciudadano deben estar bien delimitados, a fin de evitar el peligro de la confusión de estas regulaciones: “Es tarea aún recién iniciada de la ciencia, la de identificar las reglas del derecho penal de enemigo, y separarlas del derecho penal del ciudadano para, dentro de este último, insistir aun con mayor firmeza en el tratamiento del delincuente como persona.” (JAKOBS, *apud* APONTE C., 2005, p. 26).

§ VI Tácticas y estrategias: Soluciones al Problema

1 Jakobs desde la perspectiva de Zaffaroni

He decido incluir en este trabajo una breve reseña del pensamiento del Prof. Eugenio Raúl Zaffaroni hablando del Prof. G. Jakobs y del Derecho Penal del enemigo a fin de que puedan ver en él –pues la realidad ha mostrado que, a pesar de la claridad de la postura de Jakobs respecto del Derecho penal del enemigo, siguen existiendo prejuicios– que los antojadizos adjetivos contra el profesor alemán no tienen asidero real.

Dicho ello, cabe nuevamente señalar dos cosas muy ciertas: 1. la mala noticia de la *existencia* del Derecho penal del enemigo en los Estados que se catalogan como Constitucionales; y 2. la intención de los penalistas de contener dicho fenómeno.

Zaffaroni menciona que el objetivo *estratégico* de detener y contener al Derecho penal de enemigo es común en la comunidad académica, pero las *tácticas* para lograrlo no son compartidas.

Así pues, Jakobs, en principio identifica el problema (lo describe: normas que se dirigen a sujetos peligrosos – el enemigo), luego formula un pronóstico: el fenómeno no disminuirá;

en base al pronóstico plantea la *estrategia*: contenerlo, y como *táctica*: la delimitación dentro del Estado de Derecho de un Derecho penal del enemigo. Es por eso que Jakobs enfáticamente menciona que “hasta me resultaría agradable que pudiese disolverse la detestable imagen Derecho penal del enemigo; ahora bien, no veo ninguna posibilidad de una disolución incondicionada, por ello intento conocer y dar a conocer que es lo que pasa, aunque sea detestable” (JAKOBS, 2007a, p. 24)³⁸, en ese sentido Zaffaroni (2006, p. 153, nota 389) afirma, “[e]n rigor *sería injusto reprocharle a Jakobs que asuma con entusiasmo la legislación represiva*: lo que puede reprochársele es su resignada aceptación y la infundada pretensión de aspirar a contenerlas mediante su legitimación pretendidamente parcial.” [el subrayado es nuestro]³⁹.

No es fundado, adjetivar a Jakobs como un “promotor” del Derecho penal del enemigo; por ello, es que advierte E. Zaffaroni,

que cabe *aclarar* que la propuesta de Jakobs [...] es la de la más absoluta buena fe en cuanto al futuro del estado constitucional de derecho, pues, [...] cuando propone habilitar poder punitivo en la forma de mera contención para no personas (entes peligrosos), lo hace imaginando que de ese modo se impediría que todo el derecho penal se contamine y se vuelva del enemigo y, a la vez, permitiría que ambos funcionen en el marco del estado de derecho (ZAFFARONI, 2006, p. 155) [el subrayado es nuestro]⁴⁰.

Jakobs no lo propone para fomentarlo, sino como *táctica* destinada a contenerlo en un círculo de autores y evitar que abarque a todos los criminalizados (ZAFFARONI, 2006, p. 161).

³⁸ Así también lo interpreta Zaffaroni (2006, p. 162): “Jakobs en realidad se proclama enemigo del derecho penal del enemigo, pero cree ahora que es imposible eliminarlo y por tanto, propone contenerlo.”

³⁹ Le alcanza la crítica a Pérez del Valle (2008, p. 2 y ss.) cuando afirma “estoy sustancialmente de acuerdo con Jakobs, no hay más solución que separar –al menos conceptualmente– el Derecho penal ciudadano del Derecho penal del enemigo, cuyas formas invaden la legislación penal de la modernidad.”

Precisa Zaffaroni que la propuesta de Jakobs no esta emparentada con la de Schmit (!) (2006, p. 155); sin embargo, Zaffaroni critica la inconsecuencia de Jakobs por decidirse por conceptos del estado absoluto a diferencia de la propuesta de Schmit por su coherencia a favor del estado absoluto (p. 156). El mismo Jakobs (2007a) refiere que, lo único que hoy debe entenderse como adversario es como adversario de la sociedad constituida en un régimen de libertades a diferencia de Hobbes como adversario del poder establecido (p. 31 y s.), el enemigo que se formula no es el de Carl Schmitt, es decir, al *hostis*, al otro en cuanto adversario existencial, además, [e]n cambio, el enemigo del Derecho penal del enemigo es un delincuente de aquellos que cabe suponer que son permanentemente peligrosos, un *inimicus*. No es *otro*, sino que debería comportarse como igual, y por ello se le atribuye culpabilidad jurídico-penal, a diferencia del *hostis* de Schmitt.” (p. 36).

⁴⁰ De modo *relativamente contrario a ver una absoluta “buena fe”* en el planteamiento teórico de Jakobs, Cancio Meliá (2006), citando a Muñoz Conde, “en relación al concepto de Derecho penal del enemigo, y teniendo en cuenta el gran eco de la teoría de Jakobs en América Latina, es necesario subrayar que esa aproximación teórica no es »ideológicamente inocente¼ [...]” (p. 127), el mismo Prof. Cancio Meliá, dice: “Con toda certeza, cualquier concepción teórica puede ser pervertida usada con fines ilegítimos; no se pretende negar aquí esa realidad.”(p. 127).

1.1 Crítica

La táctica de contención propuesta por Jakobs, que según Zaffaroni es inobjetable desde la perspectiva de una visión estática del poder, se traduce en una desaparición del estado de derecho real y concreto en la realidad dinámica del poder. Y además señala que, no sólo resulta inviable, sino que tiene inevitables efectos paradójales: es la medicina que mata al paciente; ello cuanto existe una continúa dialéctica en el estado de derecho real, concreto o histórico, entre éste y el estado de policía. El estado de policía que lleva en su interior nunca cesará de pulsionar por perforar y estallar las vallas que le coloca el estado de derecho (ZAFFARONI, 2006, p. 163-164; y p. 166)⁴¹. Para Zaffaroni, Jakobs incurre en la contradicción de teoría política al pretender la compatibilidad del concepto de hostis con el estado de derecho.

2 El Derecho penal del enemigo desde la óptica de la Teoría de los Sistemas: ¿inconsecuencia en Jakobs?

Es frecuente identificar al Derecho penal del enemigo [o al menos la táctica de contención] como un producto *necesario o derivado* consecuente de la Teoría de los sistemas autopoieticos (ver supra § III. 2.), lo que sin duda es falso. En términos de Jakobs, como habíamos afirmado, para que exista realmente la comunicación (expectativa normativa), se precisa de un “apoyo” de la conciencia – cimentación cognitiva.

Sin embargo, este posicionamiento –afirma el Prof. Gómez-Jara Díez (2006, p. 991-992)– implicaría una intervención directa de la conciencia en la comunicación, o expresado de otra manera, que el contenido de la comunicación dependa del contenido de la conciencia. Esto no se puede fundamentar desde la Teoría de los Sistemas sociales autopoieticos⁴². Y ello fundamentalmente, debido a que conforme a ésta teoría el contenido de la comunicación no depende del contenido de la conciencia –y viceversa⁴³. La conciencia

⁴¹ De igual manera, Cancio Meliá (2009a, p. 222): “[...] es **ilusoria la imagen de dos sectores del Derecho Penal** (el Derecho Penal de ciudadanos y el Derecho penal de enemigos) que puedan compartir espacio vital en un mismo ordenamiento jurídico [...] el argumento de *control mediante su juridificación* [...] no puede convencer [...] podría pensarse en una especie de tesis de *vasos comunicantes*.” [el subrayado es nuestro].

⁴² En similar sentido, Cfr. Schünemann (2006, p. 982) “[la] perspectiva extremadamente individualista del comportamiento desviado *no se corresponde con los reconocimientos modernos sobre las relaciones que en realidad son sistémicas, y en boca de Jakobs, tomando en cuenta su anterior afinidad con la Teoría de los Sistemas, suena especialmente poco plausible*.” [el subrayado es nuestro]. En ese mismo sentido, Kargl (2007, p. 91) afirmó, que “los sistemas de conciencia se reproducen según Luhmann sobre la base de ideas y los temas sistemas sociales [...] de comunicaciones [...]”. En el contexto de una teoría de los sistemas sociales autopoieticos solo funciona un concepto de comunicación que no se deriva de o, mejor dicho, no se reduce a una acción con intención consiente de un sujeto.”

⁴³ Luhmann (2007, p. 103 y 104), el presupuesto de la diferenciación entre sistema/entorno “sólo es posible a través de la clausura autorreferencial de los sistemas que se están diferenciando. Sin esta clausura, los sistemas no tendrían formas de distinguir sus propias operaciones de las operaciones de su entorno.”

únicamente aporta la energía suficiente para que la comunicación pueda tener lugar; pues no determina ni aporta, en ninguna caso, el contenido de la comunicación. Explicado de la mano de la interrelación entre otros dos sistemas autopoiéticos: al igual que las células nerviosas (sistema biológico) no puede determinar el contenido de la conciencia (sistema psíquico), tampoco la conciencia puede determinar el contenido de la comunicación. De allí la famosa frase de Luhmann: “*los hombres no pueden comunicar [...] ni siquiera la conciencia puede comunicar. Sólo la comunicación puede comunicar.*” (LUHMANN, *apud* NASSEHI, 2007, p. 45).

El quid de la cuestión –continúa el profesor español– radica en que un sistema autopoiético no puede asegurar los presupuestos de su propia constitución, sino que, precisamente, tiene que presuponerlos, la comunicación precisa de la conciencia para poder existir, pero el contenido de ésta no determina el de aquélla; para poder existir la comunicación depende de la conciencia; pero este “apoyo” necesario no es el de la cimentación cognitiva, sino, única y exclusivamente, de la energía e irritación (desprovista de información) necesaria para que subsista el sistema (GÓMEZ-JARA DIEZ, 2006, p. 993).⁴⁴

Entonces, ¿que hacer con la situación desagradable?, el profesor español, expresa que es correcto que se deben identificar esos “pesazos” de Derecho penal del enemigo, sino que además, deben desaparecer paulatinamente, pues el Derecho penal del enemigo amenaza con contaminar al Derecho penal del ciudadano. En ese sentido, siendo coherente con asumir la Teoría de los sistemas sociales Autopoiéticos, Gómez-Jara Diez, propone en insistir en la normatividad del concepto ciudadano y en la facticidad del concepto enemigo, es decir, se trata de orientar el sistema jurídico-penal hacia sí mismo, esto es, de “autoorientarse” (GÓMEZ-JARA DIEZ, 2006, p. 1.000).

2.1 Crítica

Sin negar la descripción ofrecida por G. Jakobs, Gómez-Jara Diez afirma que, en las últimas contribuciones existen dosis de *legitimación y prescripción* (GÓMEZ-JARA DIEZ, 2006, p. 999), al plantear (Jakobs) que debe separarse el Derecho penal de ciudadano y el Derecho penal de enemigo y evitar una combinación. Para Gómez-Jara Diez, el Estado de Derecho se “aniquila” a sí mismo en la medida en que “se traiciona” al introducir una legislación que contradice sus fundamentos de su propia existencia. En cualquier caso, *la respuesta definitiva solo podrá ofrecerla el decurso de los acontecimientos venideros en los próximos tiempos* (GÓMEZ-JARA DIEZ, 2006, p. 1.002).

⁴⁴ La contracrítica de Polaino-Orts (2009, p. 299), no resulta convincente, más aún cae en un círculo vacío, ya que la peligrosidad o el déficit de seguridad cognitiva no se deriva sino de la conciencia, y su falta hace precisamente al destinatario, según el autor, comunicativamente inidóneo. Si ello no fuera así, surge una pregunta ¿de donde deriva la falta de seguridad cognitiva?, la respuesta se encuentra de nuevo en la conciencia del SER HUMANO.

De mi parte considero que, no se trata de una inconsecuencia con las tesis de Luhmann, como ya he señalado (ver *supra* § V), sino que se trata de un Sistema penal propio, donde la filosofía de Hegel cobra mayor relevancia.

En este punto, quiero coincidir con los autores arriba señalados, que el mayor mérito de la propuesta de Jakobs es la claridad y la frontal sinceridad con que se define al problema (ZAFFARONI, 2006, p. 154; GÓMEZ-JARA DIEZ, 2006, p. 983 y ss.) y lo afortunado en la utilización del término “Derecho penal del enemigo.”.

§ VII Crítica⁴⁵ a la “*corroboración de lo normativo por lo fáctico*” de Jakobs

Jakobs critica a las posturas “normativistas” –de reconocer a todos los seres humanos como personas– de ser muy cómodas e ilusorias (JAKOBS, 2006, p. 15, prólogo, en la edición de 2003, p. 13), pues evaden la problemática en cuanto no dicen nada de cuáles son *las condiciones* para que el ordenamiento jurídico dirija verdaderamente la conducta de las personas. Pues bien, a fin de no caer en ese “normativismo”, es preciso abordar si es que realmente toda construcción normativa en general y cada ciudadano individualmente considerado [persona, en particular] tiene que prestar un apoyo cognitivo –presunción de fidelidad– para configurar la realidad de su *status civitatis* y del orden jurídico. Aquí, asumo lo expresado por el profesor y normativista más grande del siglo XX (KELSEN, 1953, 140 y ss.), de quien se desprende que no hace falta tal requisito, esto con un ejemplo:

En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos ordenes se dirigen no se conforman ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo.

Con ello, Kelsen afirma:

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Sino el orden normativo ya no tendría ningún sentido.

⁴⁵ En ese apartado consecuente con nuestro planteamiento del problema (ver *supra* § I), tomamos posición acerca de si la vigencia del Ordenamiento jurídico requiere un aseguramiento cognitivo.

La teoría del Derecho generalmente considera que la eficacia es una consecuencia de la validez de la norma; así una norma es válida y, luego, si esta es acatada, se dice, que es eficaz; sin embargo lo contrario es lo correcto. La tesis de la denominada “*corroboración de lo normativo por lo fáctico*”, es un problema de “*validez y eficacia*”. Al exigir Jakobs que la vigencia de norma así como la personalidad del sujeto han de estar revestidos cognitivamente, o lo mismo, que cada participante del tráfico garantice el cumplimiento de sus deberes, esta invirtiendo el problema, pues la construcción de los sistemas jurídicos no depende del *actuar* del individuo⁴⁶, entidad cualitativa y no sólo cuantitativa. Por el contrario, todos los sistemas al instituirse (validez) *presuponen* (ex ante) que a quienes se dirigen van a cumplir las normas (eficacia), pues justamente a quienes ellas se dirigen son *sus autores* (legitimidad). La “realidad” del derecho, normativamente válido y orientador de conductas, no se mide en función de la conciencia del sujeto, de su peligrosidad o fidelidad al derecho, pues esto constituye lo *posterior* que puede o no ocurrir ya aisladamente o ya masivamente, respectivamente, sino que esta “realidad” está en *presuponer su eficacia como condición*, y es ésta la que verdaderamente orienta el comportamiento de las personas. La “realidad del derecho” presupone su *eficacia*, es decir, su conformidad –con Kelsen decimos en cierta medida–, de la conducta de los individuos a quienes rige.

Hay, pues, una relación entre validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida conformes a ese orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per qua non*.

La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez (KELSEN, 1989, p. 36) [el subrayado es nuestro].⁴⁷

Ahora bien, hay que enfatizar que no se está se negando que no se requiera dicho apoyo cognitivo, pues esto no es una cuestión trivial o baladí, lo que afirmamos es que dicha cimentación es una condición de la *totalidad* del sistema como efectividad en la construcción del sistema jurídico, tal como lo expresa el ejemplo de Kelsen: los hombres, a quienes se dirigirán las normas *posteriormente* creadas, están dispuestos a aceptarlas.

⁴⁶ Véase en García Amado (2006), una crítica a Jakobs desde la Teoría del Derecho, asumiendo la perspectiva en la cual la eficacia se deriva *ex post* de la validez de la norma. Este autor considera que se está comparando erróneamente la eficacia normativa *con* la desobediencia subjetiva, se esta asumiendo la pérdida de la juridicidad de una norma que no se cumple ni se aplica (ineficacia) con la pérdida de la personalidad de un sujeto que no se atiene a la norma, aunque esta sea eficaz (p. 889); así el autor señala: “La incongruencia de la comparación que Jakobs hace proviene que está asimilando un caso de incumplimiento masivo de una norma por multitud de sujetos al caso de un sujeto que cumple “masivamente” una o varias normas, y estas no son entidades parangonables en modo alguno.”(p. 892). Esta crítica es no correcta –al estimar la relación de modo inverso–, principalmente, porque el concepto de “personalidad” no se pierde, en tanto, este es ya eficaz antes de la construcción del sistema.

⁴⁷ Hans Kelsen, “*Teoría Pura del Derecho*”, pp. 36. [el subrayado es nuestro].

Si la revolución es victoriosa, en donde aún no hay normas que aún rijan, la conducta de los hombres ya es conforme a ese futuro orden. El conjunto de normas *ex post* creadas sólo es una constatación de la efectividad del comportamiento a quienes se dirigen dichas normas.

Por lo tanto, la eficacia como condición de la validez del ordenamiento jurídico en su conjunto quiere decir que la correspondencia *general* de las conductas de los hombres es ya conforme al orden jurídico que se instaurará, por tanto, no se requiere que los hombres en particular (*ex post*), –como deber– presten presunción de fidelidad al ordenamiento jurídico, en cada contacto social, para hacerlo real en general o construir su *personalidad* en particular. ¡El refrendo cognitivo ya está dado!

Por otro lado, es preciso indicar que la idea que se expone aquí, de la eficacia como condición de la validez de la *totalidad* del ordenamiento jurídico, no es caer en el ontologismo –como alguno podría presuponer– más eso sí podría decirse del apoyo cognitivo como refrendo de lo normativo (corroboración de lo normativo por lo fáctico) en los elementos particulares del sistema (personalidad o vigencia de la norma) –y con mayor fuerza. Pongámonos en el supuesto que se critique a nuestra posición de ontologista: si la tesis de la correspondencia *general* –no absoluta– de las conductas de los hombres que es ya conforme al orden jurídico que se instauraría sería en estricto fáctico u ontológico, entonces la correspondencia *individual* del comportamiento (refrendo o corroboración) a fin de garantizar la confianza en la norma y la personalidad misma (deber mínimo de civilidad), también debiera ser considerado ontológico, pues ambos se encontrarían en el mismo plano (ontológico); si bien en nuestra posición la cimentación cognitiva –que no negamos– es *ex ante* y en la potencial crítica es *ex post*, al fin y al cabo ambos estarían en el mismo plano. No obstante, la crítica no es correcta. Además, pondría en claro en lo que cae la tesis de Jakobs, pues en nuestra posición el apoyo cognitivo es un *presupuesto* y, por tanto, algo no acaecido, en cambio en Jakobs la exigencia del apoyo cognitivo es fáctica, constatable para el sistema penal y en específico por el legislador. Ahora bien, si desde el Derecho penal del enemigo se insiste, que se trata de un elemento compuesto, es decir, *normativo-cognitivo*⁴⁸ (?) y no enteramente fáctico u ontológico (que se quiere evitar), creo que este *nuevo* elemento demostraría lo contrario, que se estaría introduciendo elementos extraños o exógenos, y por tanto, incompatibles con el sistema jurídico.

Con todo, no es correcto considerar que la eficacia como condición de la validez de las normas sea ontológica, pues en Kelsen, la norma fundamental, y la idea de la correspondencia de los comportamientos de los hombres es conforme al futuro orden (ejemplo de la revolución), es un presupuesto epistemológico, una hipótesis para la existencia

⁴⁸ Véase sobre este doble fundamento “*cognitivo-normativo*” de la norma, en Polaino-Orts (2009, p. 266 y s.).

del sistema jurídico, una condición de trabajo para construir la ciencia del Derecho. Por ello, es que al menos bajo la idea que expreso no se cae en un ontologismo –y por cierto no veo tampoco lo ontológico algo que haya que evitar de forma definitiva.

De igual manera, la explicación de *la fuerza vinculante de la norma* está precisamente en el carácter *presupuesto* de la eficacia, es decir, de los comportamientos conforme a la norma de conducta que se institucionaliza. Así pues, una norma es válida si es conforme a la norma anterior, pero ¿cuál es la razón de la validez de la primera norma –anterior (o sea de la constitución)? Ésta recae en un *juicio de validez*⁴⁹, es decir, el juicio mediante el cual *uno debe comportarse conforme a la constitución*; ahora, este juicio ¿es arbitrario? No, se basa precisamente en presuponer la eficacia de las normas, pero no sobre un hecho natural de que todos se comportan efectivamente conforme al nuevo orden jurídico (por ello hablo de correspondencia *general y no absoluta*), sino de lo que se espera que se realice, pues si ocurriría lo anterior no haría falta el ordenamiento jurídico –como Kelsen señala–, además que llevaría caer en la falacia naturalista de “*derivar el ser del deber ser*”. La eficacia, por tanto se toma no como hecho en correspondencia *absoluta* al nuevo orden, pues del hecho (*ser*) no puede derivarse el *deber ser*. En ese sentido, tal como ocurre con la norma (en sentido de Kelsen), la personalidad del sujeto no desaparece por su peligrosidad fáctica, ésta no anula su validez como concepto, pues la validez normativa de la personalidad, así como de la vigencia de la norma (expectativa en el sentido de Luhmann) no decae, ya que ésta es construida *ex ante* como presupuesto del sistema, siendo por tanto no disponible (!) por el legislador ni por el individuo, que se dice se despersonaliza a sí mismo.

También de ese modo, Cancio Meliá critica a Jakobs de la siguiente manera

[...] desde la perspectiva del Derecho en su conjunto claro que para su efectividad, para su vigencia real, es necesario cierto apoyo cognitivo –de lo contrario, no sería mas que un orden posible, un sistema normativo postulado, no un Derecho real–. Pero ésta es una *condición previa extrasistemática y global (un presupuesto)* –referida a la vigencia del ordenamiento en su conjunto– del ordenamiento jurídico (penal), no un análisis individual interno de ese ordenamiento, a determinar autor por autor (CANCIO MELIÁ, 2006, p. 149) [el subrayado es nuestro].

En efecto, si bien es *necesario* un apoyo cognitivo para ser de un ordenamiento jurídico un medio idóneo para la orientación de los comportamientos, y no ser un mero derecho postulado como lo dice Jakobs –algo así como un programa de buenas intenciones– este, pues, sólo se entiende si la generalidad de las normas se estatuyen como condición de ser cumplidas: nuevamente la efectividad es *condición* de la validez de las normas. Es correcta

⁴⁹ Respecto del concepto de validez de la norma en Kelsen, véase Santiago Niño (2003, p. 10 y ss.).

la tesis de la “*corroboración de lo normativo por lo fáctico*” si se entiende ésta en la totalidad del sistema.

No obstante Jakobs (2007a, p. 27), citando también a Kelsen, considera –lo que no hace este último autor– que es necesario extender el requisito de la eficacia, “*corroboración de lo normativo por lo fáctico*”, también a cada elemento del Derecho; esto desde nuestra perspectiva no es sostenible, por cuanto significaría crear un sistema de derecho para cada individuo, en tanto que implicaría que la eficacia de la norma que se dirige a cada uno, tenga que ser corroborada en cada contacto social.

Por otro lado, la exigencia de la “*corroboración de lo normativo por lo fáctico*” para cada elemento del Derecho tiene como consecuencia la validación del Derecho Penal del enemigo. En este punto, quiero reiterar la *existencia* indudable de dicho Derecho en las legislaciones de los Estados constitucionales, en otras palabras, la existencia de normas que desconocen al sujeto como persona, tomándolo como fuente de peligro al perderse en él la presunción de fidelidad al Derecho, heteroadministrándolo; por tanto, el *diagnóstico* es verdad. También que el Derecho de Penal del enemigo es *Derecho*, ello desde un punto de vista iuspositivista el cual asumo⁵⁰. Asimismo, considero que el *pronóstico* será

⁵⁰ ¿El Derecho penal de enemigos es “Derecho”?, efectivamente lo es, desde una perspectiva iuspositivista de tipo “*metodológico*”, el cual asumo; por tanto, sí se trata de Derecho, ya que este al menos no debe definirse según propiedades valorativas, sino solo tomando en cuenta propiedades descriptivas, ello no significa que uno este obligado a reconocer y acatar todas normas jurídicas como plantearía el positivismo “*ideológico*”; asimismo, no significa desconocer principios morales y de justicia universalmente válidos (lo que el iusnaturalismo plantearía como exigencia a la hora definir el Derecho), pues estos pueden plantearse, pero no deben determinar el contenido de lo que *es Derecho*; véase, con más detalle, Santiago Niño (2005, p. 37 y ss.).

En contra de considerarlo Derecho, Cancio Meliá (2006), para quien, el Derecho penal existente –el que contiene normas de “Derecho Penal” del enemigo– no forma parte *conceptualmente* del Derecho penal; pues aquél solo demoniza determinados infractores y es un derecho penal de autor (p. 125 y ss.), por tanto, no cabe un *Derecho* penal del enemigo por ser disfuncional con el *concepto* de Derecho penal (p. 134); en igual sentido, en el ámbito nacional, Urquizo Olaechea (2007), “el planeamiento del Derecho penal del enemigo desarrollado en los márgenes del Derecho penal [...] es un falso dilema, porque en realidad no hay nada de Derecho Penal en él [...] solo un reflejo o espejismo.” (p. 238), refiere además, “no es finalidad del Derecho Penal patrocinar la “exclusión” (p. 256). Por otro lado, si seguimos el razonamiento de Silva Sánchez de 1992 ante la pregunta *¿es sostenible una tercera velocidad de Derecho penal?*, y la respondemos con su “*Aproximación al Derecho penal contemporáneo*”. Barcelona: Bosch, 1992, se verá que la respuesta se obtendrá con ésta otra pregunta previa: *¿dónde situar la especificidad del Derecho penal moderno?*, la única conclusión posible es que lo “propio”, lo “característico” del Derecho penal moderno no se halla en lo “penal”, [...] pues este fenómeno ha existido siempre, [...]. Su especificidad se encuentra [...] en ser “Derecho”, en la juridificación del fenómeno punitivo, en el sometimiento del mismo al cumplimiento de una serie de fines trascendentales a lo punitivo y de contenido garantístico” (p. 192), de allí que entonces no es sostenible ningún Derecho penal de enemigos.

A favor de considerarlo Derecho, Jakobs (2007a, p. 35), “El Derecho penal del enemigo sigue siendo Derecho en la medida en que vincula a su vez a los ciudadanos, mas exactamente, al Estado, sus órganos o funcionarios en la lucha contra los enemigos.”.

Así las cosas, desde el positivismo “*metodológico*”, no es del todo acertado lo que afirma Cancio Meliá y Urquizo Olaechea, por cuando al parecer estarían atendiendo a contenidos *esencialistas*, propios del iusnaturalismo. Quien expresamente lo hace es García Caveró (2006, p. 266); así también estaría planteando una suerte de Derecho penal del enemigo Constitucional (¿?), que respete la dignidad del ser humano (GARCÍA CAVERO, 2006, p. 267 y 275).

desalentador, es decir, que ese fenómeno crecerá –flexibilización de garantías procesales y dogmáticas–, a pesar de ello, soy también de la idea, en la *estrategia de contenerlo*.

Como *táctica de contención*, es preciso que el programa del Derecho penal del enemigo *deba* ser eliminado, esto es, no compartir la propuesta de Jakobs, más precisamente *su* táctica de contención, que consiste en delimitar en un sector del ordenamiento jurídico al Derecho penal del enemigo a fin de que no llegue a contaminar todo el Derecho penal del ciudadano, ya que la pretendida línea divisoria terminará por ser fragmentada fácilmente por el pulsionar del poder arbitrario que desde siglos se ha intentado contener. Entonces, ¿Qué con los terroristas o la gran criminalidad? ¿Qué hacer? La respuesta simplemente –en tanto Derecho Penal– es, *nada* (¡!). En efecto, al Derecho y en particular al Derecho Penal no se le puede exigir más allá de lo que se le ha asignado, él solo puede esperar que un ciudadano, así este tenga la intenciones de destruir al Estado de Derecho, *exteriorice* un comportamiento arrogándose ámbitos de libertad ajenos para intervenir, no antes, no tiene porque anticiparse; si no se exterioriza un comportamiento lesivo, el derecho penal no hará nada.

