

LA FORMACIÓN DE INTERSUBJETIVIDAD Y LA POLITICA CRIMINAL POPULISTA

INTERSUBJECTIVITY AND POPULIST CRIMINAL POLICY

Juarez Tavares¹

Fecha de recepción: 27 de agosto de 2020

Fecha de aceptación: 10 de octubre de 2020

Resumen

El texto busca conducir una investigación sobre la relación entre la formación de intersubjetividad en una sociedad desigual y el desarrollo de una política criminal populista. Para enfrentar el tema, se propone establecer una verificación del concepto de intersubjetividad, un análisis modelar del contexto fáctico, discutir los conceptos clásicos del populismo penal y su relación con la realidad e intentar proponer algunas indicaciones sobre la función de la dogmática penal.

Palabras clave: intersubjetividad, dogmática penal, política criminal, populismo punitivo, desigualdad.

Abstract

The text seeks to lead a research into the relationship among the formation of intersubjectivity in an unequal society and the development of a populist criminal policy. To address the issue, it is proposing to establish a verification of the concept of intersubjectivity, to conduct a model analysis of the factual context, to do a discussion about the classical concept of criminal populism and its relationship with the reality and to try to propose some indications on the role of the criminal theory in this context.

¹ Doctor en derecho penal de la Universidad Federal de Río de Janeiro. Master en Leyes. Postdoctor en la Universidad de Frankfurt en Main. Catedrático de Derecho Penal de la Universidad del Estado de Río de Janeiro.

Key words: intersubjectivity, criminal theory, criminal policy, criminal populism, inequality.

I. LAS PROPOSICIONES DE INVESTIGACIÓN

El tema de este artículo se refiere a la formación de intersubjetividad y su relación con la política criminal populista. En el enfrentamiento del tema será necesario seguir el siguiente esquema: 1) verificar lo que se puede entender por intersubjetividad en una sociedad confrontada; 2) investigar los datos facticos que fomentan la formación de esta intersubjetividad; 3) discutir los conceptos de una política criminal populista; 4) establecer la relación entre la formación de intersubjetividad y la política criminal populista; 5) intentar proponer algunas condiciones limitativas a esa política en confronto con los datos de la realidad.

En general, la formación de intersubjetividad está asociada a dos parámetros: a) al proceso de cooptación, engendrado por la capacidad del poder dominante para interferir sobre el comportamiento de los ciudadanos y sus propósitos; b) los datos de la realidad favorables a que los ciudadanos adhieran a la interferencia del poder.

II. LA FORMACIÓN DE EXPECTATIVAS

Cuando se habla de un proceso de formación de las expectativas de la persona en determinado contexto, no siempre se puede decir que eso sea de exclusiva responsabilidad del Estado. Con las alteraciones que se procesan en el desarrollo de la modernidad, en que el Estado cede a las corporaciones la ejecución de tareas esenciales, por medio de las privatizaciones en grande escala y la asunción de contratos de permisión o concesión de servicios, el poder se desplaza del ente público al privado. El ejercicio por entidades privadas de actividades propias del Estado, aunque se anuncie como producto del desarrollo social, irá implicar, de cierto modo, un retroceso, movido por el dominio del privado sobre el público, y caracterizar a lo que HABERMAS denomina de refeudalización de la modernidad. La refeudalización de la modernidad implica, desde luego, la confusión entre interés público e interés privado, de modo que las personas dejan de ser ciudadanos de un determinado Estado, para incorporar a sus designios los objetivos e intereses de las corporaciones que lo dominan. Si lo privado domina a lo público hay