De igual manera,

El orden del día político-criminal es el siguiente: debe eliminarse el “Derecho penal” del enemigo que está entrando en las legislaciones penales. [...] *es ilusoria la idea de un confinamiento del Derecho penal del enemigo a determinados límites mediante su juridificación*, [...] el “Derecho penal” del enemigo constituye [...] un desarrollo degenerativo en el plano simbólico-social del significado de la pena y del sistema social. [...] el “Derecho penal” del enemigo contamina con especial facilidad [...] el Derecho penal ordinario (CANCIO MELIÁ, 2006, p. 144 y ss.) [el subrayado es nuestro].⁵¹

a. Terrorismo-Derecho Penal-Estado de Derecho: “economía del pensamiento”

¿Significa una invitación para que los terroristas ingresen a nuestro país y destruyan las instituciones? Si significa una invitación, entonces lo están. Si miramos sólo a estos tres agentes: *terrorismo-Derecho Penal-Estado de Derecho* (el primero el peligro del que hay que defenderse, el segundo el instrumento de la defensa y el tercero el defendido), entonces reducimos la complejidad del problema y tomamos posiciones, de alguna forma en palabras del Prof. Zaffaroni, resignadas, como la de Jakobs, pues *este trimónio no es*

⁵¹ Véase así también en la nota (66). El mismo en Cancio Meliá (2008) haciendo suyas las palabras de Lord Hoffmann indica: “[la regulación excepcional] [...] no es compatible con nuestra constitución. La verdadera amenaza a la vida de nación [...] no proviene del terrorismo sino de leyes como estas. Ésta es la verdadera medida de lo que el terrorismo puede llegar a lograr. Es el parlamento quien debe decidir si otorga a los terroristas tal victoria.”.

funcional, y por cierto, la respuesta a la pregunta dejaría de tener una cierta carga emotiva desagradable de una “invitación”.

Efectivamente, es muy común tratar de *economizar el pensamiento*, mejor dicho minimizar esfuerzos, querer solucionar problemas con lo que se tiene a la mano –y por cierto muy a la mano de *los legisladores* esta el Derecho penal. El terrorismo es un problema ideológico-político, no jurídico, es por ello que todos los intentos en querer definirlo han sido limitados o han terminado en fracaso ¿Qué es el terrorismo?, el de los grupos subversivos, el de Estado, el de las formas de los medios de comunicación, de la economía, todo ello es altamente complejo, en donde los factores de contradicción responden sobre todo a formas de organización social. Es “más económico” pensar que el terrorismo, del tipo subversivo, al que está orientado el Derecho penal de enemigos, busca destruir el Estado y nuestra forma de organización.

Esta *relación* se aclara con *la parábola del verdurero*: Si una persona acude a la verdulería y pide que le vendan un antibiótico por una enfermedad que padece, el verdulero le indicará, con sentido común, que se dirija a la farmacia por que él solo vende verduras. Como dice muy bien Zaffaroni, lo correcto es que procediéramos como el sabio verdulero: nosotros –los penalistas– sólo sabemos decidir cuando se habilita o no poder punitivo y también sabemos que, en el caso, esto no sirve o no alcanza para resolver el conflicto⁵². Al Derecho penal no le puede preguntar sobre qué hacer con el terrorismo y si se la hicieran debiera responder sencillamente no sé; no está en su marco conceptual resolverlo. Ahora, ante los verdaderos culpables de este problema: los legisladores, cabe como penalistas y símiles del sabio vendedor de verduras, dejar esta labor a otros medios de control social formales e informales. Por cierto, no significa que nos quedemos con los brazos cruzados aguardando lo que pasará, sino insistir en las bases fundamentales del Derecho.

En definitiva, para nosotros, *el Derecho penal del enemigo*, tomando a modo particular las palabras de Jakobs, *no presta una garantía cognitiva mínima al Derecho penal del ciudadano de que se mantendrá limitado, por lo tanto, lo que le queda es asegurarse contra aquél y eliminarlo, pues pueda que destruya los cimientos del Estado de Derecho; su sola presencia ya es una amenaza.*

⁵² Véase, Zaffaroni (2006, p. 181); en ese sentido, pero desde otra línea dogmática, Cancio Meliá (2006): “No es que no se quiera abordar la cuestión de qué hacer con esos autores, es que jurídico-*penalmente*, nada se puede hacer más allá de la pena. Ello es así porque el Derecho penal muestra una definición funcional que lo restringe a la respuesta derivada de la culpabilidad.” (p. 147 y s.); “[...] No es, por tanto, que desde la perspectiva aquí adoptada no se quiera reconocer el problema de los sujetos culpables peligrosos [...] sino que se afirma que el Derecho penal presenta una barrera definicional que le impide catalogar de este modo a determinados sujetos si al mismo tiempo afirma su carácter responsable.” (p. 148 y s.).

§ VIII Sobre la legitimación del Derecho penal del enemigo

Una de las cosas que provoca la atención es cuando se hace la pregunta de si Jakobs legitima⁵³ el Derecho Penal del enemigo, y a esta pregunta hay que diferenciarla de *aquella* sobre la legitimidad misma de las normas dirigidas al enemigo. Sobre esta última, tiene razón Jakobs cuando menciona que en una Democracia dichas normas no pueden ser ilegítimas *per se* (JAKOBS, 2006b, p. 615)⁵⁴; no obstante, de aquí no se deriva que deban ser acatadas o aplicadas ante su evidente o aproximada inconstitucionalidad (control difuso constitucional –Art. 138 del CPP), pero hay que completar la idea: *¡no son razones concluyentes para actuar!* Ahora bien, respecto de la primera pregunta, Jakobs ha expresado que es el Estado quien legitima dichas normas (JAKOBS, 2006b, p. 615), y aunado a su expresa respuesta de que él sólo describe, se desprende que Jakobs en ningún momento legitima el Derecho penal del enemigo. Sin embargo, de las obras de Jakobs, a mi parecer definitivamente sí lo legitima (claro no entusiastamente, ya que él preferiría que la detestable imagen del Derecho penal del enemigo desapareciera), pues para él el Derecho penal de enemigos cumple una prestación positiva al servicio del Estado de Libertades. El programa del Derecho penal del enemigo y su juridificación mediante su delimitación *en el contexto actual*, está pensado en este autor, como la forma mas óptima a fin de que el Estado de Derecho no sucumba, ante la deliberada emisión de normas –violatoria de principios– que se dirigen a enemigos y están en la alta probabilidad de que se confunda a los ciudadanos con aquellos, y se produzca una expansión que termine por contaminar todo el ordenamiento jurídico de normas que no se corresponden con el modelo liberal de Estado; así como la idea de que el Estado no puede poner negligentemente en juego su configuración y la seguridad de los ciudadanos. Ciertamente es mi perspectiva, pero sin el ánimo de descalificar la legitimación, ya que he mencionado que si existiera la misma esta es positiva en el autor, mas no la comparto. Esta conclusión mía, puede verse reflejada, en alguna manera, en ese 5% de legitimación que el Prof. Polaino-Orts relata en una respuesta de Jakobs ante la pregunta si legitima o no.

No obstante, esta respuesta afirmativa genera escandalización, cuando se parte de presuponer –o por mejor dicho del prejuicio– a un Jakobs promotor de Estados totalitarios,

⁵³ Una perspectiva distinta es la del Prof. Caro John, (2006, p. 647 y s.), quien cuestiona que el “enemigo” deba entenderse como una categoría valorativamente neutral, pues, señala el profesor peruano: “Los argumentos de una despersonalización parcial y una autoexclusión potestativa [...] son [...] valoraciones”; así como “que es necesario establecer en qué punto las fronteras del riesgo permitido son cruzadas.”.

El Prof. Polaino-Orts (2006b, p. 710 y s.), responde que con estas afirmaciones se estaría “defend[iendo] la existencia de elementos prescriptivos en la configuración del Derecho penal del enemigo”, pero esto es incorrecto afirma el prof. español, por cuanto el prof., Caro J. estaría confundiendo la autocomprensión con la heterocomprensión de la sociedad; pues con el Derecho penal del enemigo no sólo se describe su existencia sino que se está autodescribiendo la sociedad (la interiorización de la norma y la valoración de las expectativas).

⁵⁴ Así también Polaino-Orts (2006c, p. 408); el mismo Polaino-Orts (2006b, p. 696).

o conservador y represivo, sin embargo, cuando se desvanece esas infundadas y provocativas “críticas”, no hay motivo para afirmar que Jakobs efectivamente lo legitima.

Finalmente, ello no significa que la propuesta de Jakobs sea la única, a fin de salvar al Estado de Derecho, y por tanto, que su legitimidad sea asumida, ya que sólo dentro de la lógica científica de Jakobs, y sólo de él, es que se legitima, lo que no nos lleva a compartir dicho planteamiento. Ni tampoco considero como ha señalado el Prof. Polaino-Orts que el Derecho penal del enemigo sea el *verdadero garantismo*⁵⁵.

§ IX Conclusiones

1. El Derecho penal de enemigo es una realidad en las legislaciones de los Estados occidentales constitucionales;
2. el binomio sociedad/entorno dentro del funcionalismo sociológico de Luhmann, parte de la tesis de *la clausura autorreferencial* entre estos dos sistemas, es decir, de que el contenido de la comunicación no depende del contenido de la conciencia. Por lo tanto, no es sostenible un Derecho penal de enemigos dentro del funcionalismo sociológico (sistémico);
3. el binomio persona/individuo o ciudadano/enemigo se corresponde con las tesis de la necesidad de hacer real aunque sea de forma mínima todo concepto normativo: “*corroboración de lo normativo por lo fáctico*”, donde *priman las tesis filosóficas de Hegel*;
4. el Derecho penal funcional jakobsiano, se encuentra en tensión entre el funcionalismo sociológico de Luhmann y la filosofía de Hegel: tensión que muestra una divergencia dogmático-conceptual entre sus defensores;
5. para ser *realmente* persona, en la perspectiva de Jakobs, no basta ser un portador de deberes y derechos, sino que además podamos orientar nuestra actuación con él;
6. el fundamento *científico* sobre la existencia del Derecho penal del enemigo, es que todo concepto normativo precisa de cierta “materialización”, para ser *real*. El enemigo es un individuo quien se ha apartado de modo duradero del derecho y no presta cierto “apoyo cognitivo”. El fundamento de la categoría enemigo reside en un déficit cognitivo, es decir, en su “peligrosidad”;

⁵⁵ Siguen esta línea Caro John (2006, p. 641 y s.); Cancho Espinal (2006, p. 636).

7. el Derecho penal del ciudadano se dirige a la persona como ciudadano respetuoso del derecho, su comportamiento delictivo se ve como un desliz reparable, la pena niega la afirmación de que la norma no rige. El Derecho penal del enemigo se dirige al individuo peligroso, siendo que no hay expectativa que mantener sólo resta asegurarse contra él, no hay pena sino sólo pura *coacción puntual*, hasta eliminar el peligro por el uso defectuoso de su libertad;
8. desde nuestra perspectiva normativa –resuelta en 1962 por el iusfilósofo Fernández Sessarego– “persona” *es un centro ideal de imputación de deberes y facultades normativas cuyo correlato objetual es el hombre, quien solo él puede ser persona y además necesariamente todo hombre es “persona”, como presupuesto del sistema de Derecho actual*;
9. la tesis de la “*corroboración de lo normativo por lo fáctico*”, es un problema de “*validez y eficacia*”. La eficacia del derecho no se constata *ex post*, pues lo contrario es lo correcto: la eficacia es una condición de la validez del Derecho: Todo sistema normativo construido se corresponde previamente a la conducta de los hombres a los cuales se dirige, pues estos son sus autores;
10. Terrorismo-Derecho Penal-Estado de Derecho *no es un trimónio funcional*, creer que al Derecho penal le corresponde combatir el terrorismo es reducir la complejidad del problema, ello en base a la tesis implícita de la “*economía del pensamiento*”;
11. el Derecho penal del enemigo debe ser eliminado de la legislaciones nacionales, nuestra ciencia esta en la capacidad de dotar a *todo* ser humano de las garantías suficientes a quién a infringido la norma y sancionar su comportamiento: *El Derecho penal del enemigo, no presta una garantía cognitiva mínima al Derecho penal del ciudadano de que se mantendrá limitado, por lo tanto lo que le queda es asegurarse contra aquél y eliminarlo*;
12. para aquellos quienes consideran que la existencia de un Derecho penal del enemigo es necesaria para asegurar la vigencia de un Derecho penal del ciudadano, deberán considerar la aplicación excepcional de dichas normas, señalar explícitamente que se trata de Derecho penal del enemigo y a quien lo aplican es una fuente de peligro del cual ya no esperan nada de él. ¡Ser consecuentes!;
13. para quienes, consideramos que un Derecho penal del enemigo amenaza con destruir el Estado de Derecho, la doctrina que pretendemos sentar es la de plantear la insostenibilidad teórica y en la practica del judicial el ejercicio del Control difuso constitucional;

14. tal como lo menciona expresamente Cancio Meliá, Gómez-Jara Diez y Zaffaroni – autores desde perspectivas dogmático-conceptuales distintas–, es ilusorio el confinamiento del “Derecho” penal del enemigo a un sector del Estado de Derecho mediante su juridificación, o que el Derecho penal del enemigo expresión del Estado de policía, que se encuentra al interior del Estado de Derecho nunca cesará de pulsionar por perforar y estallar las vallas que le coloca este último, o que el Estado de Derecho se “aniquila” a sí mismo en la medida en que “se traiciona” al introducir una legislación que contradice sus fundamentos de su propia existencia; desde mi perspectiva, recordando lo que el Prof. Cancio Meliá nos refería en una suerte de muy pequeño simposio en la Unidad de post-grado de la UNMSM⁵⁶ en el año 2006 llevado por nuestro Decano J. Portocarrero Hidalgo, cuando cursaba el 3er año de Derecho: al igual que el agua deja de ser pura cuando se mezcla con algo extraño, no podemos sostener 1% de Derecho penal del enemigo y 99% de Estado de Derecho, pues simplemente o estamos en un Estado de Derecho o simplemente no lo estamos;
15. finalmente, termino con esta frase de Jakobs en 1895 “*La existencia de un Derecho Penal de enemigos, no es signo, por tanto, de la fortaleza del Estado de Libertades, sino un signo de que en esa medida simplemente no existe.*” (JAKOBS, 2000, p. 247).

REFERENCIAS

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. **Los fines del derecho penal:** una aproximación desde la filosofía política. En: ADPCP, Madrid, Fascículo Único Enero–Diciembre, Tomo LI, 2001.

APONTE C., Alejandro. **¿Derecho penal del enemigo o derecho penal del ciudadano?** Günther Jakobs y las tensiones de un derecho penal de la enemistad. Bogotá-Colombia: Temis, 2005 (Serie Monografías 100).

CANCHO ESPINAL, Ciro J. La clarificación del derecho penal del enemigo en la obra de Miguel Polaino-Orts: un ejemplo de investigación científica. En: **Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales**, Lima (Perú), Instituto Peruano de Ciencias Penales-Grijley, n. 7, 2006.

⁵⁶ Nota do Organizador da Revista Brasileira de Estudos Jurídicos: UNMSM é a Universidad Nacional Mayor de San Marcos, que é uma Instituição de Ensino Superior de caráter público, localizada em Lima, capital do Peru. É a instituição na qual o autor leciona, conforme indicação constante da sua qualificação no início deste texto.

CANCIO MELIÁ, Manuel. De nuevo: ¿"derecho penal" del enemigo?. En: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. 2. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2006.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo: algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código Penal Español después de la LO 7/2000. En: Revista de Derecho Penal Contemporáneo, **Revista Internacional**, n. 3, Bogotá-Colombia, abril-junio, p. 43 y ss., 2003.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Internacionalización del derecho penal y de la política criminal: algunas reflexiones sobre *la lucha* jurídico-penal *contra el terrorismo*. En: **Internacionalização do direito no novo século**. Coimbra/Madrid: Coimbra Ed., 2009a, p. 203-224.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Los límites de una regulación maximalista: el delito de colaboración con organización terrorista en el Código Penal Español. En: CUERDA RIEZU, A.; JIMÉNEZ GARCÍA, F. (Dir.). **Nuevos desafíos del derecho penal internacional**. Madrid: Tecnos, 2009b, p. 75 y ss.

CANCIO MELIÁ, Manuel. **Terrorismo y derecho penal: la engañosa pesadilla de la prevención**. El Mundo, León, opinión, Tribuna Libre, sábado 20 de septiembre de 2008. Artículo periodístico.

CARO JOHN, José Antonio. Derecho penal del enemigo: garantía estatal de una "libertad real" del ciudadano: una glosa a Miguel Polaino-Orts". En: **Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales**, Lima (Perú), Instituto Peruano de Ciencias Penales-Grijley, n. 7, 2006.

CARO JOHN, José Antonio. **La imputación objetiva en la participación delictiva**: comentarios a la sentencia de la Corte Suprema n.º 4166-99, Lima, de 7 de marzo de 2001. Lima: Grijley, 2003.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. **Derecho de las personas**. 3. ed. Lima: Huallaga, 2001.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. **Derecho y persona**. 2. ed. Trujillo: Normas Legales, 1995.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. **La noción jurídica de persona**. Lima: Fondo Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1962.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. **Nuevas tendencias en el derecho de las personas**. Lima: Universidad de Lima, 1990.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. El obediente, el enemigo, el derecho penal y Jakobs. En: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 1. Madrid-Buenos Aires-Montevideo: Edisofer S.L. - Euros SRL - BdeF, 2006.

GARCÍA CAVERO, Percy. ¿Existe y debe existir un derecho penal del enemigo?. En: **Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales**, Lima, Instituto Peruano de Ciencias Penales-Grijley, n. 7, p. 258 y ss., 2006.

GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. Normatividad del ciudadano *versus* facticidad del enemigo: sobre la necesaria autoorientación de la normativización jurídico-penal. En: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 1. Madrid-Buenos Aires-Montevideo: Edisofer S.L. - Euros SRL - BdeF, 2006, p. 991-992.

GRACIA MARTÍN, Luis. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo. En: **Revista Peruana de Ciencias Penales**, Lima, IDEMSA, n. 16, p. 408 y ss., 2005.

GRACIA MARTÍN, Luis. **Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia**: a la vez, una hipótesis de trabajo sobre el concepto de derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de criminalidad. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003.

HASSEMER, W. **La responsabilidad por el producto en el derecho penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995.

JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. En: **Bases para una teoría funcional del derecho penal**. Traducción de Enrique Peñaranda Ramos. Lima: Palestra, 2000.

JAKOBS, Günther. Derecho penal del ciudadano y derecho penal enemigo. En: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. 2. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2006a.

JAKOBS, Günther. ¿Derecho penal del enemigo? un estudio a cerca de los presupuestos de la juridicidad. En: JAKOBS, Günther; POLAINO NAVARRETE. **Las condiciones de juridicidad del sistema penal: derecho penal del enemigo y concepto jurídico penal de acción en una perspectiva funcionalista**. Lima: Grijley, 2007a.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal**: parte general fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. corregida. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther. El terrorismo internacional se puede combatir con el derecho penal del enemigo. Traducción de Miguel Polaino-Orts. En: **Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales**, Lima (Perú), Instituto Peruano de Ciencias Penales-Grijley, n. 7, p. 615, 2006b. Entrevista en 1-6-2006.

JAKOBS, Günther. La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente. Traducción de Teresa Manso Porto. En: **Dogmática de derecho penal y configuración normativa de la sociedad**. Madrid: Thomson Civitas, 2004a.

JAKOBS, Günther. La imputación jurídico-penal y las condiciones de la vigencia de la norma. En: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Coord.). **Teoría de los sistemas y derecho penal**: fundamentos y posibilidades de aplicación. Lima: ARA, 2007b.

JAKOBS, Günther. **La imputación objetiva en derecho penal**. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Lima: Grijley, 2001.

JAKOBS, Günther. La pena estatal: significado y finalidad. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. En: **El fundamentos del sistema jurídico penal**. Lima: ARA, 2005.

JAKOBS, Günther. Personalidad y exclusión en derecho penal. En: **Dogmática de derecho penal y configuración normativa de la sociedad**. Madrid: Civitas, 2004b. Publicado en alemán el 2001.

JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional**. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Civitas, 1996.

JAKOBS, Günther. Terroristas como personas en Derecho? En: En: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. 2. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2006c. Ponencia presentada en la Convención anual de profesores de Derecho Penal de lengua alemana llevada a cabo en Frankfurt an der Oder el 8 de mayo del 2005.

KARGL, Walter. ¿Sociedad sin sujetos o sujetos sin sociedad? una crítica a la crítica contra la concepción sociológica del derecho como sistema autopoiético. En: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Coord.). **Teoría de los sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación**. Lima: ARA, 2007.

KAUFMANN, Armin. **Teorías de la normas: fundamentos de la dogmática penal contemporánea**. Versión castellana de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés. Buenos Aires: Depalma, 1977.

KELSEN, Hans. **Teoría general del derecho y del estado**. Traducción de Eduardo García Máynez. México (D.F.): Universidad Autónoma de México, 1988. 4.^a reimpresión de la 2.^a ed. de 1958.

KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho: introducción a la ciencia del derecho**. Lima: [S. n.], 1989, p. 125 y ss. Trad. de la decimoctava ed., francesa 1953.

LANDA ARROYO, César. Dignidad de la persona humana. En: **Ius et Veritas**. Lima, Ed. Facultad de Derecho de la PUCP, año X, n.º 21, p. 10-25, noviembre, 2000.

LESCH H., Heiko. **La función de la pena**. Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Bogota: Universidad Externado de Colombia, 2000 (Colección de Estudios, 17).

LUHMANN, Niklas. El derecho como sistema social. En: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Coord.). **Teoría de los sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación**. Lima: ARA, 2007.

MALLQUI HERRERA, Edwin Antonio. Persona versus individuo: sobre la función del derecho penal del enemigo. En: **Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales**, Lima (Perú), Instituto peruano de Ciencias Penales-Grijley, n. 7, 2006.

NASSEHI, Armin. **La diferencia de la comunicación y la comunicación de la diferencia: sobre los fundamentos de la teoría de los comunicación en la teoría social de Niklas Luhmann**. En: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Coord.). **Teoría de los**

sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación. Lima: ARA, 2007.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. La fundamentación iusfilosófica del derecho penal del enemigo: precisiones sobre la interpretación de Kant. En: **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología** (RECPC). Disponible en: <hppt://crimenet.ugr.es/recpc>. Acceso en: 10 mar. 2008.

POLAINO-ORTS, Miguel. A vueltas con el derecho penal del enemigo: una relectio. En: **Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales**, Lima (Perú), Instituto Peruano de Ciencias Penales-Grijley, n. 7, 2006b.

POLAINO-ORTS, Miguel. **Derecho penal del enemigo**: desmitificación de un concepto. Lima: Grijley, 2006a.

POLAINO-ORTS, Miguel. **Derecho penal de enemigo**: ¿qué es? ¿existe? ¿debe existir? ¿por qué existe?. En: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, Lima (Perú), Instituto Peruano de Ciencias Penales-Grijley, n. 7, 2006c.

POLAINO-ORTS, Miguel. **Lo verdadero y lo falso en el derecho penal del enemigo**. Lima: Grijley-Univ. de Huanuco, 2009.

SANTIAGO NIÑO, Carlos. **Introducción al análisis del derecho**. Buenos Aires: Astrea, 2005.

SANTIAGO NIÑO, Carlos. **La validez del derecho**. Buenos Aires: [S. n.], 2003. 2da. reimpresión de la 1ra ed. de 1985.

SCHÜNEMANN, Bernd. ¿Derecho penal del enemigo? crítica a las insoportables tendencias erosivas en la realidad de la administración de justicia penal y de su insoportable desatención teórica. En: En: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 2. Madrid-Buenos Aires-Montevideo: Edisofer S.L. - Euros SRL - BdeF, 2006.

SCHÜNEMANN, Bernd. Derecho penal “nuclear”. En: SCHÜNEMANN, Bernd. **Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana**”, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

SICHES, Luis Recasens. Persona. En: **Enciclopedia Jurídica “Omeba”**. Tomo XXII. Buenos Aires: Driskill, 1991.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Bosch, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. ¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas. **Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales**, Lima, n. 3, p. 396 y ss., 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. Buenos Aires-Montevideo: BdeF, 2006a. Reimpr. de la 2.^a ed., ampliada y recensiones de Ángel Sanz Moran, et al., como “la tercera velocidad del Derecho penal”.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Los indeseables como enemigos**: la exclusión de seres humanos del *status personae*. En: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 2. Madrid-Buenos Aires-Montevideo: Edisofer S.L. - Euros SRL - BdeF., 2006b.

URQUIZO OLAECHEA, José. Derecho penal del enemigo. En: **Revista de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos**, Lima, v. 64, n. 1-n. 2, p. 229-260, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El enemigo en el derecho penal**. Buenos Aires: EDIAR, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas**: deslegitimación y dogmática jurídico-penal. 2. ed. Bogotá-Colombia: Temis, 1990.

Submissão em: janeiro de 2010
Pareceres favoráveis em: maio de 2010

¿DERECHO PENAL DEL ENEMIGO O LA SOLUCIÓN FINAL AL PROBLEMA DE LA DELINCUENCIA?

GONZALO RODRIGO PAZ-MAHECHA *

CRIMINAL LAW FOR THE ENEMY OR THE FINAL SOLUTION OF THE DELINQUENCY PROBLEM?

Resumen. Este trabajo pretende rebatir algunas de las tesis defendidas por Jakobs. Por ello, y para una mejor comprensión, la exposición se divide en cinco secciones: Introducción; 1. Jakobs y el Derecho penal; 2. Jakobs y el Derecho penal del enemigo; 3. Jakobs, las garantías procesales y la tortura; y 4. Reflexiones finales.

* Abogado egresado de la Universidad Santiago de Cali. Especialista en Derecho Penal de la misma universidad y Magíster en Derecho Penal de la Universidad Libre de Bogotá. Director de la Especialización y La Maestría en Derecho Penal de la USC.

1 INTRODUCCIÓN

Entre todas las disciplinas jurídicas, la que muestra un vínculo más evidente y, en la mayoría de las ocasiones, perverso, con la política es indiscutiblemente el derecho penal. En relación al tema es posible distinguir una doble tendencia: la primera, considera que el derecho penal es expresión política, por cuanto su finalidad fundamental en el Estado de derecho es la contención del poder punitivo, la aplicación segura y calculable de la ley penal, para utilizar una conocida frase de Gimbernat Ordeig. Es esta, una posición que navega en la ilusión de que es posible un derecho penal para la democracia, fundado en el respeto hacia los derechos humanos. Sus pretensiones son, por excelencia, normativas, pues la realidad de los fenómenos políticos y sociales muestra un derecho penal vinculado a una dimensión siniestra de lo político.

Por otro lado, una segunda tendencia es aquella que parte de la realidad de la sociedad, para considerar que el derecho penal no funciona como un sistema de garantías, sino como un escenario propicio a la construcción de modelos autoritarios de aplicación de la ley penal, ligados a la defensa de ciertos intereses que, por lo general, corresponden a lo que es conveniente o no para el Estado o para otros grupos de poder, especialmente, los grupos que detentan un evidente poder económico.

Si se analiza lo que ocurre en las sociedades contemporáneas, se llega a la conclusión de que el debate sobre el derecho penal, que tenemos con nosotros, debe abandonar la orilla de la ilusión en la que se ha situado mediante la reiteración del discurso dogmático y normativo, pues este nos ha impedido observar las sombras más allá de la luz. Así, es claro que la pretensión de seguridad jurídica y de protección del ser humano que,

tradicionalmente, se ha asignado a las denominadas “ciencias penales”, no pasan de ser sino espejos que tratan de esconder una inocultable realidad: el derecho penal es un instrumento de la política, contaminado por los intereses en los cuales navega esta.

La realidad en la que ha surgido el derecho penal es una realidad dividida: por un lado, la realidad virtual o de un sistema penal llamado a satisfacer los deseos de quienes están convencidos de la posibilidad de alcanzar un Estado caracterizado por un sistema penal que protege a la sociedad y a los infractores de la ley penal, garantizándoles unos derechos mínimos que aseguran la dignidad humana. Y, por otro, la realidad que suele pasar desapercibida, esto es, la naturaleza, políticamente instrumental del derecho penal. Muñoz Conde, precisa que “La existencia de un »Derecho penal de enemigo^{1/4}, con este o con otro nombre no es un invento del Sr. Jakobs, sino una realidad evidente y cada vez más preocupante, que amenaza con extenderse como un huracán, favorecido por el viento del miedo y la inseguridad ciudadana [...]” (2005, p. 19). Sin embargo, a Jakobs hay que abonarle el mérito de haber acuñado una temeraria frase que, por su tono alborotador, concitó la atención de los penalistas. La sola inclusión del término *enemigo*, como bien apunta Gracia Martín (2005, p. 93), suscita prejuicios y precauciones motivado por su indudable carga ideológica y emocional; expresión que ha sido utilizada por las dictaduras más oprobiosas para etiquetar a los opositores y a los discrepantes, a quienes se persigue con legislaciones de guerra.

Cancio Meliá sostiene que, el análisis de la expansión del derecho penal debe tener en cuenta, como punto de partida, el hecho de que la actividad del legislador, en las últimas décadas, se ha orientado a la configuración de tipos penales que suponen la anticipación de las barreras clásicas de protección a bienes jurídicos, es decir, la criminalización del “estadio previo a lesiones de bienes jurídicos.” (CANCIO MELIÁ, 2003, p. 64). Esta anticipación de las fronteras de tutela de bienes jurídicos, hace posible la construcción de un derecho penal de enemigo, cuya esencia

supone que no es sólo un determinado hecho lo que está en la base de la tipificación penal, sino también otros elementos, con tal de que sirvan a la caracterización del autor como perteneciente a la categoría de los enemigos. De modo correspondiente, en el plano técnico, el mandato de determinación derivado del principio de legalidad y sus complejidades ya no son un punto de referencia esencial para la tipificación penal (CANCIO MELIÁ, 2003, p. 88-89).

Por adelantado, digamos con Muñoz Conde que “Nadie niega, pues, la existencia del »Derecho penal del enemigo^{1/4}, lo que se cuestiona es si este es o no compatible con el sistema del Estado de Derecho y el reconocimiento y el respeto de los derechos fundamentales.” (2005, p. 19). Precisamente Muñoz Conde, citado por Cancio Meliá,

destaca cómo “[...] en relación con el concepto de Derecho penal del enemigo, y teniendo en cuenta el gran eco de la teoría de Jakobs en América Latina, es necesario subrayar que esa aproximación teórica no es »ideológicamente inocente¼ precisamente en países, como Colombia en los que ese Derecho penal del enemigo es practicado.” (CANCIO MELIÁ, 2002, p. 92).¹ Esta práctica la describe Alejandro Aponte así:

como característica general de las legislaciones colombianas, ligadas a la emergencia, no se sabe dónde poner las normas dentro del Código o de los estatutos normativos; nunca se sabe qué bien jurídico es protegido o se debe proteger; no se sabe exactamente qué se pretende proteger. Se dictan normas, se hace referencia general a diversos problemas de violencia que supuestamente deberían ser combatidos por ella, que rigen por un tiempo determinado, luego se quedan amarradas a la legislación penal ordinaria y son acomodadas en diversos títulos o capítulos por similitud con las conductas reguladas o por simple decisión de los operadores del sistema (APONTE C., 2006, p. 324).

2 JAKOBS Y EL DERECHO PENAL

El “Derecho penal del enemigo” está íntimamente ligado a su concepción de la contribución del Derecho Penal en la configuración social y estatal por lo que se hará una referencia breve a algunos aspectos.

Una primera observación tiene que ver con la postura que asume este autor en relación con la teoría del bien jurídico, respecto de la cual la inmensa mayoría de la doctrina ha postulado que ha sido útil en el entendido de constituir una limitante al poder de intervención del poder punitivo en la esfera privada del hombre. En esta orilla del pensamiento, podemos ubicar a Zaffaroni (2000, p. 463), Roxin (2007, p. 443) y Mir Puig (1994, p. 159). Sin embargo, algunos autores, entre ellos Jakobs, han criticado esta corriente de pensamiento por considerarla incorrecta o imposible.

Dice Jakobs que “El Derecho penal se legitima formalmente mediante la aprobación conforme a la Constitución de las leyes penales. La legitimación material reside en que las leyes penales son necesarias para el mantenimiento de la forma de la sociedad y del Estado.” (1995, p. 44). Con este argumento, se legitima cualquier tipo de Estado por despótico o autoritario que sea, pues se trata, sencillamente, del mantenimiento de la

¹ El autor se refería al Decreto 1900 de 2002 “por el cual se adoptan medidas en materia penal y procesal penal contra las organizaciones delincuenciales y se dictan otras disposiciones.”, el cual fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-939-02. Otro ejemplo de este Derecho penal del enemigo es el tipo penal de concierto para delinquir (art. 340 del C. Penal) que, en Colombia, es utilizado en esta dirección e históricamente ha sido manipulado con alto rendimiento político, especialmente en los estados de excepción.

forma del Estado. Así, se pretende justificar normas cuya finalidad resulta ser la autoprotección del poder y no la protección del ciudadano; en fin, serviría para lo uno o para lo otro, pero dudamos que sirva para lo último. Se privilegia al Estado al colocar al individuo a su servicio, pues no de otra manera se entiende que en ese mundo de “expectativas” y “decepciones” resulte reafirmada la validez fáctica de las normas. Se trata, según Muñoz Conde, de “una construcción valorativamente ambigua, que lo mismo vale para un sistema democrático, que para uno totalitario. El sistema, el que sea, y su mantenimiento, a toda costa, eso es lo único que importa.” (2005, p. 70). El Derecho Penal no determina el tipo de Estado y sociedad concebidos en un momento dado de la historia; por el contrario, el modelo de Estado y sociedad determinan el sistema represivo de Derecho Penal. Así, un Estado social y democrático de derecho se propondrá límites fomentando un Derecho Penal regido por la protección de bienes jurídicos en cuanto resulten ser necesarios para la convivencia pacífica y creará las condiciones para consolidar una democracia real; mientras que un Estado autoritario, tiránico o dictatorial, expedirá normas de autoprotección de su propio poder –seguridad nacional, conservación de la pureza racial o del honor nacional, etcétera.

Una segunda consideración tiene que ver con la pena a la que Jakobs le atribuye una función preventiva general, de carácter positivo o de integración, la cual confirma la validez de la norma, al igual que sirve para ejercer sobre los ciudadanos la necesidad de la fidelidad al derecho. La culpabilidad no depende del obrar de uno u otro modo sino de lo que se necesite para que los demás sigan siendo fieles al derecho. Se trata de que el sistema sea funcional y así se instrumentaliza al hombre llegando hasta el extremo de un Derecho Penal de autor.

La tercera y última consideración tiene que ver con el fundamento de la responsabilidad penal, la cual radica en el quebrantamiento de un rol –general y especial– que se tiene dentro de la sociedad, por lo que existen dos clases de delitos: delitos de organización y de infracción de deber. Para el funcionalismo radical de Jakobs, en los delitos de acción y de omisión existe una posición de garante, en razón a que la finalidad de la imputación es precisar si el hecho se encuentra dentro del ámbito de responsabilidad de un sujeto, pues solo está obligado a realizar aquello que se encuadra dentro de su rol. Quien no cumple con esos roles es considerado no persona y se le debe combatir como enemigo.

Finalmente, el Derecho Penal que queramos depende también del modelo de Estado que estemos dispuestos a construir.

3 JAKOBS Y EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

La utilización del término “enemigo” para señalar a alguna clase de delincuentes, así como la elaboración de un discurso que permitiría excluirlos de la sociedad no es asunto contemporáneo. Por el contrario, tal como lo demuestran Zaffaroni (2006, p. 43) y Gracia Martín (2005, p. 117), el término “enemigo” ha estado presente en los discursos jurídico

penales, iusfilosóficos y teórico-políticos, siendo un asunto muy antiguo que ha permanecido hasta nuestros días.

El sistema que plantea el más destacado representante del funcionalismo en la dogmática jurídico-penal, consiste en atribuir a ciertos individuos la condición de “enemigos” del sistema social, en razón a que por sus actitudes se han apartado del Derecho; por lo tanto, deben ser considerados como no personas, dando lugar a dos tipos o clases de Derecho Penal: un Derecho Penal ordinario o del ciudadano dirigido a las personas y un Derecho Penal del enemigo oponible a los no personas, quienes no podrán invocar los derechos y garantías propias del Derecho Penal ordinario o del ciudadano. Jakobs parte y esto es definitivo, de un concepto normativo de persona el cual es un producto social, mientras que el ser humano es el resultado de procesos naturales. Lo que define a la persona es el obrar vinculado al deber o por una obligación –roles–, por lo que aquellos individuos que no obren de ese modo deben ser excluidos del concepto de persona y el Estado no puede ni debe tratarlos como tales.

En 1999, el profesor alemán, presentó una ponencia en un congreso celebrado en Berlín sobre “La ciencia alemana del Derecho penal ante el cambio de milenio, Reflexión retrospectiva y perspectivas de futuro.”. El título de su ponencia fue “La ciencia penal ante los retos del futuro” y en ella, expuso las características de su Derecho Penal de enemigos así:

Particularidades típicas del derecho penal de enemigos son: 1) amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, cambio de la perspectiva del hecho producido por la del hecho que se va a producir, siendo aquí ejemplificadores los tipos de creación de organizaciones criminales o terroristas (pgfos. 129, 129 a Código Penal alemán) o del cultivo de narcóticos por parte de bandas organizadas (pgfos. 30 I 1, 31 I 1 Ley de Narcóticos); 2) falta de una reducción de la pena en proporción a dicho adelantamiento, por ejemplo, la pena para el cabecilla de una organización terrorista es igual a la del autor de una tentativa de asesinato, por supuesto cuando se aplica la aminoración de la tentativa (pgfos. 129II, 211 I, 49 I 1 Código penal alemán) y en su mayoría sobrepasa ostensiblemente a las penas reducidas por tentativa previstas en los otros delitos de asociaciones terroristas mencionados; 3) paso de la legislación de derecho penal a la legislación de la lucha para combatir la delincuencia, en la que de lo que se trataría es de combatir la delincuencia económica, el terrorismo, la criminalidad organizada, pero también con alguna pérdida de contornos – delitos sexuales y otras conductas penales peligrosas, así como –abovedando todo– la delincuencia en general; 4) supresión de garantías procesales, constituyendo entre tanto la incomunicación del procesado (pgfos. 31 y ss. Ley de introducción a la Ley sobre la Constitución Judicial) el ejemplo clásico [...] (JAKOBS, 2004, p. 58).

El planteamiento es claro y cínico, en cuanto que el Derecho Penal debe convertirse en una legislación de lucha que criminalice los actos preparatorios y aplique penas excesivas,

no por hechos cometidos –derecho penal de acto– sino por hechos que se van a producir, ¿cuáles?, no lo sabemos y esto en relación a algunas personas que no brindan seguridad cognitiva en su comportamiento personal, es decir son peligrosas –derecho penal de autor–; pero para que esto sea viable hay que recurrir a la supresión de garantías procesales, entre ellas la incomunicación del procesado y hasta la tortura.

Lo que Jakobs pretende legitimar es una legislación bélica, mediante la cual el Estado no dialoga con sus ciudadanos sino que amenaza a sus enemigos, adelantando la punibilidad, aumentando las penas y suprimiendo garantías procesales (JAKOBS, 2004, p. 58). Dice que enemigos son “quienes de una forma presuntamente duradera, han abandonado el derecho.” y “la delincuencia en general.” Este régimen, cuya denominación correcta es terrorismo de Estado con el que se amenaza a los ciudadanos, está fundado en la sospecha, en la conjetura, en la presunción, en lo hipotético, es decir, en lo absurdo; en fin, en lo que se le antoje a quien detente el poder, pues, es este el que, finalmente, escoge y selecciona a sus enemigos para autoprotgerse.

Pero no se muestra muy seguro de su “descubrimiento” y pone en duda sus resultados, pues su propia mentalidad dilemática, característica de todos los dogmáticos y expositores de las certezas sociales, verbigracia, los artífices del Nacional-socialismo alemán, le impide siquiera cuestionarse y advierte que “Si todo no induce a error, el número de enemigos no va a descender tan pronto, sino que más bien todavía va a aumentar.” (JAKOBS, 2004, p. 59).

Las opiniones proferidas por Jakobs, parten de un supuesto contextual y con relación a él establecen unas ideas rectoras: primero, construye una dicotomía, amigo-enemigo, que se atiene a la postura que cada actor asuma frente al Estado, símbolo este de los mayores logros y aspiraciones de la sociedad. Para que el Estado haga prevalecer su presencia y así asegure la armonía social, la cual no es fruto de consensos poblacionales sino de obedecer las instituciones creadas, debe reducir en número y en capacidad a sus disidentes, en este caso, sus adversarios o enemigos.

El temor de que estos aumenten está en proporción directa con la debilidad del Estado, en un ejercicio de permanente retroalimentación o reciprocidad. La advertencia de su aumento –el de los enemigos del Estado–, está señalada por situaciones que socavan sus cimientos, las cuales residen en cuatro hechos precisos:

1 Pérdida del respaldo religioso, dado ello por dos manifestaciones: la primera, por la diáspora o multiplicación de los cultos, que evita la consolidación de un fuerte grupo religioso para soportar al Estado y la segunda, un acento pagano revestido como Iglesia que se interesa por las cosas mundanas, eventualidad que finalmente genera una feligrésía más formal que cierta.

2 La crisis de la familia, fenómeno que el siquiatra inglés David Cooper, exagera hasta la muerte de esa entidad social. La familia es, en muchas ocasiones y Estados, reemplazada paulatinamente por la aparición de las tribus urbanas, galladas, parches, grupos, bandas, maras, entre otras.

3 Fenómenos ligados a la globalidad y la pluralidad cultural hacen de la nacionalidad un hecho incidental; la nacionalidad como expresión de Estado –soy colombiano, argentino, francés– es sustituida por la nacionalidad como factor de cultura –los tibetanos en china, los pueblos indígenas en las naciones de América, los kosovares en la antigua Yugoslavia–.

La ausencia de esos “respaldos” en virtud de sus propias crisis –de familia, religión y nación– hace que se debiliten los lazos de cohesión social y, por ende, su articulación al poder, es decir, al Estado, lazos que deben ser entendidos como viejos referentes o paradigmas de homogeneidad y consolidación imaginaria y grupal.

El asunto es más claro si lo consideramos en el terreno cultural. La cultura es una manera reiterada de hacer memoria histórica. Es, sin duda, el influjo mayor del hombre sobre el hombre. Ella es un inventario de recuerdos ancestrales, usos repetidos, objetos y símbolos de determinación social. En tal sentido, enseña Jacob Bronowski, el hombre más que territorios, habita culturas.

Desde cada cultura, los hombres y los grupos que la viven confrontan con el poder de sus costumbres y normas éticas, la órbita general del Derecho que, estacionado en el Estado –al que legitima y quien igualmente lo hace aplicable– informa el todo social y no a un fragmento, en este caso de pequeña nación o de etnia.

Es frente ante tamaña amenaza capital que el Derecho no se consensua, no se pacta, se impone con la razón de Estado. Fue lo que hizo la dinastía de los capetos y condensó Luis XIV en la afamada expresión de “El Estado soy yo”; fue lo que hizo el régimen franquista para acallar los reclamos particulares de vascos, catalanes, gallegos y andaluces; es lo perpetrado por Bush para justificar su lucha contra los talibanes y su decisión de aplastar la causa palestina, es lo que actualmente hace el gobierno central de Beijing para negar la autonomía a la zona tibetana.

Las causas que atribuye Jakobs al posible fracaso de su peligrosa propuesta, es decir, al hecho de que el número de enemigos no disminuya sino que aumente, que solo es posible ubicarlas en la nostalgia de un régimen que pretendió abarcarlo todo: el Nacional-socialismo. Ese pesimismo nostálgico aspira resolverlo con un pseudo Estado de derecho, en donde la universalidad de los derechos fundamentales sea un mero espejismo.

En un nuevo trabajo justifica la existencia de un Derecho Penal del enemigo, pues, ante hechos delictivos que provocan simplemente tedio se puede hablar de un *Derecho* penal

del ciudadano; pero frente a otros hechos, como el terrorismo, la reacción del Estado incluye la defensa frente a riesgos futuros. En el primer caso, el autor es tratado como persona, mientras que los segundos deben ser considerados como una fuente de peligro, a través del cual se intimida a otros (JAKOBS, 2003, p. 27).

El mencionado autor acude a la teoría política, se aparta de las concepciones de Rousseau y Fichte; se apoya en Hobbes y Kant y sus modelos contractualistas, en la fundamentación y limitación del poder; destaca cómo estos autores reconocen un Derecho penal del ciudadano para personas que no delinquen de manera habitual y un Derecho penal del enemigo para quienes se desvían por principio. Los primeros conservan el status de persona, mientras que los segundos quedan excluidos como personas. Por tanto, “Ciertamente, el Estado tiene derecho a procurarse seguridad frente a individuos que reinciden persistentemente en la comisión de delitos; a fin de cuentas, la custodia de seguridad es una institución jurídica.” (JAKOBS, 2003, p. 32).

El carácter político y peligroso de la tesis de Jakobs se condensa en sus afirmaciones kantianas, según las cuales

[...] un individuo que no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios del concepto de persona. Y es que el estado de naturaleza es un estado de ausencia de normas, es decir, de libertad excesiva. Quien gana la guerra determina lo que es norma, y quien pierde ha de someterse a esta determinación (JAKOBS, 2003, p. 40-41).

Si los enemigos son los vencidos en la guerra, por lo general los débiles, los colonizados, los invadidos, los conquistados, las víctimas del genocidio colonialista, las víctimas del brutal racismo genocida en Alemania, etcétera, no tienen alternativa distinta a someterse a las normas impuestas por el vencedor. ¿Quiénes entonces son los enemigos?, ¿quién decide quiénes son los enemigos? Pues, según este autor, los vencedores tienen la decisión política de definir quiénes son los enemigos. Así, los nazis que empezaron ganando la guerra con sus campañas de ocupación, como vencedores impusieron sus normas a través de legislaciones que desarrollaron las técnicas genocidas.² ¿Es a estas normas, impuestas por quien gana la guerra, a las que debe someterse el perdedor?³

En un magnífico ensayo, Zaffaroni demuestra que “El enemigo no viene *ónticamente impuesto*, no es un dato de hecho que se impone al derecho, sino que es *políticamente*

² Véase nuestro trabajo *Genocidio. Documentos históricos*. Disponible en: <<http://www.fundaciónraoullwallenberg.org>>. En especial puede consultarse el artículo *Técnicas de genocidio en varios campos* (1944) de Rafael Lemkin. Traducción de Gonzalo Rodrigo Paz Mahecha.

³ Véase *El Dominio del Eje sobre la Europa Ocupada*, de Rafael Lemkin, publicado por la Fundación Carnegie para la paz, en 1944 y 2005. El título en inglés es *Axis Rule in Occupied Europe*. El autor realizó una compilación de las leyes de ocupación, en todos los órdenes, promulgadas por el régimen nazi.

señalado.” (ZAFFARONI, 2006, p. 186). La búsqueda de ese enemigo, por ser un individuo peligroso, se justifica por la necesidad de contenerlo y sacarlo de circulación; pero el mismo Zaffaroni advierte cómo siempre se invoca una necesidad que no conoce leyes ni límites: “La estricta medida de la necesidad es la estricta medida de algo que no tiene límites, porque los establece el mismo que tiene el poder.” (2006, p. 36).

Más adelante puntualiza Jakobs:

Por lo tanto, el derecho penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones. Por un lado, el trato con el ciudadano, en el que se espera hasta que exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estadio previo y al que se le combate por su peligrosidad (JAKOBS, 2003, p. 42).

Como ejemplo del primer tipo, menciona el trato que se debe dar a un homicida que actúa de manera individual, mientras que, como ejemplo del segundo, menciona al cabecilla u hombre de atrás de una asociación terrorista.

Sostiene que “Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado *no debe* tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas.” (JAKOBS, 2003, p. 47). El profesor de Bonn resume su planteamiento así:

Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido (JAKOBS, 2003, p. 55).

En otro trabajo, concibe la persona como aquella portadora de derechos y deberes, para luego cuestionarse si al delincuente se le puede dar este tratamiento para concluir en la exclusión parcial del enemigo:

Lo que sucede es que una personalidad real, que dirija la orientación, no puede alcanzarse mediante meros postulados, sino que, al contrario, quien deba ser persona debe “participar”, y eso significa que debe hacer su parte, esto es, garantizar suficiente fidelidad al ordenamiento jurídico. Por consiguiente, la proposición deber ser completada: todo aquel que prometa de modo más o menos confiable fidelidad al ordenamiento jurídico tiene derecho a ser tratado como persona en Derecho. Quien no preste esta promesa de modo creíble será tendencialmente heteroadministrado; se lo priva de derechos [...] (JAKOBS, 2006a, p. 106).

Su propuesta incluye combatir penalmente los pensamientos peligrosos de autores potenciales o, más aún, las fuentes de las que surgen estos pensamientos peligrosos de autores potenciales (JAKOBS, 2002, p. 211); lucha que debe extenderse a “Los acuerdos privados entre amigos, o el hecho de acordar cometer delitos, llevan a que pierdan el derecho a esa privacidad y sean tratados como enemigos [...] a los que no se concede el *status* de ciudadanos.” (JAKOBS, 2002, p. 215). Como se sabe, esta es, también, una forma de perseguir y criminalizar la delincuencia por convicción. Se trata de un verdadero “Derecho penal de autor” que en su época fue defendido por los penalistas nazis.⁴ Que se trata de un Derecho Penal bélico, sin límites ni reglas, lo ratifica la siguiente afirmación: “ ‘Guerra’ y ‘lucha’, ¿sólo son palabras?, si es así, entonces, no habría que tomarlas demasiado en serio. Si por el contrario, son conceptos: entonces, ‘guerra’ y ‘lucha’ implican la existencia de un enemigo contra el que hay que proceder.” (JAKOBS, 2006b, p. 77).

Finalmente, Jakobs incurre en una notable contradicción, al pretender incrustar su tesis en el Estado de Derecho, al sostener:

Sin embargo, el Derecho penal del enemigo sigue siendo *Derecho* en la medida en que vincula a su vez a los ciudadanos, más exactamente, *al Estado*, sus órganos y funcionarios en la lucha contra los enemigos. Lo que sucede es que el Derecho penal del enemigo no es una regulación para la aniquilación ilimitada, sino, en un Estado de Derecho administrado con inteligencia, una *ultima ratio* que es aplicada conscientemente en cuanto excepción, como algo que no es idóneo para su uso permanente [...] (JAKOBS, 2006a, p. 107).

¿Qué significa lo anterior?, que su Derecho Penal de enemigo está concebido para la aniquilación limitada o subrepticia. Pero, según él, existirían Estados de derecho administrados sin inteligencia. ¿A qué clase de Estado de derecho se refiere? Tal vez a un Estado en el que sus ciudadanos están cohesionados en su lucha contra los enemigos y que responda a la idea defendida por los más importantes juristas del nacionalsocialismo, según la cual “Derecho es lo que es útil al pueblo”. Muñoz Conde responde a esta contradicción así:

Los derechos y garantías fundamentales propias del Estado de Derecho, sobre todo las de carácter penal material (principio de legalidad, intervención mínima y culpabilidad) y procesal penal (derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial, a no declarar contra sí mismo, etcétera), son presupuestos irrenunciables de la propia esencia del Estado de Derecho. Si se admite su derogación, aunque sea en casos puntuales extremos y muy graves, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de Derecho, cuyo ordenamiento jurídico se convierte en un ordenamiento puramente tecnocrático o funcional, sin ninguna referencia a un sistema de valores, o,

⁴ Véase, en este sentido, Muller Ingo, *Los juristas del horror*; y en igual sentido Muñoz Conde, Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo.

lo que es peor, referido a cualquier sistema, aunque sea injusto, siempre que sus valedores tengan el poder o la fuerza suficiente para imponerlo. El derecho así entendido se convierte en un puro Derecho de Estado, en el que el derecho se somete a los intereses que en cada momento determine el Estado o las fuerzas que controlen o monopolicen su poder. El Derecho es entonces simplemente lo que en cada momento conviene al Estado, que es, al mismo tiempo, lo que perjudica y hace el mayor daño posible a sus enemigos (MUÑOZ CONDE, 2005, p. 19).

En síntesis, lo que Jakjobs propone es: i) que el derecho penal no protege bienes jurídicos, sino la reafirmación de la norma; ii) que solo son personas aquellos individuos que se muestran fieles al ordenamiento jurídico; iii) que quien no se muestre fiel al ordenamiento jurídico no debe ser considerado persona y, en consecuencia, debe ser combatido como enemigo y iv) que a ciertos individuos, en virtud de la peligrosidad de sus posibles actos, se les debe interceptar en los actos preparatorios y combatirlos con un régimen sin garantías. En últimas, defiende una legitimación teórica de regímenes y legislaciones autoritarias, sin importar el tipo de sistema político al que pertenezcan.

4 JAKOBS, LAS GARANTÍAS PROCESALES Y LA TORTURA

En el ámbito procesal, plantea que deben darse tratamientos diferenciados, porque un imputado dentro de un proceso adelantado conforme a las exigencias de un verdadero Estado de derecho es un “sujeto procesal” y como tal tiene, entre otros, el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a solicitar la práctica de pruebas, de asistir a los interrogatorios y, especialmente, a no ser engañado, ni coaccionado, ni sometido a determinadas tentaciones; mientras que en el Derecho Penal del enemigo surge la necesidad de un Derecho Procesal del enemigo, que lo excluye de esos derechos, pues se trata de individuos frente a los que ya no rige la presunción de una conducta conforme a Derecho, es decir, que ya no son tratados plenamente como ciudadanos, como personas en Derecho, y que, de hecho, difícilmente podrían ser tratados como tales personas (JAKOBS, [s. d.]a, p. 114). Ese procedimiento de guerra, dice, se dirige a la eliminación de riesgos terroristas por lo que se debe incomunicar al procesado y evitar su contacto con el defensor (JAKOBS, 2003, p. 45). Este autor parece haber encontrado en los sucesos del 11 de septiembre de 2001 la justificación perfecta de ese procedimiento de guerra (JAKOBS, 2003, p. 46), y sus seguidores parecen haber hallado la teoría que legitima la guerra preventiva⁵. En otras palabras, justifica la punibilidad de los actos preparatorios los que pueden combatirse aun con la tortura⁶. Como conclusión, reconoce

⁵ Una buena muestra de ello es la *Patriotic Act* aprobada por el Congreso de los Estados Unidos, por la que se permite la detención gubernativa y la violación de la correspondencia sin control judicial, los Tribunales militares secretos, etcétera.

⁶ Claros ejemplos del *Derecho Penal de enemigo* es la situación de los prisioneros de Guantánamo en Cuba y Abu Grahیب en Irak.

que el castigo del terrorista o el hecho de ser sometido a un “duro interrogatorio” antes de la producción de lesiones, no cuadra dentro de un Estado de derecho perfecto, pero que tampoco se adecúa a esa concepción el derribamiento de un avión de pasajeros, pues, se trata de situaciones de excepción, dentro de las cuales encuentran su justificación (JAKOBS, [s. d.]b, p. 92).

Pasando por alto que, una es la ética de la justicia y otra es la ética de la guerra, el citado penalista justifica la punibilidad de los actos preparatorios, la incomunicación de los procesados y la tortura, a la cual se refiere con un suave eufemismo al denominarla “duro interrogatorio”, aunque no cuadre en un Estado de derecho perfecto, por lo que estaría legitimado un Estado de derecho imperfecto con un Derecho de excepción. Sin embargo, coloca en el mismo plano axiológico la tortura y el derribamiento de un avión. Un acto terrorista como el derribo de un avión no pertenece al Derecho de excepción, es un acto ilegal y punto, luego no puede encontrar anclaje en el Derecho. Es el Derecho el que debe reaccionar frente al terrorismo; pero la tortura, que es un acto ilegal, no puede igualarse a otro acto ilegal como el terrorismo. Esto equivaldría a sostener que el delito hay que enfrentarlo con el delito.

Ante esta propuesta que pretende legitimar la excepcionalidad y la tortura, respondemos con la autoridad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana (Caso Velázquez Rodríguez y Godínez Cruz, 1989).

5 REFLEXIONES FINALES

Una escueta lectura narrativa de un sistema jurídico convierte al jurista en un simple notario, que constata la realidad, pero que ni la aprueba ni la desaprueba. Esta es una postura cómoda que han asumido muchos juristas, sin saber que se convierten en manipuladores de normas, leyes y doctrinas foráneas y sin que interese su compatibilidad con el Estado de derecho. En el caso colombiano, se importan “modelos” de investigación y juzgamiento, al igual que nuevos tipos penales, especialmente aquellos que tienen que ver con la represión de determinados delitos, sin que se formule reparo alguno en relación con su validez en un Estado de derecho y el reconocimiento y el respeto de los derechos fundamentales. La brutal y criminal justicia sin rostro, por ejemplo, contó con muy poca resistencia en el ámbito académico; mientras tanto, los juristas del horror criollos continúan

en su cruzada de arrasar con los derechos y las garantías fundamentales, escudados en este tipo de doctrinas muy próximas a los Estados totalitarios.

El Derecho Penal del enemigo, proyectado como un sistema de excepción paralelo a un Derecho Penal ordinario o de ciudadanos, es incompatible con el Estado de derecho y con los derechos fundamentales, sin excepción, que corresponden al ser humano por el simple hecho de serlo⁷. Lo anterior significa que el Derecho Penal requiere de juristas que no estén dispuestos a hacer concesiones. El jurista ha de ser un hombre de su tiempo. Ha de sentirse enraizado en el mundo; solo así gozará de una visión de las cosas y de la vida que no le vengan impuestas. Debe estar proyectado a la comunidad. Mientras más lleno de ideas y proyectos, mientras más rico en su historia personal, mientras más experimentado, mientras más axiológicamente ambicioso, mientras más identificado con los fines del derecho histórico, más autorizado estará para ser jurista. Nuestros juristas deben tomar posición y asumir un compromiso con el Estado de derecho y con los derechos fundamentales, sin excepción.