necesidad de investigar la base empírica de ese dominio, que no resulta de un simple acto de retórica, sino que es real, que está presente en la vida de las naciones, principalmente después de la gran depresión de 1873, que derrocó a la producción industrial, y de la crisis de 2008, que hundió los países productores de petróleo. A pesar de se divulgar que ese dominio de los conglomerados es esencial al desarrollo de la sociedad, ahora en la pandemia del Covid-19 se puede ver nítidamente que ese argumento es falso, porque el dominio del público por el privado no fue capaz de contener a los efectos destructivos de la enfermedad, principalmente en Estados Unidos. Está claro que aquí no importa el análisis económico de esa evolución, sino solo sus consecuencias sociales, políticas y jurídicas. Socialmente, se puede ver que las crisis económicas conllevan un proceso paralelo de marginalización social, con la creación de guetos, favelas y villas miseria y también de una población en situación callejera o sin techo, y campesina sin tierra. Políticamente, la marginalización induce a una aguda contradicción entre las capas de la población, entre los que detentan y los que no detentan las condiciones de supervivencia, entre ricos y pobres, entre marginados y integrados, entre ciudadanos y no ciudadanos. Jurídicamente, será preciso entender cómo la marginalización debe ser tratada en el ámbito del derecho penal, que rol puede desempeñar en la construcción de los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad y cómo fortalece la selectividad, cuando sirve de motivación a una política criminal populista.

Si en la postmodernidad hay partes de modernidad y partes del feudalismo, que componen la estructura social y política de la sociedad sobre una base empírica de desigualdad económica y jurídica, el análisis de la formación de intersubjetividad no puede se alejar de esa base. Por tanto, la formación de intersubjetividad no puede ser entendida bajo un modelo universal, sino conforme su vinculación a determinado contexto. Incluso, si la norma debe ser tomada como un mensaje del poder a sus destinatarios, su legitimidad está también en la dependencia del contexto de su aplicación.

III. EL CONTEXTO FÁCTICO

Solo para mostrar como el contexto está sujeto a variaciones, conforme los diversos países, se puede tomar como punto de arranque su condición en la sociedad brasileña. Brasil es un país muy grande, con 8.550.000 Km², y una población de 220 millones, de

conformidad con el censo oficial. Tomando como una muestra la ciudad de Río de Janeiro, tenemos una población conferida de 8 millones en la zona urbana, de los cuales 3,5 millones habitan las zonas pobres llamadas de favelas. Con la crisis actual, se estima que habitan las calles de la ciudad cerca de 30 mil personas, que pueden ser los mendigos, los desempleados, los que han decrecido de la escala económica y los que trabajan lejos de la ciudad y que en ella se quedan por la noche para ahorrar el billete de transporte. Esos son datos de múltiples institutos censitarios, oficiales y no oficiales, pero confiables. Para tener otra idea de la relación entre contexto factico y poder, se puede tomar por base la composición del poder judicial. De los 220 millones de habitantes, Brasil tiene una población de negros de exactamente 54,5%. A pesar de eso, el Poder Judicial lo tiene solo 1,7 % de jueces negros. Fuera del poder, en todas las actividades humanas de la sociedad brasileña, el tratamiento entre negros y blancos es completamente desigual, incluso en sectores que se dicen más progresistas. Así, la investigación hecha por la Universidad del Estado de Río de Janeiro sobre los protagonistas de las películas ha demostrado que solo el 2% de los directores, solo el 4% de los guionistas y 0% de los operadores de cámaras son negros. Otra investigación, de la Universidad de Brasilia, indica que solo 10% de los libros escritos en Brasil son atribuidos a autores negros. Afuera de la cuestión racial, según el censo oficial, solo 8,3% de los pobres acceden a las universidades pública, y menos de 4% a los institutos privados. Específicamente al sistema carcelario, según datos del Departamento Penitenciario Nacional, órgano del Ministerio de Justicia, Brasil tiene (datos de marzo de 2020) la tercera población carcelaria del mundo, con 773.151 detenidos, de los cuales 64% son negros, o sea, 494.816 personas.

Hay otro dato importante: Brasil tuvo un largo periodo de esclavitud. La esclavitud ha empezado el 1538, con el inicio de la producción de azúcar, y ha terminado el 1888, con la liberación. Son más de 350 años de esclavitud. Para tener una idea de la formación brasileña, es importante informar que, desde el censo oficial de 1798, la población era constituida de 33,7 % de blancos, 14% de negros libres y 52,3 de negros esclavos. Entonces, cuando se quiere discutir sobre la formación de intersubjetividad, ese contexto racial y de marginalización no puede ser descartado, incluso no puede ser eliminada la relación entre el poder y la población. Justo esa relación entre el poder y la población, especialmente la población pobre y marginalizada, es que sirve de base a su política criminal.

IV. LA DEFINICIÓN DE INTERSUBJETIVIDAD

La definición de intersubjetividad puede comportar variados enfoques, que son muy largos para caber en este texto. Como el objeto tematizado es aquí la relación entre política criminal y los ciudadanos, poco interesa investigar cómo la psicología, especialmente el psicoanálisis trabaja la formación de conciencia del niño y cómo esa formación se proyecta para la fase de la madurez. Importante es, aquí, establecer un concepto de intersubjetividad que pueda ser adecuado a los postulados del derecho. Claro que el derecho por sí solo no es capaz de concluir una definición de intersubjetividad, salvo para aspectos muy especiales en el proceso de imputación, en cuanto a la noción de conciencia e intencionalidad. Lo importante es verificar cómo el pensamiento filosófico o sociológico lo tematiza. Vamos a hacer entonces un rápido recorrido de esos enfoques y después centrarlos, exactamente, en el escenario jurídico.

Primero hay que partir de la idea central de que la intencionalidad es un concepto muy complejo, cuya definición está bajo la dependencia de la metodología que se adopte. A pesar de esa dependencia metodológica, se puede decir que en el fondo toda intersubjetividad tiene que pasar por un proceso de reconocimiento del otro. HUSSERL, en sus *Meditaciones Cartesianas*, ha intentado indicar como se procesa la intersubjetividad en la fenomenología. HUSSERL entiende, inicialmente, que el mundo no puede ser otra cosa que nuestra experiencia consciente, o sea, no hay conocimiento allá de nuestra experiencia consciente. Pero esa experiencia consciente no es vacía de contenido: es necesariamente intencional. La intencionalidad es que señala la relación de esa experiencia consciente con los objetos y también con los otros. El análisis fenomenológico de la intencionalidad conduce a posibilitar el conocimiento del otro, primero como cuerpo físico y después como conciencia, una vez concluido que el otro es análogo a mí.² La problemática fenomenológica está en que el otro solo tiene existencia, o solo obtiene reconocimiento, cuando sea análogo a mí, lo que induce a una especie de solipsismo. A medida que el otro es, primero, un cuerpo y que se acerca a mí de ese modo, como un cuerpo, que tiene semejanza conmigo, y solo después como conciencia por pasar a integrar mi propia

² Husserl, E. (1996). *Meditaciones cartesianas*, traducción de José Gaos y Miguel García Baró, México: Fondo de Cultura Económica, p. 180.

experiencia, su emparamiento no conduce al reconocimiento de sus vivencias, que solo pertenecen a este otro. Claro que si el otro solo es reconocido cuando sea análogo a mi, cuando se ajuste a mi experiencia consciente y no cuando tenga cualidades propias que le pueden caracterizar como otro, este reconocimiento no es un reconocimiento universal, solo vale por mi. En este enfoque, la intersubjetividad, como intercambio de experiencias conscientes, está ligada a ese mecanismo de reconocimiento y, por tanto, solo se conforma de acuerdo con la experiencia del sujeto cognoscente.

Por su vez, HEGEL trabaja, en la Fenomenología del Espíritu, de otro modo la relación entre dos Yos. Si hay la necesidad de se unir ser y pensar, el Yo propio no puede existir sino en función del Yo ajeno. Eso conduce a que la formación de la autoconsciencia solo será posible por medio del reconocimiento de otra autoconsciencia, por su intervención. Como dice KOJEVE, *“el hombre, por ser libre y autónomo, reconoce que los otros son igualmente libres y autónomos. E inversamente solo es libre y autónomo si es libremente reconocido como tal por los otros. El movimiento dialéctico es doble; es una interacción. Es el hombre social, histórico”*.³ La intersubjetividad es, así, medio de garantizar que uno se sienta libre y pueda ejercer su libertad, mientras reconozca al otro también su libertad. Si la intersubjetividad es la interacción de otros sujetos individuales, nunca de una autoconsciencia que se proyecta al colectivo, su formación supone, por tanto, una previa libertad para aceptar lo que se les comunica frente a los otros.