Para concluir, el Derecho Penal del enemigo es inadmisibles en un Estado de derecho por las siguientes razones: i) porque desconoce el principio de la dignidad humana que le es propio al hombre por el simple hecho de su existencia; ii) porque su concepto de persona está por encima del ser humano al sostener que es solo una construcción normativa que se atribuye únicamente a los hombres que se muestran fieles al Estado y a sus normas; iii) porque su paradigma se sustenta en la negación de la condición de persona a ciertos individuos a los que califica como enemigos; iv) porque establece diferencias injustificables entre personas y no personas, lo que en últimas depende de su fidelidad a las normas y el cumplimiento de sus roles; v) porque pretende crear un tipo de derecho procesal penal sin garantías para las no personas; vi) porque reivindica la tortura a la que denomina “interrogatorio duro”; vii) porque defiende el derecho penal de autor al proponer criminalizar las meras ideas y los actos preparatorios; viii) porque defiende el establecimiento de penas que no respetan el principio de proporcionalidad; ix) porque fomenta el Estado totalitario; x) porque no precisa, ni puede hacerlo, quién sería el encargado y mediante qué procedimientos de calificar a un ser humano como no persona y, en consecuencia tratarlo como enemigo; xi) porque solo concibe la fuerza y la coacción como mecanismos para imponer y defender el orden social; xii) porque con su concepción de la pena se instrumentaliza al ser humano al convertirlo en un medio para enviar mensajes a la sociedad; y xiii) porque su concepción del Derecho Penal tiene como finalidad exclusiva la eliminación del enemigo, su exclusión o inocuización.

Queda pendiente por discutirse la existencia de un Derecho Penal de amigos que cada día conquista más espacios en nuestro país.

⁷ En este sentido, Muñoz Conde (2005, p. 63); Zaffaroni (2006, p. 234); Eser (2004, p. 474); Cancio Meliá (2003, p. 98); Gracia Martín (2005, p. 210).

REFERENCIAS

- CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003.
- ESER, Albin. Consideraciones finales. En: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn. **La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio**. Valenca: Tirant Lo Blanch, 2005 (Coordenação da edição espanhola de Francisco Muñoz Conde).
- GRACIA MARTÍN, Luis. **Bases para una crítica del “derecho penal del enemigo”**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005.
- JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. En: **Bases para una teoría funcional del derecho penal**. Traducción de Manuel Cancio Meliá et al. Lima: Palestra, 2000.
- JAKOBS, Günther. **Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo**. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Madrid: Cívitas, 2003.
- JAKOBS, Günther. ¿Derecho penal del enemigo? un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. En: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. (Comp.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. T. II. Madrid: Edisofer/ BdeF; Montevideo/ Buenos Aires, p. 93-116, 2006a.
- JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general**. Madrid: Marcial Pons, 1995.
- JAKOBS, Günther. La ciencia del derecho penal ante el cambio del milenio. Traducción de T. Manso. En: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn. **La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio**. Valenca: Tirant Lo Blanch, 2005 (Coordenação da edição espanhola de Francisco Muñoz Conde).
- JAKOBS, Günther. ¿Terroristas como personas en derecho? En: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Comp.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. T. II. Madrid: Edisofer/ BdeF; Montevideo/ Buenos Aires, 2006b.
- MIR PUIG, Santiago. Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del ius puniendi. En: **El derecho penal en el estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Ariel, 1994.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **De nuevo sobre el derecho penal del enemigo**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal. En: **La teoría del bien jurídico**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El enemigo en el derecho penal**. Bogotá: Ibáñez, 2006.

Submissão em: fevereiro de 2010
Pareceres favoráveis em: abril de 2010

O DIREITO DOS POVOS NA TERCEIRA DIMENSÃO DOS DIREITOS HUMANOS: tolerância e respeito para inclusão social

LORENA DE MELLO REZENDE COLNAGO*

Resumo: A proteção jurisdicional do homem evoluiu no mundo ocidente a partir de três dimensões: direitos civis e políticos; direitos sociais, econômicos e culturais; e, direitos de solidariedade, também chamados de metaindividuais. Nesse contexto, várias teorias surgiram para justificar a constante necessidade do respeito ao outro e da inclusão social. A partir das teorias existentes sobre o direito dos povos, e, de algumas reflexões, buscar-se-á analisar a justificativa da proteção jurisdicional nacional e internacional dos povos “excluídos” social, econômica e culturalmente.

* Mestre em Processo pela UFES. Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário. Professora universitária. Atuou como advogada trabalhista nos anos de 2004/2005 e assessora jurídica no Ministério Público do Trabalho da 17ª Região nos anos de 2007/2009.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o escopo de refletir sobre um Direito Humano que tem sido constantemente violado, o direito dos povos de serem respeitados pela sua cultura e de serem inclusos na sociedade mundial como parte de um todo.

Para realizar a presente reflexão, trabalhar-se-á com o método de revisão bibliográfica e estudo de casos.

O primeiro capítulo buscará traçar as diretrizes para a caracterização de um Direito Humano, em especial, o Direito de Solidariedade, de terceira dimensão. Nesse capítulo, utilizar-se-á como marcos teóricos Robert Alexy, Gregório Peces-Barba, Paulo Bonavides e João Batista Herkenhoff.

Em seguida, na segunda parte do artigo, analisar-se-ão algumas das teorias que fundamentam a inclusão social dos povos através de uma análise bibliográfica da doutrina de Herkenhoff, Rawls, Habermas e Härbele.

Por fim, na terceira parte do artigo, verificar-se-ão os fundamentos da proteção internacional e nacional para o Direito dos povos e sua inclusão social.

2 UM BREVE PANORAMA SOBRE OS DIREITOS HUMANOS

2.1 Conceito de Direito Humano e Fundamental

Ao feixe de Direitos Mínimos que fundamenta o ordenamento jurídico e objeto de sua tutela denominam-se Direitos Humanos, Direitos Morais, Liberdades Públicas, Direitos

Subjetivos e Direitos Fundamentais. Interessante perceber que a prática tem utilizado os termos de forma indiscriminada para designar o mesmo feixe de Direitos. Todavia, existe uma considerável distinção entre os termos.

Direitos Naturais, Direitos Morais ou Direitos Humanos são nomenclaturas utilizadas pela Escola Jusnaturalista para designar o feixe mínimo de direitos inalienáveis e universalizáveis, por isso morais ou naturais, e, anteriores ao ordenamento jurídico (PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1999, p. 24). Ou seja, causa de seu fundamento, por meio do chamado pacto social – um grande contrato feito entre os indivíduos que se unem em sociedade para a tutela da segurança jurídica, do direito de propriedade, do direito à vida, do direito à liberdade, etc.

É interessante notar que há uma diferença significativa entre as nomenclaturas “natural” e “moral” dos Direitos Humanos, fruto da evolução histórica do pensamento humano. “Direitos Naturais” são assim denominados na Antiguidade os Direitos Humanos, pois nesta época os filósofos equiparavam os direitos inatos dos homens às leis naturais, e, e na proteção subjetiva da lei natural jurídico (PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1999, p. 47).

Na Idade Média, os Direitos Humanos, inatos, eram fundamentados na vontade divina, e, portanto, materializada nas palavras dos cardeais da Igreja Católica jurídico (PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1999, p. 22).

No séc. XVI, Guilherme de Occam (LUCCHI, 2001, p. 175) inicia uma escola do pensamento que privilegia o indivíduo como ser central do universo, em oposição à visão da Igreja Católica da Idade Média. A partir do pensamento racionalista e antropocêntrico tem-se, na Europa Ocidental, o desenvolvimento do conceito de moralidade atrelada aos Direitos Humanos, como direitos inatos pela moral.

Neste mister, conforme Peces-Barba Martínez (1999, p. 22-23), os jusnaturalistas, fundamentando os “Direitos Humanos” ou “Direitos Morais”, a partir de uma visão individualista e antropocêntrica, atrelam os Direitos Humanos ao direito dos homens, referindo-se a uma pretensão moral forte que deve ser entendida para possibilitar uma vida humana digna.

Interessante perceber como o termo “Direitos Humanos” é fortemente utilizado pelas Declarações Internacionais da Organização das Nações Unidas (ONU) – Declaração Universal dos Direitos Humanos, Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais –, o que tem contribuído para uma confusão terminológica do termo (SAMPAIO, 2004, p. 17).

Em contrapartida, em uma visão positivista, o feixe de direitos que tutelam o homem apenas existe se positivado nos ordenamentos jurídicos. A ruptura com a visão moral desses direitos, originária do positivismo ideológico, significou muito mais uma mera conversão em instrumentos de poder, do que uma mera redução de significados (PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1999, p. 56).

E, a partir, desse pensamento, há uma nova gama de nomenclaturas utilizáveis, além da nomenclatura usual “Direitos Humanos”: “Direitos Públicos Subjetivos”, com origem na Alemanha do séc. XIX ou “Direitos Fundamentais”, como uma teoria calcada na Lei Fundamental (ALEXY, 2002, p. 28), ou ainda, “Liberdades Públicas” como expressão de uma moralidade apoiada pela força do Direito Positivo, designando-se muito mais privilégios para certas classes, como na Carta Magna de 1212 (PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1999, p. 29).

Com efeito, é interessante destacar as razões para a utilização do termo “Direitos Fundamentais” em detrimento do termo “Direitos Humanos”, trazida por Peces-Barba Martínez (1999, p. 37) e, fundamentada no pensamento de Alexy, como sendo uma linguagem mais precisa que possa abarcar mais dimensões dos Direitos Humanos, sem incorrer no reducionismo da posição dos jusnaturalistas ou positivistas. É que, para esses autores, o termo “Direito Moral” ou “Direito Natural” encerra visões restritas que não dão conta de todas as dimensões tuteladas por esses Direitos. Assim, Direitos Fundamentais vinculam o reconhecimento desses Direitos legalmente pelas constituições. Critica ainda os termos “Liberdades Públicas” ou “Direitos Públicos Subjetivos” que afastam o caráter moral desses Direitos.

Assim, considerando a confusão dos termos adotados por diversos ordenamentos jurídicos, e a própria confusão criada dentro de cada ordenamento jurídico, é que Peces-Barba Martínez (1999, p. 36) propõe um consenso terminológico em torno do termo “Direitos Fundamentais”, constituindo ao mesmo tempo uma moralidade básica e uma juridicidade básica, a qual se pode chamar norma material básica do ordenamento jurídico, a partir de sua função integrativa, completando-se apenas com a sua positivação.

Ou seja, para que os direitos conferidos ao homem como o direito à vida, à liberdade, à expressão, à propriedade, à dignidade, ao meio ambiente sadio, etc., sejam tuteláveis, mister se faz a sua positivação pelo Estado, sem descurar de seu caráter ético e moral. Portanto, para que um Direito Humano seja concretizado, ele necessita de todo um instrumental de garantia e proteção jurídicas, decorrente da sua inserção nas Constituições dos Estados Nacionais.

Assim, utilizar-se-á o termo Direitos Humanos para designar o feixe mínimo de direitos inerentes à condição humana no âmbito internacional e no âmbito dos Direitos

Fundamentais para designar a materialização desses direitos nos ordenamentos jurídicos nacionais, em especial, no ordenamento jurídico pátrio.

2.2 Evolução Histórica – Dimensões dos Direitos Humanos Fundamentais

Na Idade Moderna, surge o Estado de Direito fundamentado em uma Constituição em resposta às usurpações provocadas pelo Absolutismo Monárquico, surgem os Direitos Fundamentais de primeira geração, também chamados liberdades civis e políticas.

O marco da introdução das liberdades civis e políticas no Ocidente ocorrem, em nível de Estado Nacional, com a Revolução Francesa (1789), que explicitou a necessidade de tutela à liberdade, igualdade e fraternidade dos homens, seguida de diversos outros dispositivos protetivos proclamados por países de toda a Europa.

Entretanto, da necessidade de propiciar as mesmas liberdades experimentadas por alguns países do Ocidente por todo o mundo – em especial no pós-guerra – é que, em 1948, é firmado um tratado internacional, entre a maior parte dos países do globo, cadenciado pela Organização das Nações Unidas (ONU), qual seja a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

É necessário destacar que a história da humanidade não possui compartimentos estanques. Assim sendo, a evolução da humanidade é marcada por avanços e retrocessos da luta de seres humanos em busca da máxima realização dos interesses ora individuais, ora coletivos, da espécie, por isso, corroborar-se pelo de entendimento de Weis (1999, p. 65), acerca do termo dimensões dos direitos por melhor expressar essa dialética.

[...] para quem a insistência na idéia de gerações de direitos como se fossem compartimentos estanques, além de consolidar a inexatidão da expressão em face da moderna concepção de direitos humanos fundamentais, pode se prestar a justificar políticas públicas que não reconhecem a indivisibilidade da pessoa humana, geralmente em detrimento dos direitos sociais, econômicos e culturais ou dos direitos civis e políticos previstos nos tratados internacionais sobre direitos humanos (LEITE, 2001, p. 30-31).

A conquista das liberdades civis e políticas foram suficientes apenas para a mudança do eixo de poder da sociedade, que agora não mais se encontra na tradição das classes sociais, clero e nobreza, mas no sucesso econômico da burguesia capitalista, que sem os entraves de um governo absoluto, tem o caminho livre para exercer seus interesses individuais e econômicos. No dizer de Santos (2004, p. 24):

O resultado dessa atomização social, como não poderia deixar de ser, foi a brutal pauperização das massas proletárias, já na primeira metade do séc.

XIX. Ela acabou, afinal, por suscitar a indignação dos espíritos bem formados e a provocar a indispensável organização da classe trabalhadora.

Nesse contexto, surgem os direitos de segunda geração, os direitos sociais, econômicos e culturais e a necessidade de um Estado interventor, *Welfare State*. Tem por fim garantir a verdadeira igualdade a todos, interferindo no conceito de propriedade absoluta, que passa a ter uma função social, tendo em vista a proibição mercantilização da força humana pelo Tratado de Versalhes de 1919, dignificando-a.

É neste momento que os Direitos Sociais ganham maior relevância sendo insertos em diversos textos constitucionais: a Constituição Mexicana de 1917, a Constituição de Weimar (Alemanha, 1919), a Carta *Del Lavoro* (Itália, 1927), e, no Brasil, a Constituição Polaca de 1934 – a primeira a inserir os Direitos Sociais no Texto Maior. Todavia, é apenas em cinco de outubro de 1988 que o Brasil dignifica o trabalho e o eleva à categoria de Direito Fundamental do homem, ao lado das liberdades individuais.

Demonstrando bem a necessidade de superação do individualismo exacerbado, traz à liça os ensinamentos de Bobbio, Matteucci e Pasquino (2004, p. 354) que sintetizam a evolução do conteúdo do princípio da igualdade, da primeira para a segunda dimensão de Direitos Humanos:

[...] Os direitos sociais (direito ao trabalho, à assistência, ao estudo, à tutela da saúde, liberdade da miséria e do medo), maturados pelas novas exigências da sociedade industrial, implicam, por seu lado, um comportamento ativo por parte do Estado ao garantir aos cidadãos uma situação de certeza. O teor individualista original da declaração, que exprimia a desconfiança do cidadão contra o Estado e contra todas as formas de poder organizado, o orgulho do indivíduo que queria construir seu mundo por si próprio, entrando em relação com os outros num plano meramente contratual, foi superado: pôs-se em evidência que o indivíduo não é uma mônada, mas um ser social que vive num contexto preciso e para o qual a cidadania é um fator meramente formal em relação à substância da sua existência real; viu-se que o indivíduo não é tão livre e autônomo como o iluminismo pensava que fosse, mas é um ser frágil, indefeso e inseguro. Assim, do Estado abstenteísta, passamos ao Estado assistencial, garante ativo das novas liberdades. O individualismo, por sua vez, foi superado pelo reconhecimento dos direitos dos grupos sociais: particularmente significativo quando se trata de minorias (étnicas, linguísticas e religiosas), de marginalizados (doentes, encarcerados, velhos e mulheres). Tudo isso são conseqüências lógicas do princípio da igualdade, que foi o motor das transformações nos conteúdos das declarações, abrindo sempre novas dimensões aos Direitos Humanos [...].

Com a Revolução Industrial, expandiu-se por todo o mundo uma sociedade de massa, a população nas cidades se multiplicou, elevando-se em proporções geométricas, também,

os problemas sociais. Diante desse panorama caótico, o Direito, novamente acompanhando o fenômeno social, desenvolveu-se em busca de uma solução econômica e célere para os novos anseios sociais.

No processo, desenvolvem-se institutos de tutela coletiva; a propriedade ganha uma função ambiental e o Estado Social, da segunda dimensão, já não suporta mais prover tantas necessidades. Neste ínterim, desenvolve-se a idéia do Estado Democrático de Direito, que significou uma fusão entre o Estado mínimo, liberal, e o máximo, social, tendo em vista que a nova realidade social determina o absenteísmo estatal em alguns setores econômicos, e, por outro, lado uma forte intervenção nos setores da educação, segurança, saúde, etc.

Assim, a humanidade chega à terceira dimensão dos direitos, sem descurar das dimensões anteriores, tendo em vista que essa nova perspectiva dos Direitos Fundamentais é fortemente marcada pela solidariedade e inclusão social.

2.3 Terceira Dimensão – Direitos das Minorias

A terceira dimensão dos direitos é marcada pelo acesso das minorias ao efetivo gozo dos Direitos Fundamentais até então conquistados. Assim, essa dimensão é caracterizada pela solidariedade, pela classificação de direitos coletivos *lato sensu*, pela função ambiental da propriedade e pela máxima inclusão social.

Corroborando essa afirmação, cita-se Herkenhoff (1997, p. 16): “a consciência dos novos direitos não se opõe à busca de realização plena de direitos já afirmados.”.

Assim, iniciou-se um movimento internacional de reconhecimento dos Direitos das Minorias por meio de inúmeras declarações: Declaração Islâmica Universal dos Direitos do Homem, Declaração Universal dos Direitos dos Povos, Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, Declaração Solene dos Povos Indígenas, dentre outras.

Todas essas Declarações possuem uma característica comum: são, primeiramente, denúncias de exclusão social de algumas minorias, mas também um esforço no sentido de inclusão social de seres humanos alijados do processo de dignificação do homem pelos mais diversos preconceitos.

Lozer (2005, p. 14) entende que os direitos de terceira dimensão foram consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, na convenção relativa à proteção do patrimônio mundial, cultural e natural de 1972, na Carta Africana de Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos, na Convenção sobre a diversidade biológica, entre outros diplomas

internacionais normativos. Construí, assim, a noção maior de coletividade, ou seja, uma noção de solidariedade e fraternidade humana.

Destarte, Lozer (2005, p. 15) entende que a terceira dimensão de direitos “pressupõe o ser humano como cidadão do mundo, como sujeito de direitos exercitáveis até mesmo no plano internacional.”.

Portanto, poder-se-á enumerar como características dos direitos da terceira dimensão, o fato de serem direitos metaindividuais, direitos de solidariedade de serem decorrentes do Estado Democrático de Direito e de ensejarem a inclusão social das minorias.

3 A (IN)EXCLUSÃO DOS POVOS

3.1 Diagnóstico do Problema por Herkenhoff

O problema da exclusão social de pessoas remonta à antiguidade, tendo em vista que os estrangeiros nunca foram tratados como cidadãos e alguns povos eram considerados inferiores a outros. Portanto, merecedores da dominação pelo Império Romano.

Entretanto, com o humanismo, o homem começou a ocupar o centro do universo o que desenvolveu a teoria dos Direitos Humanos. Nessa perspectiva, um fenômeno importante que necessita ser estudado na atualidade é a globalização.

Para o Professor Herkenhoff (2004), a globalização pode ser analisada sob três perspectivas: ideologia, mundialização do capital e processo civilizatório humano-genérico.

Como ideologia, a globalização que surgiu como uma forma de integração econômica, financeira e cultural entre os povos, através da globalização do capital, massificando padrões culturais e de consumo que determinaram o surgimento de uma nova forma de imperialismo com ênfase na visão social da estética e na exclusão social.

Com a mundialização do capital, a globalização trouxe uma maior interação do capital, com a quebra das barreiras resistentes à especulação, proporcionando o trânsito do capital, em um mesmo dia, por diversos países do mundo, o que resulta na instabilidade financeira e econômica dos países – sem precedentes históricos –, no aniquilamento da indústria local, no desemprego, na destruição maciça do meio ambiente – devido à sua exploração irresponsável em países que possuem legislação protetiva flexível –, violência – fulcrada na “progressiva perda de confiança nas instituições da vida social, [...] relativização da Ética em prol da ditadura do mercado na condução dos processos sociais [...] de modo a relegar à esfera individual crença, valores e princípios” Herkenhoff (2004) – e exclusão social.

Sob esses dois aspectos, o professor propôs através dos verbos “ver” e “julgar” uma análise do rastro de prejuízos causados pela globalização, que, na realidade, nada mais é do que um neo-imperialismo totalmente destrutivo para o ser humano e para o planeta Terra.

Sob a perspectiva do verbo “julgar”, Herkenhoff afirma que não há como frear o fenômeno da globalização que hoje é um fato marcante na vida do planeta. Todavia, ao inserir os Direitos Humanos nesse processo, com a inserção das minorias, dos esquecidos, dos excluídos e oprimidos à vida social, do respeito e da solidariedade dos países economicamente fortes à cultura e individualidade dos povos, de modo a diminuir as animosidades incitadas, ainda, considerando a proposta de uma visão realista do pretense mundo “unificado” no capitalismo após a Guerra-Fria, há a premente necessidade de descortinar as abafadas vozes pela proposta democrática de retorno ao projeto social e ao compromisso ético.

Herkenhoff acredita que o caminho a ser seguido para a inserção dos Direitos Humanos no processo de globalização deve vir da classe dos historicamente excluídos: países periféricos, trabalhadores desempregados, mulheres, etc. Todavia, reconhece que os contornos dessa solução alternativa ainda não são suficientemente claros.

Nessa visão, poder-se-á concluir que a proposta de Herkenhoff já está sendo implantada no âmbito internacional e nacional, na medida em que os excluídos sociais iniciam um movimento de reconhecimento, paz e respeito por sua cultura e tradição. Um exemplo claro desse movimento é a Declaração dos Direitos dos Povos, documento ratificado pelos países signatários da ONU.

3.2 A Teoria da Justiça de Rawls e o Direito dos Povos

Autor de destaque na filosofia jurídica, Jonh Rawls analisou diversos aspectos jurídico-sociais através da teoria da justiça reflexiva. Dentre as questões por ele estudadas está o Direito dos Povos, ou seja, a necessidade de existência de uma sociedade dos povos justa e igualitária.

Para caracterizar os aspectos necessários à existência dessa sociedade dos povos, Rawls afirma a necessidade de um estudo calcado na utopia realista. Assim, parte da premissa de que “[...] Um Direito dos Povos (razoável) deve ser aceitável para povos razoáveis que são assim diversos, deve ser imparcial entre eles e eficaz na formação dos esquemas maiores da sua cooperação” (RAWLS, 2004, p. 16).

Rawls escolhe o termo “sociedade dos povos” em detrimento da harmonização dos Estados, porque somente na sociedade dos povos se pode atribuir motivos morais para o

entendimento, por exemplo, a “lealdade aos princípios do Direito dos Povos, que, por exemplo, permite a guerra apenas em defesa própria – aos povos (como atores), o que não se poderá fazer com relação aos Estados.” (RAWLS, 2004, p. 23).

É interessante observar que Rawls parte da mesma premissa de Rousseau na obra *Contrato Social*: a de que na sociedade política, um governo legítimo considera os homens como são e as leis como poderiam ser. Essa investigação tenta sempre unir o que o direito permite e o que o interesse exige para não separar justiça e utilidade (RAWLS, 2004, p. 17).

Rawls afirma que os princípios da concepção de justiça devem satisfazer o critério de reciprocidade, tendo em vista que o maior problema é garantir uma mesma interpretação frente aos diversos conteúdos da razão pública dos povos (RAWLS, 2004, p. 19).

Importante destacar que a doutrina realista é sumamente institucional, posto permitir uma falibilidade de conduta de alguns cidadãos, desde que os outros não se desvirtuem do senso de imparcialidade, tolerância e disposição para o entendimento com os outros (RAWLS, 2004, p. 21).

Deve haver uma unidade religiosa, filosófica ou política para haver a unidade social, todavia, caso não haja, haverá um “consenso sobreposto de doutrinas abrangentes.” (RAWLS, 2004, p. 21), o que Rawls denomina de *modus vivendi*.

Portanto, ele defende como padrão ideal de uma sociedade dos povos, a condição de cada povo possuir uma sociedade liberal e decente (RAWLS, 2004, p. 22-23), pois, “[...] uma tarefa importante na ampliação do Direito dos Povos a povos não-liberais é especificar até que ponto os povos liberais devem tolerar povos não-liberais.” (RAWLS, 2004, p. 77).

Para haver uma tolerância na existência de povos não liberais pela “sociedade dos povos”, Rawls defende “[...] que as instituições básicas devem cumprir condições específicas de direito, política e justiça, e levem seu povo a honrar um Direito razoável e justo para a Sociedade dos Povos, um povo liberal deve tolerar e aceitar essa sociedade.” (RAWLS, 2004, p. 78).

E, expressando os motivos de seu repúdio às sociedades não liberais afirma:

[...] Dado o fato do pluralismo, os cidadãos de uma sociedade liberal afirmam uma família de concepções políticas razoáveis de justiça e divergirão quanto a qual concepção é mais razoável. Eles concordam que sociedades não-liberais deixam de tratar pessoas com razão, intelecto e sentimentos morais

como verdadeiramente iguais e livres e, *portanto*, dizem eles, as sociedades não-liberais estão sempre sujeitas a uma forma de sanção – política, econômica ou mesmo militar – dependendo do caso (RAWLS, 2004, p. 78).

Rawls defende como ideal que um povo deve sentir orgulho de sua história e de suas conquistas para haver um *patriotismo adequado* (RAWLS, 2004, p. 57), contudo, esse orgulho que gera uma respeitabilidade entre o próprio povo deve ser compatível com a igualdade de todos os povos.

Assim, a estabilidade da sociedade dos povos deve existir pelas razões certas para se obter uma paz razoável, e não através de um *modus vivendi*, visto que “a sua ausência torna a paz entre os Estados [...] um equilíbrio de forças momentaneamente estável.” (RAWLS, 2004, p. 57-57, *passim*).

Na visão de Rawls as sociedades liberais devem agir com tolerância, cooperação e assistência para com as sociedades não liberais de boa reputação, ou seja, sociedades que respeitam os requisitos *supraelencados* para serem aceitas.

Por fim, entende o jusfilósofo que os Direitos Humanos têm a função de estabilizar a sociedade dos povos, promovendo a paz razoável pelas razões certas, posto que “restringem as razões justificadoras da guerra e põem limites a autonomia interna do regime.” (RAWLS, 2004, p. 103).

E, retornando ao fato de que uma sociedade liberal nasce do contrato social, Rawls fundamenta os Direitos Humanos numa concepção de justiça cosmopolita liberal por meio do princípio da igualdade (RAWLS, 2004, p. 107).

3.3 Aplicação da Teoria do Discurso Habermasiana e a Inclusão do Outro

Diferente de Rawls, Habermas trata do problema das minorias inatas visto sobre o ponto de vista comunitarista e do ponto de vista intersubjetivista da teoria do discurso (HABERMAS, 2004, p. 170).

A teoria do discurso habermasiana pode ser resumida como a necessidade do debate público na solução dos problemas advindos das sociedades modernas. Assim, ao apresentar uma pluralidade de argumentos sobre o assunto em um debate público, os membros de uma sociedade terão a possibilidade de apontar as falhas de cada argumento, chegando assim, à escolha da melhor solução – a diferença do pensamento de Habermas para Rawls é que o melhor argumento é construído pelos cidadãos em debate, e não que esse argumento será sobreposto aos demais, como defende Rawls.

Através desse procedimento, Habermas entende que cada agente social poderá se sentir produtor das próprias normas de conduta social elaboradas, transformando o Direito, no mediador social do entendimento harmônico de pessoas e de sistemas sociais.

Nessa perspectiva, Habermas afirma que o problema da exclusão social surge nas sociedades democráticas quando uma maioria impõe seu ponto de vista, sobre os demais, ignorando um argumento ou posição, julgada minoritária.

[...] Por causa de tais regras, implicitamente repressivas, mesmo dentro de uma comunidade republicana, que garanta formalmente a igualdade de direitos a todos, pode eclodir um conflito cultural movido pelas minorias desprezadas contra a cultura da maioria (HABERMAS, 2004, p. 171).

O problema que surge quando uma minoria é ignorada é que “os cidadãos, mesmo quando observados como personalidades jurídicas, não são indivíduos abstratos, amputados de sua relação de origem.” (HABERMAS, 2004, p. 170), mas, um grupo de indivíduos que possui uma personalidade social própria.

Uma nação de cidadãos é composta de pessoas que, devido a seus processos sociais, encarnam simultaneamente as formas de vida dentro das quais se desenvolveu a sua identidade – e isso ocorre mesmo quando, como adultos, eles se libertem das tradições de sua origem. Naquilo que é relevante para seu caráter as pessoas são como entroncamentos numa rede adstrícia de culturas e tradições (HABERMAS, 2004, p. 171).

Portanto, a solução apontada pelo jusfilósofo passa pela continuidade da aplicação do princípio da maioria, todavia, sob a perspectiva do respeito às unidades (HABERMAS, 2004, p. 170).

Habermas defende que juntamente com a composição social de cidadania também se mudam os horizontes de valores, para ele, “nem sempre há novos argumentos, mas sim, novas maiorias.” (HABERMAS, 2004, p. 172).

[...] Em geral, a discriminação não pode ser abolida pela independência nacional, mas apenas por meio de uma inclusão que tenha suficiente sensibilidade para a origem cultural das diferenças individuais e culturas específicas. O problema de minorias “inatas”, que pode surgir em todas as sociedades pluralistas, agugiza-se nas sociedades multiculturais. Mas quando estas estão organizadas como Estados democráticos de direito, apresentam-se, todavia, diversos caminhos para se chegar a uma inclusão “com sensibilidade para as diferenças”: a divisão federativa de poderes, uma delegação ou descentralização funcional e específica das competências do Estado, mas acima de tudo, a concessão da autonomia cultural, os direitos

grupais específicos, as políticas de equiparação e outros arranjos que levem a uma efetiva proteção das minorias (HABERMAS, 2004, p. 172).

Uma sociedade harmônica deve ser construída através da coexistência da igualdade de direitos entre os cidadãos pertencentes à uma pluralidade de culturas, não através da "fragmentação da sociedade." (HABERMAS, 2004, p. 172).

[...] O multiculturalismo, ao mesmo tempo que apóia a perpetuação de vários grupos culturais dentro de uma mesma sociedade política, também requer a existência de uma cultura comum... Membros de todos os grupos... terão de adquirir uma linguagem política e convenções de comportamento comuns para participar eficientemente na competição por recursos de proteção ao interesse do grupo, assim como os interesses individuais numa arena política compartilhada (HABERMAS, 2004, p. 172-173).

Através da teoria do discurso, os cidadãos debateriam suas aspirações em um espaço público para o entendimento, e assim, entrariam em consenso sobre determinada medida social a ser adotada. Essa é a verdadeira formação da cultura política comum.

No entanto, pode ser que esse consenso, propiciado pela regra da maioria, ainda assim, exclua uma parcela social de cidadãos. Habermas defende uma sensibilidade para as diferenças, e, como solução para a harmonia social, a adoção de políticas públicas promocionais da inclusão social.

4.4 Visão Cosmopolita de Peter Härbele

Härbele desenvolve a teoria dos Direitos Humanos por meio de uma visão cosmopolita da análise do Estado Constitucional moderno, que possui um enfoque humanitário prevalente de cooperação entre os povos para o desenvolvimento de todos e a efetivação dos Direitos Humanos. "Objetivos educacionais são elementos centrais dos Estados constitucionais. Eles exprimem com eloquência a autocompreensão de uma comunidade política." (HÄBERLE, 2003, p. 58).

Assim, a educação é escolhida por Härbele como o valor básico fundamental dos Estados constitucionais, pois possui o objetivo de infundir uma mentalidade comunitária voltada para o desenvolvimento da personalidade humana, da proteção ao meio ambiente e da educação para os Direitos Humanos.

[...] É significativo que o objetivo educacional aponta para além do Estado, em parte, para o aspecto universal da humanidade e das suas respectivas nuances *verticais*. Partindo do Direito Internacional, o art. 26, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, das Nações Unidas (1948), deve ter servido

de inspiração: “A formação deve ter por objetivo [...] o fortalecimento do respeito aos direitos humanos” (HÄBERLE, 2003, p. 59).

E para que haja um entendimento em torno dos Direitos Humanos, uma educação voltada para o respeito à dignidade humana, Härbele defende a necessidade da celebração de cláusulas e declarações de cooperação e de amizade. Para ele, “cláusulas de cooperação constituem uma espécie de texto próprio” (HÄBERLE, 2003, p. 59), podendo ser concebidas de forma regional ou universal, mas sempre objetivando a solidariedade e o entendimento entre os Estados.

Härbele afirma que, muito provavelmente, os documentos internacionais e a tendência do Direito Internacional humanitário tenham influenciado as Constituições Nacionais para a existência de institutos marcados por um humanismo cosmopolita (HÄBERLE, 2003, p. 63).

No âmbito mundial os Estados têm procurado implementar a participação no fortalecimento de relações pacíficas com base no fomento aos Direitos Fundamentais, no fortalecimento das forças econômicas e culturais dos países em desenvolvimento – tal qual a Hungria, que estabeleceu através de sua Constituição, uma cláusula de transferência de direitos de soberania aos países vizinhos (HÄBERLE, 2003, p. 62).

Portanto, ao promover a paz, cooperação e amizade por meio da interiorização dos Direitos Humanos nos Estados Constitucionais, cria-se uma cultura de união pela solidariedade e o reconhecimento do valor da humanidade e do indivíduo como um ser cosmopolita, parte de uma humanidade multicultural que necessita do entendimento mútuo para o seu próprio desenvolvimento pacífico.

4 PROTEÇÕES NORMATIZADAS

4.1 Proteção Internacional

Existem diversos diplomas internacionais visando à tutela jurisdicional das minorias. Todavia, o presente artigo tecerá breves considerações acerca da Declaração do Direito dos Povos e da Declaração dos Povos Indígenas na visão da terceira dimensão dos Direitos Humanos, da inclusão social com sensibilidade para as diferenças de povos pertencentes a uma Sociedade dos Povos, com a possibilidade do debate público e de uma visão cosmopolita do ser humano – cidadão do Planeta Terra.

4.1.1 Declaração do direito dos povos

A Declaração do Direito dos Povos é um diploma internacional celebrado no âmbito da ONU em 1947, na cidade de Argel, valendo ressaltar que a primeira edição foi aprovada

pelo “Cumbre de la CONSEU” em 27 de maio de 1990, e a segunda edição, posta na ordem do dia no “III Cumbre de la CONSEU”, em 22 de novembro de 1998, em Valência, proclamada publicamente, no dia 24 de abril de 1999.

Essa Declaração é de suma importância para a terceira dimensão dos Direitos Humanos, na medida em que positiva o direito metaindividual de respeito à dignidade humana dos grupos sociais através de diferentes culturas e tradições.

Logo no artigo primeiro da Declaração do Direito dos Povos, observa-se a tutela do direito à vida. No dizer do professor Herkenhoff (1997, p. 49):

Ao preservar o direito dos povos à existência, a Declaração Universal do Direito dos Povos defende o Direito Humano à vida. Isto porque, quando se atenta contra o direito a vida de um povo, sacrifica-se o direito a vida de milhões de pessoas.

O direito de os povos manterem sempre a mesma identidade encerra uma proteção fundamental de existência dos sujeitos dos direitos coletivos. A ausência de uma definição universalmente admitida do conceito de “povo” põe em evidência que não se trata de um conceito estático, mas sim dinâmico.

A história mostra que certas comunidades reconhecidas como povo tem aparecido e desaparecido, ou, surgido depois na cena internacional com outros nomes.

No entanto, as modificações, extinções ou surgimento das comunidades humanas ou dos povos não podem de forma alguma fundamentar os graus de aceitação, de negação ou imitação do respeito devido aos direitos coletivos e individuais dos indivíduos que os compõem.

Nesse mister, a Declaração Universal do Direito dos Povos contribuiu, primeiramente para a formação de um conceito universal de povo. É o que se extrai do art. 1.º da Declaração:

Art. 1.º Qualquer coletividade humana que tenha referências comuns a uma cultura e de uma tradição histórica, desenvolvidas em um território geograficamente determinado ou em outros âmbitos, constitui um povo.

Portanto, pode-se afirmar que o princípio da dignidade humana da coletividade reunida em um povo (arts. 1.º, 2.º, 3.º e 4.º conjugados, dentre outros) e o princípio da autodeterminação dos povos (art. 5.º) embasa toda gama de direitos positivados na Declaração Universal do Direito dos Povos.

Destaca-se, entre eles, o direito de liberdade econômica¹, de cultura, de crença; o direito ao trabalho, às riquezas contidas em suas terras; o direito de proteção contra a discriminação por qualquer motivo, entre outros.

O mais importante a ressaltar é que, todos esses direitos expressos na Declaração Universal do Direito dos Povos, são exatamente os mesmos direitos humanos contidos na Declaração Universal dos Direitos dos Homens de 1948, bipartida no Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e no Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Todavia, com a marcante idéia de INCLUSÃO SOCIAL das minorias esquecidas.

4.1.2 Declaração dos povos indígenas

Outro diploma internacional que merece destaque especial é a Declaração dos Povos Indígenas, pela especial importância que esse povo possui no Continente Americano.

Índio é a denominação que os povos do Continente Europeu Ocidental fixou para diferenciar o povo que vivia no Continente Americano, antes da percepção de existência do referido continente, pela comunidade européia. E em nome da obtenção de matérias-primas para financiar a Revolução Industrial, toda essa comunidade foi massacrada, violentada, saqueada e exterminada. Os poucos representantes que sobraram dos nativos americanos, os índios, ainda hoje sofrem a segregação social, destituídos, algumas vezes de tutela legal para o amparo de seus direitos ou de eficácia dessa tutela.

Nesse ínterim, a Organização das Nações Unidas declarou o ano de 1993 o *Ano Internacional dos Povos Indígenas*. Assim, no período de 1993 a 2004, a ONU promoveu vários fóruns de discussão sobre a situação do índio, o que culminou com o projeto de declaração proposto pelo Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas da Subcomissão para a Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias da ONU.

Tal qual a Declaração de Direitos dos Povos, a Declaração dos Povos Indígenas é um grito de alerta para a humanidade e um pedido de inclusão social de uma comunidade, minoria excluída do contexto social de cidadania interna e cosmopolita da atualidade. Entretanto, o que chama a atenção na Declaração dos Povos Indígenas é o envolvimento da ONU, pela primeira vez, em elaborar um documento mundial que elucida o valor de um grupo particularmente vulnerável.

¹ A liberdade econômica significa o direito dos povos de não serem subjugados ou dominados economicamente, ou seja, liberdade contra qualquer ingerência estrangeira.

Passa-se, então, a analisar o texto da Declaração dos Povos Indígenas aprovado pela ONU, mas ainda não ratificados pelos Estados signatários do organismo internacional, o que está previsto para a reunião anual de setembro de 2006.

Primeiramente, pede-se *vênia* para transcrever o preâmbulo da Declaração que permite observar a dimensão da importância do texto que se segue, além da promoção de uma denúncia internacional de toda sorte de violação que esse povo tem sofrido ao longo dos séculos de exploração.

Afirmando que todos os povos indígenas são livres e iguais em dignidade e direitos, de acordo com as normas internacionais, e reconhecendo o direito de todos os indivíduos e povos de serem distintos e de considerarem-se distintos, e serem respeitados como tais. Considerando que todos os povos contribuem para a diversidade e a riqueza das civilizações e culturas, as quais constituem patrimônio comum da humanidade.

Convencidos de que todas as doutrinas, políticas e práticas de superioridade racial, religiosa, étnica ou cultural são cientificamente falsas, legalmente inválidas, moralmente condenáveis e socialmente injustas. Preocupados com o fato de os povos indígenas terem sido frequentemente privados de seus direitos humanos e liberdades fundamentais, tendo como resultado a perda de suas terras, territórios e recursos, assim como a pobreza e a marginalização.

Celebrando o fato de que os povos indígenas estão se organizando para pôr fim a todas as formas de discriminação e opressão onde quer que ocorram.

Reconhecendo a urgente necessidade de promover e respeitar os direitos e características dos povos indígenas, que se originam em sua história, filosofia, culturas, tradições espirituais e outras, assim como em suas estruturas políticas, econômicas e sociais, especialmente seus direitos a terras, territórios e recursos.

Reafirmando que os povos indígenas, no exercício de seus direitos, deveriam ver-se livres de discriminação adversa de todo tipo.

Respaldando os esforços para consolidar e fortalecer as sociedades, culturas e tradições dos povos indígenas, através de seu controle sobre os processos de desenvolvimento que afetem a eles ou às suas terras, territórios e recursos. Enfatizando a necessidade da desmilitarização das terras e territórios dos povos indígenas, o que contribuirá para a paz, a compreensão e as relações amistosas entre os povos do mundo.

Enfatizando a importância de dar especial atenção aos direitos e necessidades das mulheres, jovens e crianças indígenas. Convencidos de que os povos indígenas têm o direito de determinar livremente suas relações com os Estados nos quais vivem, num espírito de coexistência com outros cidadãos.

Ressaltando que os *Convênios Internacionais sobre os Direitos Humanos* afirmam a fundamental importância do direito à autodeterminação, assim como o direito de todos os seres humanos de procurar seu desenvolvimento material, cultural e espiritual em condições de igualdade e dignidade. Tendo em conta que nada nesta Declaração pode ser usado como justificativa para negar a qualquer povo seu direito à autodeterminação. Conclamando os Estados a cumprir e implementar efetivamente todos os instrumentos internacionais aplicáveis aos povos indígenas. Solenemente proclamamos a seguinte *Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas*.

Como se pode observar, fruto de toda sorte de injustiças e violações, o povo indígena se une, pela primeira vez, para declarar ao mundo a necessidade de respeito à sua dignidade. Sendo o § 2.º da primeira parte da Declaração, o dispositivo legal que mais chama a atenção pelo fato de tão-somente declarar perante o globo a existência de pessoas que merecem ser tuteladas com a maior conquista da humanidade: o respeito à condição de pessoa em sua integralidade, todas as dimensões dos Direitos Humanos: “Os povos indígenas têm o direito ao pleno e efetivo desfrute de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos na Carta das Nações Unidas e outros instrumentos internacionais de direitos humanos”.

E é esse o dispositivo que se escolhe para resumir toda a Declaração dos Povos Indígenas, tendo em vista a perplexidade com a qual se encontram os seres humanos, notadamente os brasileiros, perante a atual situação socioeconômica do índio, que sequer tem direito de manter viva a sua cultura, com a qual ainda se tem muito que aprender.

4.2 Proteção Nacional

Diante do quadro de alerta que se encontram os povos classificados como minorias excluídas da cidadania cosmopolita, é com bastante alívio que se ressaltam os dispositivos constitucionais existentes no Brasil, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a Constituição Cidadã, que, antecipando-se ao movimento internacional de inclusão social possui em seu bojo, as três dimensões de Direitos Humanos, com especial destaque para a posição de vanguarda relativamente aos direitos de terceira dimensão.

No Título I – Dos Princípios Fundamentais, a Constituição Federal de 1988, traz no art. 4.º os princípios que regem as suas relações internacionais, *in verbis*, o que demonstra a preocupação premente com a efetivação dos direitos humanos de terceira dimensão:

Art. 4.º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
I – independência nacional;
II – **prevalência dos direitos humanos;**

- III – **autodeterminação dos povos;**
- IV – **não-intervenção;**
- V – igualdade entre os Estados;
- VI – **defesa da paz;**
- VII – solução pacífica dos conflitos;
- VIII – **repúdio ao terrorismo e ao racismo;**
- IX – **cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;**
- X – concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a **integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina**, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações (grifos nossos).

Com efeito, grifados estão os princípios mais importantes constitucionalizados no art. 4.º, bem como a visão integracionista do Brasil com os povos vizinhos com uma união de povos semelhantes para o progresso comum em todos os seus aspectos. Outro destaque é a **prevalência dos direitos humanos**, que, conjugada com os parágrafos segundo e terceiro do art. 5.º, *in verbis*, demonstram a abertura do Brasil para a efetivação completa dos direitos humanos fundamentais, em especial, a valorização da dignidade humana.

Art. 5.º [...]

§ 2.º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3.º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Assim, criou-se um sistema de abertura do ordenamento jurídico pátrio para os novos Direitos Humanos Internacionais, agregando-os com o *status* constitucional ao ordenamento jurídico pátrio.

Também constitui posição de vanguarda da Constituição de 1988, relativamente à Declaração dos Povos Indígenas, o Capítulo VIII do Título VIII – Da Ordem Social, que prevê constitucionalmente a tutela dos índios nos artigos 231 e 232:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1.º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2.º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3.º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4.º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5.º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, ad referendum do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6.º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

§ 7.º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, §§ 3.º e 4.º.

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

Como se pode observar, o projeto jurídico (CANOTILHO, p. 1.196) inserido pela Constituição Federal de 1988, na escolha de normas e valores que fundamentam o ordenamento pátrio, prevê a valorização da dignidade humana, a valorização e respeito aos povos, em especial ao indígena, o respeito à sua cultura, às suas terras e por meio de ações positivas do Estado, prevê a sua tutela integral, bem como confere às comunidades e organizações legitimidade e capacidade jurídica processual para a defesa de seus direitos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os Direitos Humanos internacionalmente consagrados constituem uma grande conquista histórica da humanidade pelas diversas gerações. Todavia, cada agrupamento desses direitos é classificado como dimensões para enfatizar a diferença de sua evolução que é dinâmica e complementar.

Ao se interiorizar os Direitos Humanos nos ordenamentos jurídicos nacionais, estes passam a ser denominados de Direitos Fundamentais, tendo em vista que a correspondência desses com aqueles, infelizmente, nem sempre é uma realidade.

Nesse mister, de grande importância é o pensamento dos jusfilósofos Herkenhoff, Peter Häberle, Habermas e John Rawls desenvolvendo aspectos distintos do problema jurídico social da discriminação e convergindo sempre para a necessidade do respeito à dignidade humana e para a inclusão social, observando-se a realidade das diferenças de uma humanidade multicultural.

Nessa perspectiva, eclode a terceira dimensão dos direitos, os Direitos de Solidariedade, e, com ele, o grito dos excluídos, que culminou em diversas Declarações Internacionais, dentre as quais, a Declaração dos Direitos dos Povos e a dos Povos Indígenas. Esta, carecendo de ratificação dos países signatários da Organização das Nações Unidas.

Não obstante a existência desses diplomas internacionais, o Brasil, antes mesmo das declarações, positivou na Constituição Federal de 1988 o direito de autodeterminação dos povos, bem como seu respeito, a prevalência dos Direitos Humanos nas relações internacionais – bem como nas relações internas, perante o extenso rol exemplificativo de Direitos Fundamentais do art. 5.º –, bem como a tutela do povo mais antigo das Américas, os índios.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Lael, 2002.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale et al. 12. ed. Brasília: UnB / LGE, 2004, p. 354.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004. Título original: *Die Einbeziehung des Anderen - Studien zur politischen Theorie*.
- HÄBERLE, Peter. A humanidade como valor básico constitucional. In: **Direito e legitimidade**. Tradução de Cláudio Molz e Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Landy, 2003.
- HERKENHOFF, João Batista. **Direitos humanos**: a construção universal de uma utopia. São Paulo: Santuário, 1997.

HERKENHOFF, João Batista. **Movimentos sociais e direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação civil pública**: nova jurisdição trabalhista metaindividual: legitimação do Ministério Público. São Paulo: LTr., 2001.

LOZER, Juliana Carlesso. Direitos humanos e interesses metaindividuais. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra (Org.). **Direitos metaindividuais**. Rio de Janeiro: LTr., 2005, p. 9-23.

LUCHI, José Pedro. Propedêutica habermasiana do direito. **Revista de Filosofia - UFES**, ano VII, n.º 7, p. 175-200, jan.-jun. 2001.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. **Curso de derechos fundamentales**: teoría generale. Madrid: Ed. Universidade Carlos III de Madrid, 1999.

RAWLS, John. **O direito dos povos**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos humanos na negociação coletiva**. São Paulo: LTr., 2004.

Submissão em: fevereiro de 2010
Pareceres favoráveis em: junho de 2010

O DIREITO À DIFERENÇA NA IGUALDADE DE DIREITOS

MARIA TERESA ÉGLÉR MANTOAN*

Resumo. A proposta de incluir todos os alunos na escola comum tem se chocado com a cultura assistencialista/terapêutica da Educação Especial e com o conservadorismo de políticas públicas na área. Este artigo focaliza os desafios que temos de enfrentar para remover barreiras e tornar nossas escolas democráticas e inclusivas, em todos os níveis de nossa educação.

Palavras-chave: Educação Especial, inclusão, legislação e políticas educacionais.

Abstract: The proposal to include all students in the mainstream education has been clashing with a notably therapeutic and assistance-oriented culture of Special Education and with the conservatism of our public policies in that area. This paper will focus on the challenges that we are facing at present, that is, the attempts to break the legal and educational barriers in order to move towards a democratic and inclusive school in all levels of our education.

Keywords: Special Education, inclusion, educational legislation and policies. The right to difference in the equality of rights.

* Doutorado em Educação (1991), pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP), Brasil. Mestrado em Educação (1987) pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP), Brasil. Especialização em Certificat de Aptitude à la Education dès Enfants et (1975) pelo Centre National D'Études et de Formations, CNEF, França. Graduação em Pedagogia (1978) pela Universidade São Francisco, USF, Brasil. Professora colaboradora da Universidade Estadual de Campinas. Dedicou-se, nas áreas de pesquisa, docência e extensão, ao direito incondicional de todos os alunos à educação escolar de nível básico e superior de ensino. Oficial da Ordem Nacional do Mérito Educacional no Grau de Cavaleiro - Reconhecimento a contribuição à Educação no Brasil.

1 INTRODUÇÃO

Pautada para atender a um aluno idealizado e de um projeto educacional elitista, meritocrático e homogeneizador, a escola tem produzido situações de exclusão que têm, injustamente, prejudicado a trajetória educacional de muitos estudantes. Queixas escolares mal fundamentadas e ausência de laudos periciais competentes levam alunos a ser considerados como pessoas com deficiência e encaminhados indevidamente aos serviços da Educação Especial. Outros são igualmente discriminados, em programas de ensino compensatório e à parte da sala de aula.

Esse quadro situacional perpetua desmandos e transgressões ao direito à educação e à não discriminação, que algumas escolas e redes de ensino estão praticando por falta de um controle efetivo dos pais, das autoridades de ensino e da Justiça em geral. As escolas e as instituições especializadas ainda resistem muito às mudanças provocadas pela inclusão, alegando motivos que expõem a fixidez organizacional dos serviços dispensados a seus alunos e assistidos.

Desconhecimento, interesses corporativistas, envolvendo pais, professores e especialistas insistem em defender a educação de alunos com deficiência em ambientes segregados, desconsiderando as novas possibilidades de se atender às necessidades desses educandos, a partir de alternativas educacionais includentes. Muitos outros entraves estão desrespeitando o direito à diferença nas escolas. Problemas conceituais, desrespeito a preceitos legais, preconceitos distorcem o sentido da inclusão escolar, reduzindo-a unicamente à inserção de alunos com deficiência no ensino regular; desconsiderando-se os benefícios que essa inovação educacional propicia à educação dos alunos em geral, ao provocar mudanças de base na organização pedagógica das escolas e na maneira de se conceber o papel da instituição escolar na formação das novas gerações. Com isso, as iniciativas que visam à adoção de posições/medidas inovadoras para a escolarização de

todos os alunos nas escolas comuns pouco evoluem. No entanto, continuamos avançando nos caminhos pedagógicos que nos permitem retrair a trajetória das escolas, norteados pela inclusão.

2 UM OLHAR SOBRE A ESCOLA QUE TEMOS

Sabe-se que o Ensino Básico é prisioneiro da transmissão dos conhecimentos acadêmicos; e os alunos, de sua reprodução nas aulas e nas provas. A divisão do currículo em disciplinas como a Matemática, a Língua Portuguesa etc. fragmenta e especializa os saberes, fazendo de cada matéria escolar um fim em si mesmo e não um dos meios de que se dispõe para esclarecer o mundo em que se vive e para entender melhor a si mesmo. O tempo de aprender é o das séries escolares, porque é necessário hierarquizar a complexidade do conhecimento, sequenciar as etapas de sua aprendizagem, mesmo sendo este conhecimento o básico, o elementar do saber. Uma escala de valores também é atribuída às disciplinas, dentre as quais a Matemática reina absoluta, importante e poderosa.

O conhecimento transmitido pelos professores corresponde a verdades prontas, absolutas, imutáveis e reprovam-se os alunos que tentam vencer a subordinação intelectual.

Com esse perfil organizacional, pode-se imaginar o impacto da inclusão na maioria das escolas, especialmente quando se entende que incluir é ensinar a todas as crianças indistintamente, em um mesmo espaço educacional: as salas de aula de ensino regular. É como se esse espaço fosse, de repente, invadido e todos os seus domínios tomados de assalto. A escola se sente ameaçada por tudo o que ela criou para se proteger da vida que existe para além de seus muros e paredes - novos saberes, novos alunos, outras maneiras de resolver problemas, de avaliar a aprendizagem que demandem “artes de fazer”, que, como diria Certeau (1994), contestem a escola e que transgridam o seu projeto educativo vigente.

De fato, a escola se entupiu do formalismo da racionalidade e partiu-se em modalidades de ensino, tipos de serviços, grades curriculares, burocracia. Uma ruptura de base em sua estrutura organizacional, como propõe a inclusão, é uma saída para que ela possa fluir, novamente, espalhando sua ação formadora por todos os que dela participam.

3 CRISE E TRANSFORMAÇÃO DAS ESCOLAS COMUNS

3.1 Novos Paradigmas e Conhecimento Escolar

Vive-se em um tempo de crise global, em que os velhos paradigmas da Modernidade estão sendo contestados e em que o conhecimento, matéria-prima da educação escolar,

está passando por uma reinterpretação. A inclusão é parte dessa contestação e implica na mudança do paradigma educacional atual, para que se encaixe no mapa da educação escolar que se precisa retraçar.

As diferenças culturais, sociais, étnicas, religiosas, de gênero são cada vez mais desveladas e destacadas, sendo isso condição imprescindível para se entender como se aprende e como se entende o mundo e a si mesmo. O modelo educacional já mostra sinais de esgotamento e, no vazio de ideias que acompanha a crise paradigmática, surge o momento oportuno das transformações.

As interfaces e conexões que se formam entre saberes, outrora isolados e partidos, e os encontros da subjetividade humana com o cotidiano, o social, o cultural apontam para um paradigma do conhecimento que emerge de redes cada vez mais complexas de relações, geradas pela velocidade das comunicações e informações. As fronteiras das disciplinas estão se rompendo, estabelecendo novos marcos de compreensão do mundo atual. Diante dessas novidades, a escola não pode continuar ignorando o que acontece ao seu redor, anulando e marginalizando as diferenças nos processos pelos quais ela forma e instrui os alunos. E muito menos desconhecer que o aprender implica em expressar, dos mais variados modos, o que se sabe, em representar o mundo a partir das origens, dos valores, dos sentimentos.

O tecido da compreensão não se trama apenas com os fios do conhecimento científico. Como Santos (1995) aponta, a comunidade acadêmica não pode continuar a pensar que só há um único modelo de cientificidade e uma única epistemologia, e que, no fundo, todo o resto é um saber vulgar, um senso comum que ela contesta em todos os níveis de ensino e de produção do conhecimento. A ideia de que o campo de conhecimento é muito mais amplo do que aquele que cabe no paradigma da Modernidade, traz a ciência para um campo de luta em que tem de reconhecer e se aproximar de outras formas de entendimento e perder a posição hegemônica em que se mantém, ignorando o que foge aos seus domínios.

A exclusão escolar se manifesta das mais diversas e perversas maneiras. E quase sempre o que está em jogo é a ignorância do aluno, diante dos padrões de cientificidade do saber escolar. E, embora a escola tenha se democratizado, abrindo-se a novos grupos sociais, não se abriu aos novos conhecimentos. Exclui, então, os que ignoram o conhecimento que ela valoriza e, assim, entende que a democratização é a massificação de ensino. Além disso, não cria a possibilidade de diálogo entre diferentes lugares epistemológicos, nem se abre a novos conhecimentos que não cabem, até então, dentro dela.

O pensamento subdividido em áreas específicas é uma grande barreira para os que pretendem inovar a escola. Nesse sentido, é imprescindível questionar o modelo de compreensão que é imposto a todos os seres humanos desde os primeiros passos de sua

formação escolar e que prossegue nos níveis de ensino mais graduados. Toda trajetória escolar precisa ser repensada, considerando-se os efeitos cada vez mais nefastos das hiperespecializações (MORIN, 2001) dos saberes, que dificultam a articulação de uns com os outros e turvam a visão do essencial e do global.