La concepción dialéctica ha también influenciado de forma intensa a los pedagogos. PAULO FREIRE, el más conocido pedagogo brasileño, teniendo por base sus investigaciones empíricas en el ámbito de la educación, ha presentado la formación de intersubjetividad como consecuencia de la confrontación entre la consciencia y el mundo, como algo objetivo. En este sentido, estima que la consciencia, como autoconsciencia y consciencia de los otros, solo puede ser comprendida en su unidad dialéctica de la subjetividad humana y la objetividad del mundo. Firmando otra interpretación a la metáfora hegeliana sobre la relación entre señor y esclavo, PAULO FREIRE observa que, en la

³ Kojeve, A. (1999) *La dialéctica del amo y del esclavo en Hegel*, Buenos Aires: Fausto Ediciones, p. 52.

formación de la intersubjetividad, el opresor siempre tendrá la tendencia de mistificar la realidad para que el oprimido la capte como realidad estática. Entonces, solo por medio de una consciencia crítica sobre si mismo y el mundo objetivo será posible llegarse a una consciencia correcta de la realidad y su desmitificación, no como realidad estática, sino como realidad transformable. Eso se consigue a medida que se pase a ejecutar un trabajo que corresponda al interés general y no de grupos o a servicio de los opresores. Diversamente de HEGEL que llega a admitir que el trabajo del esclavo libera, porque con ello el esclavo se vuelve amo del señor, PAULO FREIRE llama la atención de que lo único trabajo liberador es el trabajo humanizante, que es aquel que tiene como consecuencia la desmitificación de la realidad.⁴ El educador tendría, por eso, la misión de desarrollar ese tipo de trabajo que se traduce en el lenguaje que no solo describe los objetos, sino que los pone en confronto dialéctico. El confronto dialéctico, empero, no puede alejarse de su proyección histórica, que señala la comprensión de los actos, de las cosas y del pensamiento. Hay, por tanto, en la formación de intersubjetividad un desarrollo histórico.

Los estudios de NORBERT ELIAS han demostrado cómo el desarrollo histórico ya viene formando desde la infancia.⁵ Lo mismo lo dicen GOFFMANN, MELTZOFF y MOORE, para quienes los scripts intersubjetivos se forman a partir de la apropiación mental de las acciones que se transmiten, respectivamente, como enseñanza o imitación.⁶ Más tarde ADORNO ha también demostrado la vinculación de las personas adultas a acciones institucionalizadas, internalizadas en el sujeto desde el mundo de la vida.⁷ Cuando alguien se prepara para aprender a manejar, ya ha visto en su niñez como su padre o mismo los conductores de ómnibus lo hacían, manteniéndose a la derecha de las rutas, frenando frente a semáforos rojos, atendiendo a la velocidad autorizada y cambiando las marchas en las curvas o en las rampas. Esas acciones institucionalizadas se incorporan en la consciencia para siempre y suelen ser actualizadas en determinados momentos de la vida

⁴ Freire, P. (s.f). *Pedagogía del oprimido* (J. Mellado, trad). México: Siglo XXI, p. 37.

⁵ Elias, N. (2011). *O processo civilizador*. (R. Jungmann, trad). Rio de Janeiro: Zahar, p. 78

⁶ Goffman, E. (1990). *The Presentation of Self in everyday Life*, New York: Penguin; Meltzoff, A y Moore, M. K. (1992). Early Imitation within a functional framework: the importance person identity movement, and development, in *Infant Behavior and Development*, 15. p. 479; Braten, S. (2009) *The Intersubjective Mirror in Infant Learning and Evolution of Speech*, Amsterdam: John Benjamin, p. 301.