O ensino curricular de escolas, organizado em disciplinas, isola, separa os conhecimentos, em vez de reconhecer as suas inter-relações. O conhecimento, contudo, evolui por recomposição, contextualização e integração de saberes, em redes de entendimento e não reduz o complexo ao simples, o que aumenta a capacidade de avaliar e de apreender o caráter multidimensional dos problemas e de suas soluções.

Os sistemas escolares também estão organizados a partir de um pensamento que recorta a realidade, que permite subdividir os alunos em “normais” e com deficiência. A lógica dessa organização é marcada por uma visão determinista, mecanicista, formalista, reducionista, própria do pensamento científico moderno, que ignora o subjetivo, o afetivo, o criador, sem os quais não se consegue romper com o velho modelo escolar e provocar a reviravolta que a inclusão impõe.

Essa reviravolta exige, em nível institucional, a extinção das categorizações e das oposições excludentes - iguais/diferentes, normais/deficientes - e em nível pessoal, a busca da articulação, flexibilidade, interdependência entre as partes que se conflitam nos pensamentos, ações, sentimentos.

4 IDENTIDADE X DIFERENÇA

As propostas educacionais visando à inclusão apóiam-se, habitualmente, em dimensões éticas conservadoras, que se sustentam e se expressam pela tolerância e pelo respeito ao outro, sentimentos que precisamos analisar com muito cuidado, para entender o que podem esconder nas suas entranhas.

A tolerância, como um sentimento aparentemente generoso, pode marcar uma superioridade de quem tolera. O respeito, como conceito, implica um certo essencialismo, uma generalização, que vem da compreensão de que as identidades são fixas, definitivamente estabelecidas, de tal modo que só resta respeitá-las. As deficiências são tidas como marcas indelévels e só cabe aceitá-las, passivamente, pois não evoluirão além do previsto no quadro geral das suas especificações estáticas: os níveis de comprometimento, as categorias educacionais, os quocientes de inteligência, predisposições para o trabalho e outras mais.

Consoante a esses pressupostos é que se criam espaços educacionais protegidos e à parte, restritos às pessoas com deficiência e a outras minorias.

A luta pela inclusão escolar tem uma dimensão ética crítica e transformadora. A posição é oposta à anterior, por considerar que as identidades são móveis e que *as diferenças diferem* infinitamente. Estas são produzidas e sustentadas por relações de poder que precisam ser questionadas e não apenas toleradas, respeitadas.

Os movimentos em favor da inclusão, dentre os quais os educacionais/escolares, devem seguir outros caminhos, que contestam as fronteiras entre o regular e o especial, o normal e o deficiente. Enfim, os espaços simbólicos das diferentes identidades.

As ações educativas inclusivas que ora se propõe têm como eixos o convívio com as diferenças, a aprendizagem como experiência relacional, participativa, que tem sentido para o aluno, pois contempla a sua subjetividade, construída no coletivo das salas de aula.

As relações de poder que presidem a produção das diferenças na escola excludente se baseiam na igualdade, como categoria assegurada por princípios liberais, inventada e decretada *a priori* e que trata a realidade escolar com a ilusão da homogeneidade, promovendo e justificando a fragmentação do ensino em disciplinas, modalidades de ensino regular, especial, as seriações, classificações, hierarquias de conhecimentos.

A inclusão é produto de uma educação plural, democrática e transgressora. Ela provoca uma crise escolar, ou melhor, uma crise de identidade institucional que, por sua vez, abala a identidade dos professores e faz com que a identidade do aluno ganhe novo significado. O aluno da escola inclusiva é outro sujeito, que não tem uma identidade fixada em modelos ideais, permanentes, essenciais.

O direito à diferença nas escolas desconstrói, portanto, o sistema atual de significação escolar excludente, normativo, elitista, com suas medidas e mecanismos de produção da identidade e da diferença.

Se a igualdade é referência, pode-se inventar o que se quiser para agrupar e rotular os alunos como deficientes. Se a diferença é tomada como parâmetro, não se fixa mais a igualdade como norma e faz cair toda uma hierarquia das igualdades e diferenças que sustentam a “normalização”. Esse processo, a normalização, pelo qual a Educação Especial tem proclamado o seu poder, propõe sutilmente, com base em características devidamente selecionadas como positivas, a eleição arbitrária de uma identidade “normal”, como um padrão de hierarquização e de avaliação de alunos, de pessoas. Contrariar a perspectiva de uma escola que se pauta pela igualdade de oportunidades é fazer a diferença, reconhecê-la e valorizá-la.

Tem-se, então, que reconhecer as diferentes culturas, a pluralidade das manifestações intelectuais, sociais, afetivas. Enfim, precisa-se construir uma nova ética escolar, que advém de uma consciência ao mesmo tempo individual, social e - por que não? - planetária!

Parece contraditória, no mundo de hoje, marcado pela globalização, a luta de grupos minoritários por uma política identitária, pelo reconhecimento de suas raízes, como fazem os surdos, os deficientes, os hispânicos, os negros, as mulheres, os homossexuais. Há um sentimento de busca das raízes e de afirmação das diferenças e, devido a isso, contesta-se a Modernidade em sua aversão pela diferença.

Nem todas as diferenças necessariamente inferiorizam as pessoas. Há diferenças e há igualdades, e nem tudo deve ser igual e nem tudo deve ser diferente. Então, como conclui Santos (1995), é preciso que se tenha o direito de ser diferentes quando a igualdade descaracteriza e o direito de ser iguais, quando a diferença inferioriza.

No desejo de assegurar a homogeneidade nos grupos sociais, nas turmas escolares, destruíram-se diferenças que se consideram valiosas e importantes nas salas de aula e para além delas.

A identidade fixa, estável, acabada, própria do sujeito cartesiano unificado e racional também está em crise (HALL, 2000). As identidades naturalizadas dão estabilidade ao mundo social, mas a mistura, a hibridização, a mestiçagem as desestabilizam, constituindo uma estratégia provocadora e questionadora de toda e qualquer fixação da identidade (SILVA, 2000; SERRES; 1993).

5 INTEGRAÇÃO OU INCLUSÃO?

A indiferenciação entre os processos de integração e inclusão escolar é um outro grande entrave para o entendimento e a evolução dos processos de inclusão escolar. A discussão em torno da integração e da inclusão cria ainda inúmeras e infundáveis polêmicas, provocando as corporações de professores e de profissionais da área de saúde que atuam no atendimento às pessoas com deficiência, ou seja, os para-médicos e outros, que tratam clinicamente de crianças e jovens com problemas escolares e de adaptação social. A inclusão também provoca as associações de pais que adotam paradigmas tradicionais de assistência às suas clientelas. Afeta, e muito, os professores da educação especial, temerosos de perder o espaço que conquistaram nas escolas e redes de ensino, e atinge os grupos de pesquisa das Universidades, na condução de suas pesquisas na área (MANTOAN, 2001; DORÉ; WAGNER; BRUNET, 1996).

Os professores comuns se consideram incompetentes para atender às diferenças nas salas de aula, especialmente aos alunos com deficiência, pois seus colegas especializados sempre se distinguiram por realizar esse atendimento e exageraram na valorização de suas competências (MITTLER, 2000).

Há também os pais de alunos sem deficiências, que desconfiam da inclusão, por acharem que as escolas vão baixar e/ou piorar ainda mais a qualidade de ensino, se tiverem de receber esses novos alunos.

Os vocábulos - integração e inclusão - conquanto possam ter significados semelhantes, são empregados para expressar situações de inserção diferentes e se fundamentam em posicionamentos teórico-metodológicos divergentes.

O processo de inserção escolar tem sido entendido de diversas maneiras. O uso do vocábulo “integração” refere-se mais especificamente à inserção escolar de alunos com deficiência nas escolas comuns, mas seu emprego é encontrado até mesmo para designar os alunos agrupados em escolas especiais para pessoas com deficiência, ou mesmo em classes especiais, grupos de lazer, residências para deficientes.

O movimento em favor da integração de crianças com deficiência surgiu nos países nórdicos em 1969, quando se questionaram as práticas sociais e escolares de segregação. Sua noção de base é o princípio de normalização, que não sendo específico da vida escolar, atinge o conjunto de manifestações e atividades humanas e todas as etapas da vida das pessoas, sejam elas afetadas ou não por uma incapacidade, dificuldade ou inadaptação.

Na integração escolar, o aluno tem acesso às escolas por meio de um leque de possibilidades educacionais, que vai da inserção às salas de aula do ensino regular ao ensino em escolas especiais. O processo de integração ocorre dentro de uma estrutura educacional, que oferece ao aluno a oportunidade de transitar no sistema escolar, da classe regular ao ensino especial, em todos os seus tipos de atendimento: escolas especiais, classes especiais em escolas comuns, ensino itinerante, salas de recursos, classes hospitalares, ensino domiciliar e outros. Trata-se de uma concepção de inserção parcial, porque o sistema educacional prevê serviços educacionais segregados.

É sabido que os alunos que migram das escolas comuns para serviços da educação especial muito raramente se deslocam para os menos segregados e, raramente, retornam/ingressam às salas de aula do ensino regular.

Nas situações de integração escolar, nem todos os alunos com deficiência cabem nas turmas de ensino regular, pois há uma seleção prévia dos que estão aptos à inserção. Para esses casos, são indicados: a individualização dos programas escolares, currículos adaptados, avaliações especiais, redução dos objetivos educacionais para compensar as dificuldades de aprender. Em uma palavra, a escola não muda como um todo, mas os alunos têm de mudar para se adaptar às suas exigências.

A integração escolar pode ser entendida como o especial na educação, ou seja, a justaposição do ensino especial ao ensino regular, ocasionando um inchaço nas escolas comuns, pelo deslocamento de profissionais, recursos, métodos e técnicas da Educação Especial aos seus serviços.

Quanto à inclusão, esta questiona não somente as políticas e a organização da educação especial e regular, mas também o próprio conceito de integração. A inclusão é incompatível com a integração, pois prevê a inserção escolar de forma radical, completa e sistemática. Todos os alunos, sem exceções, devem frequentar as turmas de ensino regular.

O objetivo da integração é inserir um aluno ou um grupo de alunos que já foram anteriormente excluídos e o mote da inclusão, ao contrário, é o de não deixar ninguém no exterior do ensino regular, desde o começo da vida escolar. As escolas inclusivas propõem um modo de organização do sistema educacional que considera as necessidades de todos os alunos e que é estruturado em função dessas necessidades.

A inclusão implica uma mudança de perspectiva educacional, pois não se limita aos alunos com deficiência e aos que apresentam dificuldades de aprender, mas a todos os demais, para que obtenham sucesso na corrente educativa geral. Os alunos com deficiência constituem uma grande preocupação para os educadores inclusivos, mas todos sabem que a maioria dos que fracassam na escola são alunos que não vêm do ensino especial, mas que possivelmente acabarão nele! (MANTOAN, 1999)

A radicalidade da inclusão vem do fato de que ela exige uma mudança de paradigma educacional. Na perspectiva inclusiva, as escolas atendem às diferenças, sem discriminar, sem trabalhar à parte com alguns alunos, sem estabelecer regras específicas para se planejar, para aprender, para avaliar (currículos, atividades, avaliação da aprendizagem para alunos com deficiência e com necessidades educacionais especiais).

Pode-se, pois, imaginar o impacto da inclusão nos sistemas de ensino ao supor a abolição dos serviços segregadores da educação especial, os programas de reforço escolar, salas de aceleração, turmas especiais e outros. Insiste-se em que a inclusão é uma provocação, cuja intenção é melhorar a qualidade do ensino das escolas, atingindo todos os alunos que fracassam em suas salas de aula. A distinção entre integração e inclusão é um bom começo para se esclarecer o processo de transformação das escolas, de modo que possam acolher, indistintamente, todos os alunos, nos diferentes níveis de ensino.

6 A ESCOLA QUE SE QUER

Se o que se pretende é que a escola seja inclusiva, é urgente que seus planos se redefinam para uma educação voltada para a cidadania global, plena, livre de preconceitos, que reconhece e valoriza as diferenças.

Chega-se a um impasse, como afirma Morin (2001), pois para se reformar a instituição, tem-se de reformar as mentes, mas não se pode reformar as mentes sem uma prévia reforma das instituições. Conhecem-se os argumentos com os quais a escola tradicional resiste à inclusão; eles refletem a incapacidade de as escolas atuarem diante da complexidade, da diversidade, da variedade, do que é real nos seres humanos e seus grupos. Os alunos não são virtuais, objetos categorizáveis. Eles existem de fato. São pessoas que provêm de contextos culturais os mais variados. Representam diferentes segmentos sociais. Produzem e ampliam conhecimentos. Têm desejos, aspirações, valores, sentimentos e costumes com os quais se identificam. Em uma palavra, esses grupos de pessoas não são criações da razão humana, mas existem em lugares e tempos não ficcionais, que pensam, sentem, vivem, se transformam, evoluem.

O aluno “abstrato” justifica a maneira excludente de a escola tratar as diferenças. Assim é que se estabelecem as categorias de alunos: deficientes, carentes, comportados, inteligentes, hiper-ativos, agressivos e tantos mais. Por essas classificações é que se perpetua a injustiça nas escolas; por detrás das categorizações elas se protegem do aluno, na sua singularidade. Sem dúvida, é mais fácil gerenciar as diferenças, formando classes de objetos, acontecimentos, fenômenos, pessoas...

Mas, como não há mal que sempre dure, o desafio da inclusão está desestabilizando as cabeças dos que sempre defenderam a seleção, o poder das avaliações, da visão clínica do ensino e da aprendizagem. E como não há bem que sempre ature, está sendo difícil manter resguardados e imunes às mudanças todos aqueles que colocam nos ombros dos alunos, exclusivamente, a incapacidade de aprender.

Os pretextos teóricos que distorcem propositadamente o conceito de inclusão, condicionada à capacidade intelectual, social e cultural dos alunos para atender às expectativas e exigências da escola precisam cair por terra com urgência, porque se sabe que se pode refazer a educação escolar, segundo novos paradigmas, preceitos, novas ferramentas, novas tecnologias educacionais.

As condições de que se dispõem, hoje, para transformar a escola, autorizam a propor uma educação escolar única e para todos, em que a cooperação substituirá a competição, pois o que se pretende é que as diferenças se articulem e se componham e que os talentos de cada um sobressaiam.

É inegável que as ferramentas estão aí, para que as mudanças aconteçam e para que se reinvente a escola, desconstruindo a máquina obsoleta que a dinamiza, os conceitos sobre os quais ela se fundamenta, os pilares teórico-metodológicos sobre os quais ela se sustenta. As razões para se justificar a inclusão escolar no cenário educacional brasileiro não se esgotam nas questões que se levanta e se comenta neste Artigo.

A inclusão também se legitima, porque a escola comum é o espaço de acesso de todos os alunos ao conhecimento; é o lugar que vai lhes proporcionar condições de desenvolvimento e de vida cidadã e oportunidades de crescerem com dignidade.

Incluir é necessário, primordialmente, para melhorar as condições da escola de modo que nela se possam formar gerações mais preparadas para viver a vida na sua plenitude, livremente, sem preconceitos, sem barreiras. Não se pode contemporizar soluções, mesmo que o preço que se tenha de pagar seja bem alto, pois nunca será tão alto quanto o resgate de uma vida escolar marginalizada, a evasão, a criança estigmatizada sem motivos. Há ainda mais razões para se incluir - a atualização da educação e o aprimoramento das práticas de ensino. A inclusão exige que escolas públicas e particulares façam um esforço de modernização e de reestruturação de suas condições atuais, a fim de responderem às necessidades de cada um de seus alunos, em suas especificidades.

7 A INCLUSÃO ESCOLAR E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

7.1 A Constituição Brasileira de 1988

No Brasil, toda escola, em respeito ao direito à educação, deve atender aos princípios constitucionais, não excluindo nenhum aluno, em razão de sua origem, raça, sexo, cor, idade ou deficiência. A Constituição Brasileira de 1988 é clara ao eleger como fundamentos da República a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, incisos II e III); e como um dos seus objetivos fundamentais, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3.º, inciso IV). Ela ainda garante o direito à igualdade (art. 5.º), e trata, no art. 205 e seguintes, do direito de todos à educação. Esse direito deve visar ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para a cidadania e sua qualificação para o trabalho.

A atual Constituição brasileira é, pois, um marco na defesa da inclusão escolar e elucida muitas questões e controvérsias referentes a essa inovação, respaldando os que propõem avanços significativos para a educação escolar de pessoas com e sem deficiência. Ela institui como um dos princípios do ensino a igualdade de condições de acesso e permanência na escola (art. 206, inciso I), acrescentando que “[...] o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um.” (art. 208, inciso V).

Esses dispositivos já seriam suficientes para que ninguém pudesse negar a qualquer aluno o acesso à mesma sala de aula.

7.2 A Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Pessoa Portadora de Deficiência

Esse documento, celebrado na Guatemala em maio de 1999, e do qual o Brasil é signatário, foi aprovado pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo n.º 198, de 13 de junho de 2001, e promulgado pelo Decreto n.º 3.956, de 8 de outubro de 2001, da Presidência da República, e veio reafirmar a necessidade de se rever o caráter discriminatório de algumas das práticas escolares mais comuns e mais perversas - a exclusão internalizada e dissimulada pelos programas ditos compensatórios e à parte das turmas escolares regularmente constituídas, tais como as turmas de aceleração e outras, que acabam por responsabilizar o aluno pelo seu próprio fracasso na escola.

A importância da Convenção no entendimento e na defesa da inclusão está no fato de que deixa clara a impossibilidade de diferenciação com base na deficiência, definindo a discriminação como

[...] toda diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, antecedente de deficiência, consequência de deficiência anterior ou percepção de deficiência presente ou passada, que tenha o efeito ou propósito de impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício por parte das pessoas portadoras de deficiência de seus direitos humanos e suas liberdades fundamentais; (art. I, n.º 2 “a”).

O texto da Convenção, no artigo I, n.º 2, “b” esclarece que não constitui discriminação

[...] a diferenciação ou preferência adotada para promover a integração social ou o desenvolvimento pessoal dos portadores de deficiência, desde que a diferenciação ou preferência não limite em si mesma o direito à igualdade dessas pessoas e que elas não sejam obrigadas a aceitar tal diferenciação ou preferência (art. I, n.º 2, “b”).

Como a educação deve visar ao pleno desenvolvimento humano e ao preparo para o exercício da cidadania, segundo o artigo 205 da Constituição, qualquer restrição ao acesso a um ambiente, que reflita a sociedade em suas diferenças/diversidade, como meio de preparar a pessoa para a cidadania, seria uma “*diferenciação ou preferência*”, que estaria limitando, “*em si mesma o direito à igualdade dessas pessoas*”.

Conforme documento editado pelo Ministério Público Federal - Procuradoria Geral dos Direitos do Cidadão, denominado “O acesso de alunos com deficiência às classes e

escolas comuns da rede regular de ensino” 1[1] e de acordo com o novo parâmetro relacionado ao princípio da não discriminação, trazido pela Convenção da Guatemala, só se admitem as diferenciações com base na deficiência para permitir o acesso das pessoas com deficiências aos seus direitos, e não para negar-lhes o exercício deles. Por exemplo, no caso de um aluno com problemas motores necessitar de um computador para acompanhar suas aulas, esse instrumento deve ser garantido pelo menos para ele, se não for possível para os demais alunos. Trata-se de uma diferenciação, em razão de uma deficiência, mas para possibilitar a esse aluno o seu acesso à educação. Pela Convenção da Guatemala, não será configurada uma discriminação, se a pessoa não for obrigada a aceitar a diferenciação.

A Convenção da Guatemala não está sendo rigorosamente cumprida no Brasil, conquanto já tenha ocorrido a sua internalização à Constituição de 1988. Ela representa um avanço no sentido de se abolirem todas as normas e diretrizes educacionais, escolares, que garantiam às pessoas com deficiência o direito de acesso e frequência ao ensino regular “*sempre que possível*”, “*desde que capazes de se adaptar*”. Essas situações são típicas da modalidade de inserção escolar, que já foi tratado anteriormente, a “*integração*”, que ainda é bastante forte, na educação brasileira.

Este documento faz rever, também, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, LDBEN/1996 no que ela prescreve como direito de opção das pessoas com deficiência e de seus pais ou responsáveis à Educação Especial. No geral e na prática, esse direito é desrespeitado pelas escolas e por profissionais que indevidamente a impõem e a prescrevem aos alunos com deficiência e até mesmo àqueles que apresentam dificuldades de aprendizagem.

Para se ajustar à Convenção, é indispensável que todos os encaminhamentos de alunos com deficiência a serviços complementares à escolarização ou a atendimentos clínico-terapêuticos tenham a concordância expressa dos pais/responsáveis ou do aluno, quando possível.

Os estabelecimentos de ensino no Brasil têm, por força da lei, que adotar práticas de ensino adequadas às diferenças dos alunos em geral, oferecendo alternativas que contemplem suas especificidades. Os serviços complementares à escolarização, acima referidos, que se fizerem necessários, para atender às necessidades educacionais dos alunos, com e sem deficiências, precisam ser oferecidos, mas com a garantia de que não discriminem, não façam restrições e exclusões, como comumente ocorrem nos programas de reforço escolar e em outros que se dizem de apoio, para que “alguns alunos” possam se recuperar dos seus atrasos escolares. Seriam esses atrasos de alguns alunos ou da escola, em sua organização pedagógica retrógrada, arcaica, excludente?

Como o acesso a todas as séries do Ensino Fundamental é obrigatório e incondicionalmente garantido a todos os alunos de sete a quatorze anos, os critérios de avaliação e de promoção, com base no aproveitamento escolar, previstos na Lei 9.394, de 20-12-1996 (art. 24), terão de ser reorganizados para cumprir os princípios constitucionais da igualdade de direito ao acesso e permanência na escola, bem como aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um.

Para que se cumpra a Convenção da Guatemala, os órgãos responsáveis pela emissão de atos normativos infralegais e administrativos relacionados à Educação (Ministério da Educação, Conselhos de Educação e Secretarias de todas as esferas administrativas), deverão emitir diretrizes para a Educação Básica, em seus respectivos âmbitos, com orientações adequadas e suficientes para que as escolas em geral recebam, com qualidade, todas as crianças e todos os adolescentes.

Ao defender as pessoas com deficiência de situações de discriminação, a Convenção da Guatemala é o brado mais recente em favor do direito à diferença nas escolas brasileiras. Mas, há ainda outros avanços na interpretação das leis brasileiras, que esclarecem e prescrevem a inclusão escolar.

8 A RESSIGNIFICAÇÃO DA EDUCAÇÃO ESPECIAL

No Capítulo III, “Da Educação, da Cultura e do Desporto”, a Constituição Brasileira diz:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

[...]

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino.

Esse atendimento é um serviço complementar e necessariamente diferente do ensino escolar e se destina a atender às especificidades dos alunos com deficiência, abrangendo principalmente instrumentos necessários à eliminação das barreiras que as pessoas com deficiência naturalmente têm para relacionar-se com o ambiente externo, como por exemplo: ensino da Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS); ensino de Língua Portuguesa para surdos; Sistema Braille; orientação e mobilidade para pessoas cegas; Soroban; ajudas técnicas, incluindo informática; mobilidade e comunicação alternativa/aumentativa; tecnologia assistiva, educação física especializada; enriquecimento e aprofundamento curricular; atividades da vida autônoma e social.

O atendimento educacional especializado é um serviço da Educação Especial ressignificada, para atender aos propósitos da educação inclusiva. Esse atendimento está citado na

Constituição Federal e é uma das garantias de acesso e de prosseguimento da escolaridade de alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades/superdotação na escola comum, com seus colegas sem deficiência e da mesma faixa etária. As turmas da escola comum favorecem a quebra de qualquer ação discriminatória e favorece todo tipo de interação promotora do desenvolvimento cognitivo, social, motor, afetivo dos alunos, em geral. O direito ao atendimento educacional especializado está igualmente previsto nos artigos 58, 59 e 60 da Lei 9.394/96 (LDBEN), que, para não ferir a Constituição, ao usar o termo Educação Especial deve fazê-lo, segundo sua nova interpretação, baseada no que a Constituição/1988 inovou, ao prever o atendimento educacional especializado e não mais os serviços da Educação Especial que constavam das legislações anteriores, como as escolas e classes especiais.

Diz-se de uma nova interpretação da Educação Especial, pois esta sempre foi vista como a modalidade de ensino que substituíra a escolaridade regular para alunos com deficiência. A Educação Especial, em sua nova concepção, perpassa e complementa as etapas da Educação Básica e Superior. Por esse motivo, os alunos com deficiência, especialmente os que estão em idade de cursar o Ensino Fundamental (dos seis aos quatorze anos de idade), não podem frequentar unicamente os serviços de Educação Especial (classes especiais, salas de recursos e outros). Eles devem estar matriculados e frequentando regularmente as turmas de sua faixa etária, nas escolas comuns. Trata-se de cumprir uma prerrogativa legal, que diz respeito ao direito indisponível de todo e qualquer aluno à educação e que, não sendo acatada, pode acarretar aos pais e responsáveis por esses alunos penalidades decorrentes do crime de abandono intelectual de seus filhos.

Embora existam pessoas com deficiências bastante significativas, não se pode esquecer que, como alunos, elas têm o mesmo direito de acesso à educação, em ambiente escolar não segregado, que os seus pares com deficiências menos severas e os alunos sem deficiência da mesma faixa de idade. A participação de alunos severamente prejudicados nas salas de aula de escolas comuns deve ser, portanto, garantida para que eles possam se beneficiar do ambiente regular de ensino e aprender conforme suas possibilidades. Aliás, são esses os alunos que, de fato, provocam mudanças drásticas e necessárias na organização escolar e que fazem com que seus colegas e professores vivam a experiência da diferença, nas salas de aula. O papel da Educação Especial, na perspectiva inclusiva é, pois, muito importante e não pode ser negado, embora dentro dos limites de suas atribuições, sem que sejam extrapolados os seus espaços de atuação específica. Essas atribuições, repete-se, complementam e apóiam o processo de escolarização de alunos com deficiência que estão regularmente matriculados nas escolas comuns.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dessas novidades, a escola brasileira não pode continuar ignorando o que acontece ao seu redor, anulando e marginalizando as diferenças nos processos através dos quais

ela forma e instrui os alunos. E muito menos desconhecer que aprender implica em saber expressar, dos mais variados modos, o que se entende; implica em representar o mundo a partir das origens, dos valores e dos sentimentos, próprios do ser humano.

Necessário reverter essa situação crítica, marcada pelo fracasso e pela evasão de uma parte significativa dos seus alunos, os quais são marginalizados pelo insucesso, pelas privações constantes e pela baixa autoestima resultante da exclusão escolar e da sociedade.

Se o que se pretende é que a escola seja inclusiva, é urgente que seus planos se redefinam para uma educação voltada à cidadania global, plena, livre de preconceitos e disposta a reconhecer as diferenças entre as pessoas e a emancipação intelectual. Porque não basta uma educação na/para a cidadania. É preciso que se eduque para a liberdade e, nesse sentido, nenhuma forma de subordinação intelectual pode ser admitida. O mito pedagógico do professor como explicador e o próprio princípio da explicação, como ensinou Jacotot, é a origem da subordinação intelectual, pois esse princípio, que distingue uma inteligência superior que domina o conhecimento e uma, inferior, que se subjeta a esse domínio, permite ao professor, segundo Rancière (2002, p. 24) “[...] transmitir seus conhecimentos, adaptando-os às capacidades intelectuais do aluno, e verificar se o aluno entendeu o que acabou de aprender.”. Tem-se que inverter a lógica do sistema explicador, pois, segundo uma educação libertadora, “[...] é o explicador que tem necessidade do incapaz e não o contrário, é ele que constitui o incapaz como tal.” (RANCIÈRE, 2002, p. 23).

Em todo mundo despontam, aqui e ali, propostas similares de transformação das escolas, o que muito anima, pois essas propostas reafirmam a determinação [da autora do texto] e de outros educadores de assegurar o pleno direito dos escolares a uma educação de qualidade.

Não existe uma regra geral para se construir esta escola que se quer - uma escola para todos. Mas, pode-se aproximar cada vez mais dela, se se encarar a transformação das escolas que hoje se tem da forma mais realista possível, abolindo-se tudo o que faz a todos pensá-las e organizá-las a partir de modelos que as “idealizam”, como se tem feito até então. Já se impõe, mesmo timidamente, uma tendência de reorientação das escolas, segundo uma lógica educacional regida por princípios sociais, democráticos, de justiça, de igualdade, contrapondo-se à que é sustentada por valores econômicos e empresariais de produtividade, competitividade, eficiência, modelos “ideais”, (sugestão: as aspas aqui dariam um sentido de ironia ao termo) que tantas exclusões têm provocado na educação, em todos os seus níveis. Tem-se que acreditar e dar uma grande virada na educação escolar.