⁷ Adorno, T. W. (1972) "Soziologie und empirische Forschung", in *Der Positivismusstreit der deutschen Soziologie*, Neuwied-Berlin: Luchterhand, p. 172.

posterior. La formación de la intersubjetividad no es, así, el resultado de un acto puro de conciencia.

Aunque la filosofía hegeliana siga un recorrido liberador, no fue suficiente para explicar cómo es posible, en las sociedades complejas, que la víctima de una política criminal populista acepte, sin más, las normas editadas por los victimarios. Desde el segundo WITTGENSTEIN será posible notar que el lenguaje afecta no solo los objetos, al nominarlos e identificarlos, sino que se corporifica en la autoconsciencia. El significado de las palabras, empero, no es determinado por un acto interno de la conciencia, sino por su uso en determinado contexto, que supone un cambio de expresiones entre los parlantes.⁸ En ese sentido, se puede llegar a la conclusión, ya propuesta por AUSTIN, que, si nuestro mundo social es la realización de actos de habla,⁹ todos esos actos se encierran en un proceso de aceptación mutua, capaz de generar una relación intersubjetiva. Eso corresponde a lo que informa CROSSLEY, que toda relación intersubjetiva deviene de una práctica social de interacción,¹⁰ que permite concluir que toda persona, por eso mismo, está capacitada a actuar consciente y volitivamente, incluso a proponerse determinados fines en consonancia con la vida de relación. Eso integra el proceso de socialización, que tiene por base un sentido de mutuo reconocimiento, como proponía KOJEVE e incluso lo propone HONNETH.¹¹ Aunque fuera de esa versión hegeliana, se puede ver que, para el interaccionismo simbólico, la formación de intersubjetividad está siempre imbricada en un proceso reflexivo, que posibilita los actos de interacción. Pero lo que pasa con las relaciones entre política criminal y aceptación colectiva no puede ser explicado simplemente por un proceso lineal e individualizado. Es preciso comprender que la política criminal es expresada por normas jurídicas, bajo condiciones institucionales que establecen su grado de legitimación a medida que pueden ser aceptadas por sus destinatarios. Las condiciones institucionales determinan, por eso, quien es capaz de hablar y lo que puede hablar, o sea, establecen límites a los actos. Las condiciones institucionales son también acciones, que se dirigen a los ciudadanos y en ellos se internalizan como parte de su vida. Si los actos individuales son delimitados desde afuera y sometidos a una forma de jerarquía, eso demuestra en que todas las situaciones de habla hay roles sociales definidos a los

⁸ Savigny, E. V. (1998) "Sprachspiele und Lebensformen: woher kommt die Bedeutung?", in *Ludwig Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen*, Berlin: Akademie Verlag, p. 8.

⁹ Austin, J. L. (1975) *How to do things with words*, Cambridge: Harvard University Press, p. 12.

¹⁰ Crossley, N. (1996). *Intersubjectivity, the Fabric of social Becoming*. London: SAGE, p. 46.

¹¹ Honneth, A. (2013) *Das Ich in Wir*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, p. 12.

participantes, conforme su posición en la escala social. La formación de intersubjetividad no es, entonces, una tarea de parlantes neutros, sino también resultado de un poder simbólico. Siguiendo a BOURDIEU, podemos decir que el poder simbólico está tramado en los textiles de la intersubjetividad.¹²

V. LA DOGMÁTICA PENAL Y LA RELACIÓN INTERSUBJETIVA

Antes de verificar como esas aproximaciones teóricas se presentan en la discusión actual, será preciso asentar que la dogmática del derecho penal, desde FEUERBACH, está orientada para trabajar sobre un autor individual.¹³ Como lo que interesa es establecer criterios de responsabilidad para un autor o autores, pero todos tomados como individuos y no como colectivos, esos criterios pueden ser trabajados bajo la perspectiva de la causalidad, de la orientación final, de la relevancia social de la conducta o de la negatividad del resultado, o mismo según la personalidad. El método no cambia en su substancia, cuando se alteran esos fundamentos. Las discusiones de los tratamientos de la conducta imputable a un autor se mantienen como cuestiones internas sobre la mejor solución lógica para los hechos, sin cualquiera relación con sus efectos sociales. Por eso, al derecho penal no importa cómo el poder del Estado puede generar normas de conducta para todos los ciudadanos y de tal forma que sean aceptadas por ellos.