Os desafios para a concretização dos ideais inclusivos na educação brasileira são inúmeros, como se pode perceber pelo o que aqui se expôs. Se, do ponto de vista legal, tem-se de conciliar os impasses entre a Constituição e as leis infraconstitucionais brasileiras

referentes à educação, do ponto de vista educacional é urgente estimular as mudanças, buscando e divulgando novas práticas pedagógicas, experiências de sucesso, saberes adquiridos em estudos desenvolvidos no cotidiano das escolas brasileiras. Há ainda que vencer os desafios que impõem o conservadorismo das instituições especializadas e enfrentar as pressões políticas e das pessoas com deficiência, que ainda estão muito habituadas a viver de seus rótulos e de benefícios que acentuam a incapacidade, a limitação, o paternalismo e o protecionismo social.

Em janeiro deste ano, esta autora finalizou e submeteu ao Senhor Ministro da Educação, Fernando Haddad, o texto final elaborado pelo grupo de trabalho instituído por esse Ministério e do qual a autora teve a honra de fazer parte, da Política Nacional de Educação Especial, na Perspectiva da Educação Inclusiva. Essa Política se sustenta legal e teoricamente no que foi exposto neste Artigo e esclarece e orienta os sistemas de ensino tendo em vista a ressignificação da Educação Escolar e os novos serviços que decorrem dessa nova interpretação, em que o atendimento educacional especializado é a novidade que mais se destaca.

A inclusão propõe uma pedagogia e uma escola das diferenças em contraposição às escolas dos/para os diferentes e a Política de Educação Especial, nessa perspectiva, é um passo decisivo para que se consiga chegar à escola que tanto se quer. Estão todos caminhando com muita determinação e buscando os melhores e mais sólidos caminhos para que não se perpetuem no sistema educacional a discriminação e as injustiças em todos os níveis de ensino.

O essencial é que todos os investimentos atuais e futuros da educação brasileira não repitam o passado e reconheçam e valorizem as diferenças na escola. Tem-se de ter sempre presente que o problema se concentra em tudo o que torna as escolas injustas, discriminadoras e excludentes, e que, sem solucioná-lo, não se consegue o nível de qualidade de ensino escolar, que requer uma educação verdadeiramente inclusiva.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei 9.494, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 23-12-1996.

CERTEAU, Michel de. **A invenção do cotidiano: artes do fazer**. Tradução de Ephraim F. Alves. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994.

DORÉ, Robert; WAGNER, Serge; BRUNET, Jean-Pierre. **Réussir l'intégration scolaire**: la déficience intellectuelle. Montreal / Québec: Logique, 1996.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução de Tadeu Tomás da Silva e Guacira L. Louro. Rio de Janeiro: DP&A, 2000.

MANTOAN, Maria Teresa Églér. **Caminhos pedagógicos da inclusão**. São Paulo: Memnon, 2001.

MANTOAN, Maria Teresa Églér. Teachers' education for inclusive teaching: refinement of institutional actions. In: **Revue Francophone de la Déficience Intellectuelle**. Edition spéciale. Colloque Recherche Défi 1999. Montréal/Québec, Canadá, p. 52-54, 1999.

MANTOAN, Maria Teresa Églér; VALENTE, José Armando. Special education reform in Brazil: an historical analysis of educational policies. In: **European Journal of Special Needs Education**, v. 13, n. 1, p. 10-28, 1998.

MITTLER, Peter. **Working towards inclusion education**: social contexts. London: David Fulton, 2000.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem feita**: repensar a reforma, reformar o pensamento. Tradução de Eloá Jacobina. 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

RANCIÈRE, Jacques. **O mestre ignorante**: cinco lições sobre emancipação intelectual. Tradução de Lílian do Valle. Belo Horizonte: Autêntica, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. 1995. Entrevista com Prof. Boaventura de Souza Santos. Disponível: <<http://www.dhi.uem.br>>.

SERRES, Michel. **Filosofia mestiça**: le tiers - instruit. Tradução de Maria Ignez D. Estrada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

SILVA, Tomás Tadeu da. **Identidade e diferença**: a perspectiva dos estudos culturais. Petrópolis/RJ: Vozes, 2000

STAIMBACK, Susan; STAIMBACK, William. A rationale for merger of special and regular education. In: **Exceptional Children**, v. 51, n. 2, p. 102-111), 1984.

Submissão em: março de 2010
Pareceres favoráveis em: maio de 2010

A IDENTIDADE JURÍDICA DO ARGUMENTO JURISDICIONAL FUNDADO EM ELEMENTOS SUPRAPOSITIVOS

MÉRCIO MOTA ANTUNES*

* Egresso do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho. Professor do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho.

1 INTRODUÇÃO

O Direito pós-tradicional, que tem como configuração elementar normas que sempre trazem em si uma previsão (hipotética) fática, em dado momento reconhece-se fundado não apenas em *leis*, mas também em outras instâncias regulatórias do comportamento humano, como por exemplo, nos *costumes*. No Brasil, o artigo 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil assume fundamental importância ao transcender aquele que era o único fundamento do direito de acordo com a tradição legalista franco-napoleônica. A partir desse dispositivo a *lei* positivada não é mais o único fundamento do direito, passa a conviver então com a moral.

Essa “abertura” do Direito para o além do positivado é escancarada com o advento da supremacia constitucional. Ao conferir normatividade a “preceitos fundamentais”, o Judiciário alcança uma discricionariedade antes vista somente no Jusracionalismo e no Jusnaturalismo. Atualmente controla-se a constitucionalidade de “normas” e/ou “fatos” com base em preceitos conceitualmente indeterminados, e que, por serem de ordem metafísica, alcançam elevados índices de relatividade.

Com isso, o sistema jurídico brasileiro se torna acessível às contingências, particularidades e circunstâncias contextuais (morais, políticas, econômicas, psicológicas, éticas, etc.) do caso concreto, aumentando as chances de correção normativa. Mas, em contrapartida, torna-se ainda mais vulnerável à atuação de concepções particularistas e etnocêntricas na estrutura judicial.

2 SOBRE A IDENTIDADE “AJURÍDICA” DO ARGUMENTO JURISDICIONAL

Aquelas situações não descritas em texto de lei, e por vezes extremamente complexas (*hard cases*), obriga o juiz a se valer de fontes suprapositivas em suas decisões, ou seja,

vê-se no imperativo de “equacionar” o “problema” a partir do âmbito moral, político e/ou até mesmo do âmbito religioso. Desse modo surge a questão: em que consiste uma “análise jurídica”? Quais os “requisitos” à “resposta” construída pelo magistrado para regular uma dada(ista) situação (à qual não existe uma “regra” que detalhe todas as suas circunstâncias de aplicação) deve cumprir para ser considerada “jurídica”? Mas, existe o “jurídico” fora dos textos legislativos? O que torna algo “jurídico” é uma característica “própria”, passível de constatação? Essa constatação, se é que ela é possível, dá-se somente através das “práticas judiciais” ou da óptica da “dogmática jurídica”?

Na verdade, esses questionamentos sobre ontologia do direito não interessam a este trabalho. Não interessa aqui problematizar quais ações humanas são ou não passíveis de legislação, ou quais estão implicitamente reguladas pelo ordenamento legislativo. Se há um “ser jurídico”, uma “coisa” que torna o direito “direito” independentemente de um texto legislativo, essa coisa vai realmente importar a este trabalho se estiver presente na “prática” exercida diariamente pelos juízes: na “*jurisdição*”.

A partir desses questionamentos, outros se apresentam como necessários: as respostas e análises construídas pelas instituições judiciais para se revestirem de “autoridade” necessitam de um *onthos*? Se sim, que elemento seria esse? Se não, como evitar a confusão entre os campos de ação do “direito”, da “política” e da “moral”? Mas, há uma questão anterior a estas que não pode passar despercebida: qual a importância em se distinguir o “jurídico” do “político” e do “moral”? A resposta pode ser violentamente simples: com o advento da modernidade só o “direito” tem direito ao uso da “força”; só o “jurídico” tem a legitimidade para “coagir” a ação da pessoa em função de uma decisão que não a dela própria. E mais uma vez se faz oportuna a questão central: se “nada” distinguir o “jurídico” do “moral” e do “político”, o que torna aquele “especial” para se conferir a exclusividade no uso da “força”?

Sabe-se que a “identidade” que a “comunidade jurídica” si autoatribui para defender a “juridicidade” de suas “análises” é constituída pela noção de “racionalidade” (ALEXY, 2006). Dizem, assim, que o “jurídico” “é” “jurídico” porque “é” “racional”. Apesar da existência dessa racionalidade ser mais um dos consensos acríticos no senso comum teórico dos juristas (WARAT, 1994), pressupõe-se arbitrariamente aqui neste trabalho a sua incapacidade enquanto critério fundamental e único à composição do “jurídico”. O objetivo é então buscar um critério diferenciativo do “direito” em relação à “moral” e à “política” em um viés diferente. Assim, em vez de se debruçar sobre todas as questões retromencionadas, a perspectiva aqui objetiva identificar uma “função” que o “argumento” produzido jurisdicionalmente deverá ter em relação à “moral” e à “política” para ser considerado um argumento “jurídico”.

Deste modo, em vez de identificar um suposto *onthos* “jurídico” e fazer dele algo distinto e segregado do “político” e do “moral”, a torná-los intolerantes entre si (ainda que se

saiba que essa intolerância desemboca em demagogia e hipocrisia, pois o que se percebe nas práticas forenses em relação àqueles casos simbolicamente complexos são discursos muito mais moralistas, religiosos e políticos do que propriamente jurídicos), este trabalho sai da perspectiva ontológica e adentra em uma perspectiva “comunicativa”. Posto isto, é preciso reiniciar a temática e reformular a questão inicial.

3 DIREITO, MORAL E POLÍTICA

Qual “papel” deve assumir o “argumento” produzido nas instâncias decisórias do Judiciário perante a “moral” e a “política”? E dentro desta pergunta, o que essa “resposta jurídica” deve “observar” e “atinar” para ter sua “autoridade” “reconhecida” da perspectiva da situação-problema? É importante deixar explícito que o motivo básico dessas questões é buscar “legitimar” a “força” das decisões judiciais (para fazer da “força” algo distinto da “violência”), que este trabalho reconhece como imprescindível.¹

A partir deste redemoinho de questões e indefinições, este trabalho quer buscar uma constitutividade performático-comunicativa às decisões emanadas dos órgãos judiciais sem lançar mão de ontologismos, mas que ainda assim consiga sustentar o direito como instância distinta das formas naturais e irrefletidas da “moral”, bem como das formas paliativas e de barganhas da “política”. Evidente que sempre vão existir reflexos da “moral” e da “política” sobre o “direito”, e vice-versa, independentemente da vontade de seus participantes. A questão é como administrar essa condição no sentido de evitar decisões judiciais impregnadas da dupla face “privilégio de um” – “humilhação de outro”.

4 ARGUMENTAÇÃO E GRAMÁTICA

Um dos objetos de estudo da Antropologia Jurídica no Brasil é a dialética “privilégio–humilhação” produzido nas formas processuais, uma dialética que redundando em agressão ao princípio da igualdade. Alguns estudiosos tentam mostrar que a forma como são colhidas e analisadas as provas, principalmente os *depoimentos*, revestem-se em características tipicamente inquisitoriais, ou seja, em parcela considerável das vezes esses depoimentos passam pelo “*livre convencimento*” sem os menores crivos contra-intuitivos.

¹ Reconhece-se a necessidade de a decisão judicial ser dotada de “força”, porém, é necessário distinguir a “força” da “violência” e atribuir apenas àquela a ideia de justiça e legitimidade. Isso porque a decisão judicial não a torna legítima ao uso da força pelo simples fato de ter sido emanada por uma pessoa que eventualmente esteja ocupando um *status*. Este *status*, evidentemente, é um requisito. Um requisito entre outros tantos. Porém, é de se supor que não existe uma relação ontológica entre a ideia de “força” (legítima) e a noção de “decisão judicial emanada de órgão competente”, que não poucas as vezes vale-se da “violência” (sempre ilegítima) em vez da “força”, conforme fala Jacques Derrida (2007) citando Blaise Pascal.

Complexas gramáticas sociais são reduzidas numa espécie de transfiguração para adequação que permita ao Judiciário compreendê-las. Muitos depoimentos perdem seu “sentido”, e conseqüentemente sua força informativa e suasória, quando são reduzidos “a termo”, o que não ocorre apenas pelas mãos do escrivão, mas também nos ouvidos do magistrado. O que leva inevitavelmente à crítica estabelecida por Warat (1994) a partir da noção de “senso comum teórico dos juristas”.

Os mais distantes da vida forense, ao terem que lidar com o sistema judiciário, possuem elevadas chances de se encontrar no polo da humilhação, caso não conformem sua gramática e seus respectivos referentes ao universo linguístico do Judiciário. Pois, se o ser que se compreende é linguagem, as “coisas” compreensíveis no universo forense muitas vezes só o são se exprimíveis na língua falada nos Fóruns.

5 SUPERAÇÃO EGOCÊNTRICA

É preciso pensar um pressuposto hermenêutico em nível de princípio aplicativo do direito que seja versátil não apenas para conhecer a conexão lógica entre os dispositivos do ordenamento jurídico, mas que seja capaz de “reconhecer” dimensões morais e políticas que englobam e condicionam o conflito (i); que seja capaz de “respeitar” as diferenças morais constantes nos argumentos das partes, percebendo-as primeiramente enquanto meras “diferenças” e; que também seja capaz de “considerar” essas dimensões em sua descrição dos fatos *sub judice*, para aí, sim, julgar em termos de *certo-errado* e *justo-injusto* tais diferenças (iii).

Pode-se ter isso como um referente do princípio da igualdade; uma forma que este princípio pode assumir para legitimar a decisão judicial contextualizada nos marcos de um Direito pós-tradicional e pós-convencional, ligando a ideia de “racionalidade” jurisdicional como base de sustentação da autoridade “jurídica” mais à noção de “reconhecimento, respeito e consideração” do que propriamente à ideia de “constatação e demonstração cientificamente provada” das *intenções* legislativa supostamente ligadas na sintaxe que estrutura o discurso legislativo.

Com isso, quer-se instigar o julgador a colocar em seu horizonte e no horizonte do expectador as perspectivas trazidas à tona pelos grupos ou pessoas diretamente envolvidas no impasse. Ao supor que a composição da “argumentação” da “decisão judicial” deve partir dos horizontes dos envolvidos no conflito para que se consiga alcançar uma visão mais larga e mais complexa dos eventos e normas, poder-se-á levantar a seguinte hipótese: a “argumentação” da decisão no momento de aplicação do direito que consegue se fundir no horizonte do litigante terá maior possibilidade de relativizar a convicção que move a resistência à pretensão do outro (GADAMER, 2007). Por isso, estruturar a narrativa do evento a partir da multiplicidade de perspectivas, pois é isto um pressuposto de “reconhecimento” desses mundos morais a partir de suas respectivas gramáticas.

Mas para tanto é preciso, de alguma forma, relativizar as convicções das partes que movem suas resistências recíprocas (1); bem como relativizar as blindagens formadas na memória da comunidade jurídica (jurisprudência) sobre determinadas temáticas (2). Evidente que essa não é uma tarefa tão simples em relação aos “diretamente” envolvidos, mas não é de todo difícil em relação aos membros das suas respectivas comunidades, o que já é um grande avanço. Isto porque a comunidade que envolve o sujeito em lide, enquanto espectadora do conflito, tem condições de, melhor do que ninguém, convencê-lo ao expor as razões do outro se forem reconhecidas e aceitas por esta comunidade.

6 RACIONALIDADE E INDIFERENÇA NA DECISÃO JUDICIAL

As formas como são forjadas as decisões judiciais, de um modo bastante geral, são um tanto quanto enigmáticas para seus expectadores. O “equacionamento” de determinados conflitos através da articulação entre “caso concreto” e “sistema normativo” por vezes beiram ao engodo. É preciso que a comunidade jurídica reconheça esta questão invisibilizada, pois é onde está envolvida a indistinção (indiferenciação) entre “direito”, “política” e “moral” nas decisões judiciais; bem como perceber que os princípios processuais do *contraditório* e da *ampla defesa* vão muito além da simples passagem do jurisdicionado por todos os pontos do circuito processual. A “ampla” defesa aqui está muito mais ligada à desobstrução dos “privilégios comunicativos” do que propriamente à possibilidade de se endereçar aos operadores do direito.

7 IDENTIDADE “JURÍDICA” DO ARGUMENTO

Com o advento das Constituições contemporâneas – pós-Segunda Guerra Mundial – a comunidade jurídica é forçada a reconhecer que as fronteiras do Judiciário extrapolam as questões de ordem “técnico-interpretativo-aplicativo-subsuntivas”, na medida em que o constitucionalismo vai situar o Direito numa interface entre a “Política” e a “Moral” (CARVALHO NETTO, 1999; 2003; 2004). Nesse contexto é que este trabalho estabelece sua suposição, qual seja, a de que a “juridicidade” da argumentação (“análise”, “resposta” ou que seja) reside em seu potencial de “mobilizar” a “segurança” produzida pela “moral” quando essa segurança redunde em “reificação” na interpretação de situações-problema (tanto em relação às partes, como também em relação aos próprios operadores do direito); e que consiga também, em outro viés, “conter” a insegurança inerente às contingências e utilitarismos do campo da política (DWORKIN, 2000; 2002; 2007; HABERMAS, 2003.).

O problema é que tanto ao se falar da “mobilização” das concepções morais e suas reificações, quanto ao se falar em “contenção” da insegurança gerada pela política, sempre haverá um trânsito dessas instâncias convergindo para o “direito”. Um fluxo que não acontece apenas nas engrenagens políticas de produção do Direito (que não é o problema aqui), mas principalmente no “entendimento” e “compreensão” das situações-problema

e das possibilidades normativas que essas situações invocam quando desembocam na mesa de uma determinada pessoa que esteja eventualmente ocupando o *status* de juiz(a). E justamente aí os problemas hermenêuticos se tornam-se ainda mais complexos, já que isso leva à problematização, tão cara à Filosofia, das “condições” para o “conhecer” e “compreender”.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

_____. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito. **Revista de Direito Comparado**. Belo Horizonte, n. 03, 1999.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: São Francisco, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. v. 1. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. v. 2. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução Geral ao Direito I:** interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Safe, 1994.

Submissão em: maio de 2010
Pareceres favoráveis em: junho de 2010

EXPERIÊNCIA E UTOPIA EM THEODOR W. ADORNO, ANDRÉ GORZ E FRANÇOIS DUBET^{1e2}

SÍLVIO CÉSAR CAMARGO*

Resumo: O artigo tem como objetivo destacar a importância do conceito de experiência para a compreensão da sociedade contemporânea. Conceito bastante complexo quanto a sua possibilidade de apreensão pela Sociologia, experiência se refere tanto a problemas relativos ao conhecimento e suas possibilidades, mas também para as possibilidades de transformação da sociedade. Entende-se que há três teóricos da sociedade contemporânea, que partindo de bases epistemológicas diferentes, problematizam a emancipação humana a partir de uma singular atenção ao conceito de experiência. Theodor W. Adorno, André Gorz e François Dubet representam três formas de pensamento sobre a sociedade bastante diferentes, mas que possuem em comum o interesse normativo, e seu confronto mostra a importância do conceito de experiência para a compreensão da sociedade contemporânea e para pensar-se a utopia.

Palavras-chave: Experiência – emancipação – utopia – capitalismo

Abstract: These article aims show the importance of concept of experience to understand of contemporary society. Concept uneasy as to your possibility of understanding in sociology, experience concern to epistemology but too normative problems. In my see, are being three thinkers of contemporary society, what starting of epistemological basis different, working the human emancipation across of single examination concept of experience. Theodor W. Adorno, André Gorz and François Dubet playing three forms of thinking respect to society what is very different, but to have likeness the normative intention, and your confront show the importance of concept of experience to an comprehension of contemporary society and to think about the utopia.

Keywords: Experience – emancipation – utopia – capitalism.

* Doutor e Mestre em Sociologia no IFCH da Unicamp. Autor do livro “Modernidade e dominação: Theodor Adorno e a teoria social contemporânea” (São Paulo: Annablume/Fapesp, 2006).

¹ Parte deste trabalho foi apresentado no Grupo de Teoria Sociológica no XIII Congresso Brasileiro de Sociologia realizado em Recife/PE em junho de 2007.

² O autor do texto e a Revista Brasileira de Estudos Jurídicos agradecem a cortesia da Revista Eletrônica dos Pós-Graduandos em Sociologia Política da UFSC, v. 4, n. 1, ago.-dez. 2007.

1 INTRODUÇÃO

A noção de experiência social percorre todo o histórico da Sociologia desde o seu surgimento, assumindo as mais diversas expressões tanto na teoria social clássica como na teoria social contemporânea. A proposta deste trabalho é apontar algumas dentre as muitas possibilidades de se lidar em teoria com tal noção, optando por destacar três vertentes de pensamento que em maior ou menor medida atribuem ao conceito de experiência um papel fundamental para a compreensão da sociedade e do capitalismo contemporâneo. O recorte proposto, entretanto, procura enfatizar que a experiência social pode representar uma dimensão não apenas explicativa e compreensiva da realidade, mas pode conter igualmente um componente normativo, por meio do qual a teoria incorpora as problemáticas da emancipação humana e da utopia.

O problema da emancipação humana está colocado no centro do pensamento da modernidade e, através do tipo de racionalidade inaugurada com Kant, irá se desdobrar nas diferentes tentativas, inicialmente filosóficas, e depois incorporadas à teoria social, encarregadas de desvelar a dimensão metafísica da liberdade humana, e a questão histórica dos processos de dominação engendrados por esta mesma modernidade. Com a passagem do idealismo hegeliano à teoria social de cunho materialista marxiano, a dimensão da normatividade e da emancipação adquirem um novo estatuto teórico, na medida em que a solução de Marx é a formulação de uma concepção de história em que será a *práxis* a única instância possível de realização da verdade e de possibilidade de uma liberdade que se pretende não mais atrelada à metafísica do idealismo alemão. A utopia para Marx e Engels adquire o caráter propositivo de uma luta revolucionária assentada na própria experiência de classe do proletariado.

Esta digressão inicial serve para se situar a relação entre experiência e utopia como algo diferente destas concepções do século XIX, na medida em que as abordagens que irão

surgindo no século XX propõem soluções normativas que já não tomam o socialismo e a revolução proletária como as únicas alternativas possíveis para a emancipação humana. A grande questão colocada desde a década de 1920 para a teoria social é o como pensar em uma sociedade liberta de dominação sem que a conquista desta libertação passe necessariamente pelo protagonismo do proletariado como aquele sujeito coletivo encarregado de efetivar o processo emancipatório.

Tentar-se-á mostrar, de modo ainda bastante insipiente, de que modo o pensamento acerca da utopia pode assentar sobre o significado sociológico do conceito de experiência, ou, de experiência social, mediante modelos teóricos consideravelmente distintos, notadamente aqueles manifestos por Adorno, Gorz e Dubet. Embora se possam encontrar momentos de encontro e similaridade entre estes, a construção teórica que eles propõem para a compreensão da sociedade contemporânea é significativamente distinta: são pontos de partida distintos e modelos epistemológicos também distintos, embora também passíveis de pontos de aproximação. Se nos três pensadores, o conceito de experiência é relativamente evidente como momento importante na consecução de suas teorias, a sua articulação ao momento da utopia deve ser problematizado, como é tarefa dos que se colocam no horizonte de uma teoria crítica da sociedade.

2 EXPERIÊNCIA E DIALÉTICA EM THEODOR W. ADORNO

Há no pensamento de Adorno, desde os ensaios da década de 1930, até a *Dialética Negativa* e a *Teoria Estética* uma recorrência, nem sempre explícita, ao conceito de experiência como um correlato de um dos temas centrais de sua dialética negativa desde 1931; a sua tematização da identidade e da não-identidade (BUCK-MORSS, 1981). Tal conceito de experiência aparece, como é comum às intervenções da teoria crítica, nem sempre como algo claramente apreensível em termos sociológicos, pois a experiência “social” se manifesta igualmente nos momentos de especulação filosófica ou contemplação estética, ambas, para a dialética adorniana, inseparáveis da objetividade social em que se apresentam.³

Para Adorno, assim como para o Lukács de *História e Consciência de Classe*, totalidade e reificação são categorias não apenas inseparáveis, mas fundamentais para a compreensão e crítica do capitalismo. A categoria de totalidade surge como central não apenas nos textos claramente sociológicos de Adorno (1973; 1989), mas nos diversos

³ Embora estejamos propondo uma visão específica sobre o pensamento de Adorno, o conceito de experiência marcou toda a trajetória frankfurtiana, a começar com um dos colaboradores da escola, Walter Benjamin, cujas reflexões certamente influenciaram Adorno. Também Horkheimer, nos textos da década de 1930, recorre a este conceito para distinguir a teoria crítica da teoria tradicional.

momentos de constituição do seu pensamento. Como será indicado logo em seguida, é a categoria de totalidade, enquanto categoria crítica, que abre a possibilidade para se pensar uma possível articulação entre experiência e utopia, em moldes nem tão pessimistas como comumente se atribui à obra adorniana.

O problema, já bastante debatido na teoria social contemporânea, quanto ao destinatário da teoria crítica, continua até os dias presentes como algo não facilmente solucionável, na medida em que é a partir dele que se continua a problematizar a questão da emancipação humana, bem como os destinos da modernidade, da razão, e hoje, do próprio gênero humano. Pensadores hoje importantes para a teoria social, como Axel Honneth, têm empreendido esforços para recuperar dimensões que se tornaram frágeis na história da teoria crítica, mas continuam a deixar pouco elucidadas questões que eram pontuais para Adorno, como a relação entre cultura e capitalismo.

O impulso originário da teoria crítica teve como seu componente fundamental a dimensão de um interesse normativo, e igualmente relativo à dimensão da utopia frente a um capitalismo que manifestava crescentemente seu conteúdo de barbárie em suas variadas formas. Como se sabe, esta dimensão normativa da teoria crítica e do pensamento de Adorno sofre um abalo desde o momento em que, na visão dos frankfurtianos, a figura do proletariado como classe revolucionária deixou de figurar como o sujeito coletivo destinado a protagonizar a transformação da história. A teoria crítica da sociedade, e o pensamento de Adorno passam por uma modificação na passagem da década de 1930 para a de 1940, para o qual o enfraquecimento de um conteúdo normativo não modifica, por outro lado, o impulso original da dialética adorniana (CAMARGO, 2006a).

Com a postulação da crítica da razão instrumental como o novo elemento caracterizador da dominação capitalista, tem início uma fase no pensamento adorniano em que não é vislumbrado mais nenhum sujeito coletivo capaz de conduzir o processo emancipatório. A racionalidade, ao se tornar ela própria o *locus* da dominação, faz com que não apenas os domínios da ciência, do Estado e do mercado, a ela se reportem em sua instrumentalidade, mas a subjetividade dos indivíduos passa a também se expressar como completamente reificada, notadamente, em decorrência do papel mediador da cultura de massas como nova expressão do capitalismo tardio.

Ao não apontar uma alternativa política frente à crescente dominação capitalista, Adorno abrirá margem para que Habermas, e muitos outros, apontem a deficiência normativa que se inaugura com a “Dialética do Esclarecimento”. Por outro lado, no que se refere a determinadas exigências de rigor sociológico, é atribuído a Adorno um *déficit* empírico, na medida em que boa parte de seus ensaios que fazem a crítica do capitalismo tardio não seguem os padrões tradicionais da Sociologia como ciência, o que, aliás, nunca foi a pretensão de Adorno.

Embora Adorno tenha escrito textos claramente sociológicos, sua teoria da sociedade pode ser encontrada naqueles textos que não possuem a pretensão inicial de ser lidos como tais, como é o caso de *Mínima Moralia*. É no conjunto de sua obra que se tem a possibilidade de se entender que a utopia para Adorno não tem como única possibilidade a obra de arte autônoma, atribuição que se tornou comum na interpretação de seu pensamento. A ‘Erfahrung’ de que fala Adorno se refere a um resíduo de subjetividade autônoma que se encontra fragmentada na sociedade, como é o caso do sofrimento humano pós-‘Auschwitz’, mas que, de fato, acaba por não manifestar, conforme o seu entendimento daquele momento histórico, os anos 1940, resistências subjetivas que pudessem se expressar coletivamente.

Frente à impossibilidade de uma efetiva proposição política, a experiência que envolve a obra de arte efetivamente tem para Adorno o significado de uma liberdade aparentemente não mais apreensível tanto na esfera do trabalho, como em outras esferas da sociabilidade, como a esfera cultural. No que se refere à Sociologia, tanto Adorno como Horkheimer insistem em diversos momentos quanto ao papel de crítica que deve ser cumprido pela teoria, entendendo que a percepção desta é uma condição de possibilidade para qualquer possível alternativa de intervenção prática na realidade.

Mas, ainda aqui não se tem totalmente elucidado alguns elementos fundamentais da teoria da sociedade de Adorno. Para ele, a abstração do universal e do particular busca o seu correlato histórico na relação entre totalidade e experiência. As experiências sociais do nazismo na Alemanha e o totalitarismo stalinista contribuem decisivamente para a percepção de inexistência de ações coletivas capazes de darem fim à barbárie. Mas, para Adorno, há experiências não necessariamente coletivas (ou que se reportem a um sujeito coletivo) que manifestam a efetividade do não-idêntico, e resistem à universalidade da forma mercadoria.

Para Adorno os indivíduos podem manifestar impulsos quase inconscientes frente à dominação do universal. Tais impulsos que permeiam o cotidiano, em experiências fragmentadas e múltiplas, manifestam a concretização do momento dialético de não-identidade. Tais experiências já não são mais apreensíveis como experiência de uma classe, mas como experiências individuais que revelam, sobretudo, o sofrimento humano. São, portanto, algo que diz respeito não apenas a contemplação de uma pintura ou ao momento de escutar uma sinfonia de Beethoven, mas podem se manifestar de outras maneiras. As experiências que revelam a inconformidade, a rebelião do sujeito, ou do que restou dele, efetivamente só se compreendem mediante o recurso à categoria de totalidade como categoria crítica, e isto significa reconhecer nos eventos singulares a sua própria indistinção desta totalidade. Tal categoria não representa algo afirmativo e estrutural, como para Lukács, mas um recurso através do qual se pode apreender na realidade social a onipresença da mercadoria.

Tanto Axel Honneth como Martin Jay destacam a importância da experiência do não-idêntico para Adorno. e mesmo em sua concepção da cultura como parte de um mundo completamente administrado sofreria já algumas restrições ao fim de sua vida (ADORNO, 1981), quando Adorno, em algumas em entrevistas radiofônicas, admite, por exemplo, o papel diferenciado do cinema experimental (JAY, 1984). De qualquer modo, para Adorno a resistência individual, singular, é a não aceitação da dominação do todo, pois ao contrário de Hegel, para ele o “todo é o não-verdadeiro”, e se tal ‘Erfahrung’ singular resiste ao mesmo tempo à sua apreensão pela sociologia, tem-se apenas mais um momento de coerência da teoria crítica na forma de uma dialética negativa.

3 TEMPORALIDADE E EXPERIÊNCIA EM ANDRÉ GORZ

Para Marx, o tempo, ou a temporalidade, é algo que se apresenta não só como uma abstração que opera ao nível de uma Filosofia da História e por meio do qual é possível especular sobre o curso da humanidade, ou como no caso de Hegel, do espírito. Mas, o tempo é uma categoria da economia política, algo cuja objetividade se manifesta pela práxis humana formadora de uma história materialisticamente interpretada, objetividade esta expressa pela ação humana, que é indissociada do próprio conceito de valor. O tempo é, assim, uma categoria da teoria social e núcleo compreensivo da sociedade capitalista.

Gorz (1985; 2003b) irá buscar nos Grundrisse de Marx elementos de uma crítica do capitalismo que em muitos aspectos antecipa tendências atuais do capitalismo, e que ao mesmo tempo modifica os parâmetros marxianos quanto à temporalidade, como é o caso de sua análise de uma produção de valor que não mais o valor-trabalho, mas sim o valor-conhecimento. Aqui, cabe apenas se atentar para o fato de que tanto no âmbito da sociedade industrial, como no que hoje se designa de pós-industrial, a questão do tempo e da temporalidade ocupa um papel fundamental na teoria social de Gorz, e ao mesmo tempo é a chave para se compreender o significado do conceito de experiência em sua obra.

Trata-se não apenas de uma crítica à filosofia da história marxiana, que recorre ao trabalho humano para fundar, mediante a noção de proletariado, a figura de uma redenção humana associada a um trabalho não alienado, mas há também outros aspectos mediante os quais a temporalidade é central nas investigações de Gorz, aspectos que estes que assim como em Dubeat, levará em conta as reflexões oriundas da fenomenologia, no caso de Gorz, sobretudo a influência de Sartre.

Por um lado, no plano da própria economia política, o modo pelo qual o tempo é a condição para a criação de valor e riqueza, mas por outro, o tempo se refere também a um esforço de compreender as ações humanas num espectro de vivências que são igualmente

constitutivas do capitalismo. As ações humanas que se processam fora da experiência e do tempo de trabalho, situadas no que Gorz e Habermas chamam de mundo da vida, serão a condição de possibilidade para se pensar a emancipação humana. É deste modo que se pensa sobre a categoria de o “tempo” se mostrar como teoricamente relevante para se compreender o que Gorz entende por autonomia, e de que modo se pode ainda constituir uma utopia (GORZ, 2003a, p. 20).

Ao elaborar uma teoria pautada por uma visão dual de sociedade, Gorz estabelece que o tempo de trabalho, como o tempo em que os operários passam dentro da fábrica, é a medida não apenas da criação-valor, como é claro no pensamento marxiano, mas é também o que propicia a heteronomia dos indivíduos, notadamente dos trabalhadores. A partir de sua obra *Adeus ao Proletariado*, Gorz passa a defender que a emancipação já não passa mais por uma liberação *no* trabalho e, sim, uma liberação *do* trabalho. A ruptura daquele processo que Marx e o próprio Gorz viam como alienação não poderá mais ser alcançado tendo como ponto de partida o tempo de trabalho, mas sim o tempo de não-trabalho, bem como aquele trabalho que não pode mais ser temporalmente mensurado (GORZ, 2003b, p. 25).

Tal concepção também indica que a autonomia deve ser buscada em uma esfera cultural na qual passam a ser erigidos valores e padrões éticos que coloquem limites e obstaculizem o poder da racionalidade econômica; a heteronomia que o caracteriza não poderá ser completamente eliminada, mas diminuída, na medida em que se reduz o tempo de trabalho, sem que haja, evidentemente, redução de renda.

Gorz entende que uma nova utopia deve ser elaborada com base em dois eixos fundamentais: a redução do tempo de trabalho e a existência de uma renda mínima universal. A busca de tal utopia já não passa mais pelo suposto do proletariado como o sujeito da transformação histórica, como Gorz acreditou em uma fase anterior de seu pensamento. Mas, há outras convicções em seu pensamento que não se alteraram muito ao longo dos últimos trinta anos, e tais dizem respeito à influência da fenomenologia em sua concepção de sociedade. Defende-se, aqui, a ideia de que a questão da temporalidade se manifesta mediante um viés fenomenológico que marca toda a produção teórica de Gorz e que coloca o conceito de experiência como seu correlato necessário.

O tempo é tratado não apenas como a categoria econômica mensurável da produção de valor, tal como é apreensível na crítica da economia política marxiana, mas é dimensionado também como categoria filosófica, como parâmetro por meio do qual são pensadas a existência e a liberdade humanas.

O tempo no trabalho é, para Gorz, aquele que aprisiona e produz heteronomia, e o tempo livre aquele que abre inúmeras possibilidades de uma vida dotada de sentido. O tempo de

não trabalho é aquele direcionado para experiências e atividades como lazer, esportes, vivências familiares, ações cooperativas, etc., ou mesmo por atividades laborativas que não tenham por finalidade a criação de valor. Assim como Marx havia feito alusão às possibilidades que se abrem em uma sociedade que romperia com a divisão capitalista do trabalho, Gorz sustenta que uma sociedade futura capaz de possibilitar a autonomia terá que propiciar aos indivíduos uma possibilidade ampliada de vivenciarem experiências de não-trabalho.

Embora não seja totalmente explícito por Gorz, sua concepção de autonomia remete para o conceito de experiência, pensando esta como categoria que se alterna entre o discurso filosófico, ou de uma fenomenologia existencial, e o discurso sociológico. Trata-se de se pensar o que se processa no mundo da vida. Diferente de Habermas, que pensa o mundo da vida como o local em que os indivíduos, nas dimensões de sociedade, cultura e personalidade, partilham intersubjetivamente padrões de valores que tornam possível o entendimento mútuo, para Gorz o mundo da vida expressa determinadas experiências vividas que nem sempre são apreensíveis por categorias sociológicas.

O mundo da vida não é, deste modo, aquela esfera de ação em que se dão interações espontâneas baseadas na solidez de padrões normativos legados pela modernidade, mas é o tempo e o espaço de vida em que a integração social, em contraposição à integração funcional, é mediada pelo conflito entre comportamentos individuais e normas institucionalizadas. Manifestam-se em Gorz as influências de Husserl, Merleau-Ponty e Sartre. A noção de autonomia do indivíduo assume um caráter não apenas de cunho kantiano ou marxiano, para se lembrar dois marcos do esclarecimento também presentes em Gorz, mas se coloca enfaticamente uma perspectiva da fenomenologia, isto é, a liberdade dos indivíduos não depende unicamente de princípios racionais universais, ou de uma alteração no modo de produção, mas a vivência individual e cotidiana deve também se abrir para experiências de inconformidade não subsumíveis aos padrões de racionalidade institucionalizados.

O que está em jogo nessa discussão é nada menos que a autonomia individual e, corolariamente, a autonomia da filosofia, ou do cultural, frente à sociologia, ou à sociedade. A filosofia não pode ser busca da Verdade e do Bem, não pode interrogar o valor dos valores e o sentido das finalidades senão quando o sujeito é capaz de se distanciar das normas e valores que regem as condutas sociais e questionar as verdades estabelecidas. Só pode haver reflexão autônoma, criação artística ou intelectual, revolta moral, se um distanciamento original impedir o sujeito individual de coincidir com a marca de “identidade” de seu pertencimento social (GORZ, 2003a, p. 171).

É através de experiências não apenas coletivas, mas também singulares e existenciais, que os indivíduos vivenciam expressões de inconformidade frente ao poder onipresente da racionalidade econômica. Quanto mais extenso, portanto, o tempo de não-trabalho,

maiores as possibilidades de se constituírem sujeitos autônomos, como ocorre na concepção de Habermas, mas com características diferentes, pois para Gorz o mundo da vida possibilita a formação de uma ética e de uma cultura não determinadas pelos processos de integração funcional.

A diferença entre as concepções de mundo da vida de Gorz e o de Habermas está em grande medida em um questionamento quanto ao próprio alcance da sociologia como ciência, na capacidade desta em apreender a plenitude dos fenômenos sociais que se passam nesta esfera. A apreensão de tais experiências para uma teoria social incorre, em um certo sentido, em uma revitalização da Filosofia do existencialismo quando a problemática em questão trata, em última instância, do problema da liberdade humana.

Assim como na teoria da sociedade de Adorno, em que as experiências singulares manifestam exemplos de resistência quase inconscientes ao mundo administrado, a utopia gorziana pressupõe experiências individuais como índice de uma autonomia possível. Ocorre que em ambos os casos mediadas por fundamentos teóricos bastante distintos, em que as bases epistemológicas que informam o pensamento de Gorz estão muito mais próximas da fenomenologia do que da tradição dialética, mas no qual, igualmente, mediante um olhar habermasiano, por exemplo, este tipo de concepção redundante não apenas em um *déficit* sociológico, mas também normativo, quando se pensa nas possibilidades de desdobramento político de tais ações.

Contudo, diferentemente de pensadores como Adorno e Horkheimer, esta valorização gorziana das experiências individuais não invalida a elaboração de um projeto político que propõe reformas estruturais para a sociedade, reivindicações que podem e devem também ser sustentadas por ações e reivindicações coletivas. Pelo contrário, toda a teoria social de Gorz está pautada pela proposição de alternativas políticas visando à constituição de uma nova utopia, sendo que nesta a redução do tempo de trabalho e a existência de uma renda universal básica, são questões imprescindíveis quanto a possibilidade de uma sociedade autônoma, e que de certo modo, poderia estar já em gestação na sociedade do trabalho imaterial.

4 A SOCIOLOGIA DA EXPERIÊNCIA EM DUBET

Em um diálogo com a tradição sociológica, François Dubet propõe redimensionar por um lado a tradicional relação entre ação e sistema, e por outro, indicar novos parâmetros com os quais se pode pensar as transformações em curso na sociedade contemporânea. Para Dubet a sociologia clássica já não oferece os elementos categoriais apropriados com os quais seria possível se compreender tais transformações. O que ele atribui como clássico é a tradição associada aos nomes de Durkheim e Parsons. Em sua visão, a representação de sociedade associada a esta tradição coloca o ator individual como subsumido nos processos

de interiorização do social, em que a consciência, as normas e valores que representam padrões de uma socialização frente ao qual o indivíduo se adapta e manifesta a própria prevalência do sistema como categoria explicativa da sociedade moderna.

Para ele, tal modelo já não pode explicar uma sociedade permeada por uma multiplicidade de expressões culturais e conflitivas, em que a ação social já não se caracteriza por padrões de unicidade das ações quanto ao seu próprio sentido, mas a sua fragmentariedade indica que o ator se opõe ao sistema, e a ação social passa a ter determinações que não apenas as deste mesmo sistema. Na visão de Dubet, na sociedade contemporânea o indivíduo passa a atuar não mais por uma lógica unívoca, mas ao se distanciar do sistema cria a possibilidade de ações em que a escolha e uma relativa autonomia se mostram como possíveis e efetivas.

Esta diversidade de lógicas de ação que permitem um afastamento entre ator e sistema é o que irá propiciar a Dubet apontar o conceito de experiência social como o mais apropriado para a compreensão da sociedade contemporânea. A experiência social, segundo ele, se caracteriza por uma pluralidade de lógicas de ação, na qual os indivíduos lidam com diferentes práticas, e na qual é necessário a tais autores encontrarem as razões pelas quais aderem a determinados valores e normas, muitas vezes difusos, enquanto há outros valores e normas aos quais tais indivíduos sequer conseguem aderir. Haveria uma “heterogeneidade dos princípios culturais que organizam as condutas.” (DUBET, 1996, p. 15).

A experiência social possuiria como um segundo traço um distanciamento que os indivíduos mantêm em relação ao sistema. É neste momento que se pode falar em uma certa autonomia dos indivíduos, que assim se constituíram como sujeitos, na medida em que desempenham uma multiplicidade de papéis não necessariamente regulados pela normatividade sistêmica. Um terceiro elemento caracterizador da experiência é a alienação. Na medida em que a sociedade não pode mais ser entendida nos moldes clássicos, modifica-se também a apreensão do conceito de alienação. No presente momento histórico, não seria mais possível se falar de categorias como povo, classe, progresso, etc., pois igualmente não se identifica um movimento social capaz de unificar os interesses dos indivíduos. Os processos de dominação social se remetem para experiências que fragmentam a própria personalidade, que são impelidos, no âmbito de sua experiência, a dominar uma multiplicidade de lógicas de ação que se colocam em jogo na realidade social.

Dubet define a experiência social como objeto da sociologia do seguinte modo:

A sociologia da experiência tem em vista definir a experiência como uma combinação de lógicas de ação, lógicas que ligam o ator a cada uma das dimensões de um sistema. O ator é obrigado a articular lógicas de ação diferentes, e é a dinâmica gerada por esta atividade que constitui a subjetividade do ator e a sua reflexividade (DUBET, 1996, p. 107).

A partir desta definição, Dubet faz referência a três tipos de sistemas: a comunidade, o mercado e o sistema cultural. Tais sistemas se caracterizam por se reportar a uma lógica própria em que a experiência social é uma espécie de justaposição destas diferentes lógicas, as lógicas da integração, estratégica e a subjetivação. Tais lógicas são mais bem referidas, em seu entendimento, como experiências do que como a ação da Sociologia clássica. Tal tipologia das lógicas de ação é inspirada, nas palavras de Dubet, no pensamento de Alain Touraine, mediante a utilização das categorias de identidade, oposição e totalidade.

De maneira aqui bastante sucinta é possível dizer que a integração é aquela que se refere aos processos de interiorização de normas e valores institucionalizados, em que o ator, ao ter a possibilidade de reconhecer o outro como o diferente, o estranho, age no sentido da garantia da ordem e da moral, garantindo deste modo, ao mesmo tempo, a sua identidade. Já na lógica estratégica, cujo *médium* sistêmico é o mercado (entendido não só como a esfera econômica), no qual o ator externaliza a sua identidade através de posições que ocupa a, como em um jogo, mobilizar racionalmente determinados meios para atingir um fim (de modo similar a concepção habermasiana de ação estratégica) sendo este fim a busca de obtenção de poder. Se se pensar nos termos das ações coletivas, em tal lógica de ação não há espontaneidade, mas um cálculo racional com o objetivo de, de algum modo, influir na esfera política.

Diferente das lógicas da integração e estratégica, a subjetivação é aquela que vai de encontro ao papel do sujeito, sendo esta a garantia, o ver-se como sujeito, de sua própria identidade. Informada pela potencialidade de crítica por parte do sujeito, tal lógica revela que é a própria luta contra a alienação que surge conjuntamente ao sofrimento e busca de reconhecimento dos indivíduos. Neste sentido, ao se pensar as ações coletivas, o conflito é também luta contra esta alienação, e neste caso, a cultura não significa a esfera de manutenção de normas e valores (entendimento similar ao de Gorz), mas, sim, o espaço em que se torna possível a não aceitação da dominação social, podendo-se falar, neste caso, que este tipo de experiência social possui um conteúdo com potencialidade emancipatória.

Embora em toda sua exposição teórica Dubet busque se afastar do que chama tradição clássica da Sociologia, a sua exposição é toda pautada pela centralidade da noção de sistema. Ocorre que, na sua referência a uma pluralidade de sistemas não haverá, de fato, a imagem tradicional de um sistema com caráter de unicidade. As diferentes lógicas de ação, enquanto experiência social, confundem-se e se justapõem dentro de um mesmo contexto social. Elas manifestam uma diversidade e uma fragmentariedade com o qual o indivíduo constrói a sua identidade.

A sociologia da experiência de Dubet, em grande parte fundamentada pelos seus trabalhos empíricos com jovens e nas periferias de Paris, revela esta possibilidade de pensar os

processos de sociabilidade mediante uma disjunção entre ator e sistema, e enquanto tal se compreender o conteúdo das diferentes lógicas que caracterizam as ações coletivas e os movimentos sociais, e que permite pensar, portanto, onde residem as potencialidades de transformação histórica e da realidade.

Contudo, a percepção destas possibilidades, assim com no pensamento de Adorno, não consolidam um conteúdo normativo claramente identificável, não resgatando assim, a utopia em seu sentido plenamente moderno, histórico, indicando apenas, ao que parece, a ideia de democracia como a condição de possibilidade para que a experiência possa também se manifestar como possibilidade emancipatória.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os autores aqui tratados possuem em comum a atribuição ao conceito de experiência como fundamental para se compreender a sociedade moderna e suas transformações, que para muitos representa o próprio fim da modernidade. Mais do que isso, quando se pensa acerca dos temas da utopia e da emancipação humanas é comum aos autores o entendimento de que a “experiência” pode ser tomada como o ponto central segundo o qual é possível encontrar na realidade diferentes movimentos de resistência aos processos de dominação social, sobretudo a dominação capitalista.

Gorz e Dubet possuem ainda em comum uma forte influência de Alain Touraine e sua Sociologia da ação. Já Touraine, e de modo um pouco distinto Habermas, já havia enfatizado este processo de separação entre ator e sistema, de tal modo que paralelamente às injunções sistêmicas, notadamente dominadoras, seria possível se perceber que os indivíduos lidam com lógicas que podem torná-los sujeitos, sendo justamente nestas experiências que lidam com uma racionalidade não-sistêmica (como a ação comunicativa habermasiana) que se manifestam as possibilidades de uma emancipação possível. Esta similaridade, entretanto, é limitada pela ênfase que os autores atribuem ao sentido da experiência, pois, enquanto Dubet dialoga diretamente com a tradição funcionalista, Gorz pensa a experiência como limitação do próprio discurso sociológico mediante um recurso à fenomenologia existencialista.

Diferente deles, Adorno insiste na categoria de totalidade, oriunda da dialética hegeliana, para pensar o sujeito danificado pela primazia do objeto. Assim como para Gorz esta experiência coloca limites à exposição sociológica, pois a experiência “social” é remetida para a concretude da experiência individual, e no qual o momento da utopia não encontrou ainda, necessariamente, a figura da ação coletiva como sua manifestação social. Axel Honneth, em trabalhos recentes (HONNETH, 2006), procura resgatar a compreensão adorniana da experiência, incorporando-a em sua teoria do reconhecimento, elaborando igualmente uma outra possibilidade, mais propositiva normativamente, de se relacionar experiência e utopia como reflexão relevante aos debates em teoria social contemporânea.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Theodor W. **Dialética negativa**. Madrid: Taurus: 1984a.
- _____. **Minima moralia**. São Paulo: Ática, 1992.
- _____. O ensaio como forma. In: COHN, Gabriel (Org.). **Theodor W. Adorno**. São Paulo: Ática, 1986b. p. 167-187.
- _____. **La disputa del positivismo en la sociología alemana**. México: Grijalbo, 1973.
- _____. **Aspects of sociology**. Boston: Beacon, 1973b.
- _____. **Teoria estética**. Madrid: Taurus, 1984b.
- _____. Society. In: BRONNER, S.; KELNNER, D. (Ed.). **Critical theory and society: a reader**. New York: Routledge, 1989. p. 267-275.
- _____. Transparecies on film. **New German Critique**, n.º 24-25, fall-winter, 1981-2.
- ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.
- BENHABIB, Seyla. **Critique, Norm and Utopia**. New York: University of Columbia Press, 1986.
- BENJAMIN, Walter. **Sociologia**. Organização e tradução de Flávio René Kothe. São Paulo: Ática, 1985. (Coleção Grandes Cientistas Sociais, 50).
- BUCK-MORSS, Susan. **Origen de la dialética negativa**. México: Siglo XXI, 1981.
- CAMARGO, Sílvio César. **Modernidade e dominação: Theodor Adorno e a teoria social contemporânea**. São Paulo: Annablume/Fapesp: 2006a.
- _____. Axel Honneth e o legado da teoria crítica. **Política & Trabalho – Revista de Ciências Sociais**. João Pessoa, n. 24, abril de 2006b. p. 123-138.
- DUBET, François. **Sociologia da experiência**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.
- _____. As desigualdades multiplicadas. **Revista Brasileira de Educação**, n. 17, p. 5-19, ago. 2001;

GORZ, André. **Metamorfoses do trabalho**. São Paulo: Annablume, 2003a.

_____. **O imaterial**. São Paulo: Annablume, 2003b.

_____. **Misérias do presente, riqueza do possível**. São Paulo: Annablume, 2004.

_____. **Adeus ao proletariado**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: o que é o Aufklärung?. In: **Textos seletos**. Tradução de Raimundo Viera e Floriano de Sousa Fernandes. Petrópolis (RJ): Vozes, 1990. p. 100-116.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. Lisboa: Dom Quixote, 1998.

_____. **Teoría de la acción comunicativa: racionalidad de la acción y racionalización social**. Tomo 1. Madrid: Taurus, 1987a.

_____. **Teoría de la acción comunicativa: racionalidad de la acción y racionalización social**. Tomo 1. Madrid: Taurus, 1987b.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: Ed. 34, 2003.

_____. O capitalismo como forma de vida fracassada: esboço sobre a teoria da sociedade em Adorno. Tradução de Ângela S. Jeunon. **Política & Trabalho**, n. 24, p. 123-138, abr. 2006.

JAY, Martin. **Adorno**. São Paulo: Cultrix, 1984.

NEGT, Oscar; KLUGE, Alexander. **Public sphere and experience**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1993.

SILVA, Josué Pereira da. **André Gorz: trabalho e política**. São Paulo: Annablume/Fapesp, 2002.

SILVA, Josué Pereira da; RODRIGUES, Iran Iácome (Org.). **André Gorz e seus críticos**. São Paulo: Annablume, 2006.

Submissão em: fevereiro de 2010
Pareceres favoráveis em: maio de 2010

N O R M A S T É C N I C A S
D E P U B L I C A Ç Õ E S

- 1 O trabalhos a serem publicados pela *Revista Brasileira de Estudos Jurídicos* deverão ser inéditos em língua portuguesa e versar sobre temas da área jurídica e suas interfaces.
- 2 Deverão ser enviados via email (como arquivo anexo) para o endereço estudosjuridicos@santoagostinho.edu.br com cópia para eltondx@hotmail.com, em formato Word.
- 3 A Revista não se obriga a publicar os trabalhos enviados. Sua publicação pressupõe aprovação pelos seus Conselhos Editorial e Consultivo.
- 4 Os autores dos trabalhos selecionados, receberão, a título de direitos autorais, 2 exemplares da Revista Brasileira de Estudos Jurídicos, quanto à versão impressa. Não haverá pagamento de *pro labore* ou qualquer vantagem a título de direitos autorais.
- 5 Excepcionalmente o trabalho poderá conter imagens, gráficos ou tabelas, desde que essas sejam disponibilizadas pelo autor, em formato JPG, com definição de 72 dpis. Essas imagens deverão ser designadas como figuras, com numeração sequencial e indicação da fonte de onde foram extraídas.
- 6 O texto deverá ser digitado em fonte Times New Roman ou Arial, tamanho do papel A4, corpo 12, com espaço entre linhas de 1,5 linha.
 - 6.1 Artigos deverão ter, no mínimo, dez páginas, incluindo referências. A Revista considera como ideal entre quinze a vinte páginas. Mas, analisa outros trabalhos em outros tamanhos, em razão do conteúdo.
 - 6.2 Entrevistas, Notas de Leitura e Resenhas devem ter entre cinco e dez páginas. Igualmente, a Revista analisa outros trabalhos em outros tamanhos, em razão do conteúdo.

7 A formatação do texto deverá obedecer às seguintes recomendações:

7.1 Título no alto da página, todo em maiúsculas e centralizado;

7.2 Nome do autor duas linhas abaixo do título, alinhado à direita e com as iniciais em maiúsculas;

7.3 Instituição a que o autor é vinculado logo abaixo do nome do autor, alinhada à direita e com as iniciais em maiúsculas;

7.4 Resumo, em Português e em Inglês, de no máximo 100 palavras, duas linhas abaixo da instituição a que o autor é vinculado, com alinhamento justificado e espaço entre linhas simples;

7.5 Palavras-chave e *keywords*, em número máximo de 5, deverão seguir, respectivamente, o resumo em Português e Inglês.

7.6 O corpo do texto deverá vir duas linhas abaixo do *abstract* e receber alinhamento justificado;

7.7 No corpo do texto, os parágrafos deverão vir sem recuo e com espaço duplo de um para outro;

7.8 As citações maiores do que três linhas deverão ser destacadas do texto, com distância de 4 cm da margem esquerda, e digitadas em corpo 11, sem aspas;

7.9 As notas explicativas deverão se restringir ao mínimo indispensável;

7.10 As referências de citações textuais deverão ser feitas no próprio texto, entre parênteses, conforme o seguinte modelo:

Isso mostra-se possível desde que os partidos atuem sem se agarrarem ao *status quo*, o qual hoje em dia “não é nada mais do que o turbilhão de uma modernização que se acelera a si mesma e permanece abandonada a si mesma” (HABERMAS, 2001, p. 142).

7.11 As referências do trabalho deverão ser indicadas de modo completo ao final do texto, obedecendo ao seguinte padrão:

7.11.1 Publicações Impressas

7.11.1.1 Livros

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. 220p.

7.11.1.2 Artigos em publicações avulsas

XAVIER, Elton Dias . A identidade genética do ser humano como um biodireito fundamental e sua fundamentação na dignidade do ser humano. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Org.). **Grandes temas da atualidade**: bioética e biodireito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 41-69.

7.11.1.3 Artigos em publicações periódicas

DWORKIN, Ronald. Elogio à teoria. Tradução de Elton Dias Xavier. **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, Montes Claros, Ed. Santo Agostinho, v. 1. n. 1, p. 9-32, jul./dez. 2006. Título original: *In praise of theory*.

XAVIER, Elton Dias. A bioética e o conceito de pessoa: a ressignificação jurídica do ser enquanto pessoa. **Bioética**, Brasília, Ed. CFM, v. 8, n. 2, p. 217-228, 2000.

7.11.2 Documentos eletrônicos disponibilizados na Internet

AVRITZER, Leonardo. Ação, fundação e autoridade em Hannah Arendt. Lua Nova, São Paulo, n. 68, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452006000300006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 30 nov. 2006.

7.11.3 Casos omissos nestas normas

Para os casos omissos, consultar as normas da ABNT referentes à publicação acadêmica.

7.12 As referências mencionadas no item acima deverão ser formatadas com espaço simples entre linhas, precedidas pela expressão “REFERÊNCIAS”, sendo que esta deverá ser colocada duas linhas após o fim do texto;

8 A remessa dos trabalhos implica o conhecimento e a total aceitação das normas aqui descritas.



CAMPUS JK

Av. Osmane Barbosa, 937 - JK
Montes Claros - MG
(38) 3690-3600

CAMPUS SHOPPING

Av. Donato Quintino, 90 - Cidade Nova
Montes Claros - MG
(38) 3224-7900



Impressa

ISSN 1809-7278



9 771809 727009

Eletrônica

ISSN 2358-9744



9 772358 974005