La extrema especialización de la dogmática penal la conduce a un camino muy angosto, que impide cualquiera extensión de la discusión a las bases de legitimación de las normas. Cuando se trabaja, al revés, con la política criminal, esos límites no pueden impedir que cuestiones dogmáticas sean confrontadas con otros aspectos del ambiente social.

Atendiendo a los propósitos de hacer una investigación sobre la relación entre política criminal populista y la formación de subjetividad, podemos partir de tres aspectos, que pueden constituir la base hipotética de un trabajo: el primero, a partir del concepto de docilidad, que es manejado por MAX WEBER; segundo, de su concepto de acción estratégica; tercero, de la explicación sobre la formación social de intersubjetividad en el capitalismo tardío, que HABERMAS ha trabajado de modo muy percuciente.

¹² Bourdieu, P. (1991). *Language and Symbolic Power*, Cambridge: Harvard University Press, p. 222.

¹³ Feuerbach, A. RV. (1828). *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen: Georg Friedrich Heyer, p. 27.

MAX WEBER, como es conocido, parte en sus escritos de dos bases teóricas: el fraccionamiento de los elementos sociales en diversos tipos de investigación, de un lado, y la acción social, como modelo de relación intersubjetiva entre personas, de otro lado. Mientras tanto, MAX WEBER ha hecho una exposición muy clara de lo que llama de docilidad. Dice: *“La docilidad (Fügsamkeit) frente a la imposición de órdenes a una o más personas supone la creencia, en algún sentido, en un poder legítimo de dominación de los impositores, a medida que no sean decisivos el simple miedo o motivos racionalmente orientados, mas representaciones de legalidad que deben ser tratadas separadamente”*.¹⁴

En complemento, afirma: *“Normalmente la docilidad frente a órdenes está condicionada, además, por condiciones de intereses de todos los matices, por una mezcla de tradición vinculante y representación de legalidad, a medida que no se trate de estatutos enteramente nuevos. En muchos casos, la acción dócil no es, naturalmente, consciente, sea por fuerza de la costumbre, de convención o del derecho”*.¹⁵

Por medio del instrumento de los tipos ideales se puede quizás trabajar a la política criminal no a partir de sus puras condiciones jurídicas, sino en el sentido de su estructura burocrática en el Estado moderno. Si, como dice BOURDIEU, la formación de intersubjetividad está también subordinada a la estructura del poder simbólico, la burocracia representa en el Estado moderno, por su aparente neutralidad y vinculación al interés público, el instrumento adecuado a imponer órdenes a los ciudadanos, que las aceptan en la creencia de que sean todas legítimas y destinadas a su protección. La burocracia sirve, en este sentido, para camuflar los objetivos latentes de una política criminal populista.

En atención a la marginalización social, el concepto de acción estratégica puede formular otra solución para hechos que son cometidos por marginalizados, sin que esos puedan ser involucrados en la protección de bienes jurídicos. Una política criminal populista no puede apartarse del concepto de acción estratégica como acción social. Aunque ella suponga la relación de los ciudadanos bajo la admisión de una vida armónica, sus fines

¹⁴ WEBER, M. (1992) *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen: Mohr, p. 20.

¹⁵ WEBER, M. (Nota 13), p. 20.

estratégicos no pueden ser extraídos de una estrategia formal, que se extiende a todas las acciones individuales.

Bajo el enfoque de la relación de causalidad, la formación de intersubjetividad es tratada como producto de una relación individual. A medida que la acción social no sea un producto de propia voluntad, sino también un efecto de relaciones estratégicas, que impregnan a todas las sustancias sociales, se abre un campo muy fructífero para medidas burocráticas estratégicas, que corresponden a las acciones practicadas por los ciudadanos. En este punto, en que la burocracia aparece impersonalmente y su política estratégica alcanza los ciudadanos, se produce una intersubjetividad asimilada por el poder. Los ciudadanos, entonces, se sienten como normales destinatarios de tal política, que en principio será conducida en provecho de su propia vida. El fraccionamiento de la estructura del Estado en una formación burocrática, en el sentido que MAX WEBER ha concebido como tipos ideales, posibilita que la investigación no se vea limitada solamente sobre acciones individuales, sino que se extienda a una formación social con todas sus condiciones y factores. Para definir a una política criminal, se necesita, empero, también de la noción de poder.

Todavía MAX WEBER sobre el poder explica muy claramente: *“En términos de definición, se debe llamar de poder a la chance de conseguir obediencia para órdenes específicas o para todas las órdenes por parte de un grupo determinado de personas. No, por tanto, cualquiera especie de chance de ejercer poder e influencia sobre otras personas. El poder (la autoridad) en este sentido puede tener por base, en hechos concretos, diversos motivos de docilidad: desde una costumbre más fuerte hasta ponderaciones racionales. Un mínimo querer hacia la obediencia, entonces, interés (externo o interno) a la obediencia, pertenece a cualquiera genuina relación de poder”*.¹⁶

Cuando es exigido un mínimo determinado de obediencia, el interés por la obediencia, se necesita investigar donde el interés de la mayoría se sitúa bajo una indeseable y reactiva política criminal.

¹⁶ WEBER, M. (Nota 13), p. 29

Hay muchas explicaciones sobre esos temas, que la criminología ya ha desarrollado con base a variadas escuelas. Aunque la criminología tenga ofrecido buenas exposiciones, intento aquí vincular la discusión a otra base teórica. Aún siguiendo a MAX WEBER podemos conducir la investigación a otro sector, no al sector de la ciencia del derecho penal, tampoco de la criminología, sino del propio Estado y su política pública. MAX WEBER ha señalado que el poder, para que sea eficaz, supone una confianza en su política de gobierno. Esta política puede cooptar las personas por medio de las costumbres, afectos, intereses y motivos ideales. Está claro, empero, para que eso sea alcanzado, el poder necesita de otro medio: un sistema eficiente de comunicación, que pueda conducir a las personas al núcleo de esa política estatal. En este punto se interpone también la cuestión de cómo el poder puede conducir a las personas, cuando la propia política es manejada por una élite en contra de la mayoría.

Cuando MAX WEBER ha fraccionado la sociedad en tipos ideales, ha afirmado muy claramente que *“según la experiencia, ninguno poder se satisface voluntariamente a si mismo sólo por motivos materiales o afectivos como chances de su subsistencia”*.

Más: *“Cada poder busca todavía despertar y mantener la creencia en su legitimidad. Conforme la especie de la pretendida legitimidad, será diverso el tipo de obediencia, variable para con la garantía de determinada unidad administrativa y el carácter del ejercicio del poder, y también para sus efectos. Por tanto, se debe diferenciar, finalísticamente, la especie de poder según su típica pretensión de legitimidad”*.¹⁷

Por tanto, es propio del poder, incluso para su mantención, que los ciudadanos cultiven continuamente una creencia de que deben obedecer a las normas, porque estas serían elaboradas finalísticamente en su provecho. En este punto se consigna justo la llamada trampa de legitimidad. Principalmente cuando el Estado ya es dominado por consorcios comprender a las normas como instrumentos de felicidad general es una gran falacia.

¹⁷ WEBER, M. (Nota 13), p. 122.

VI. LA POLITICA CRIMINAL POPULISTA

La pretensión de legitimidad es, por tanto, una finalidad que es buscada por el poder para que se establezcan las bases del proceso de cooptación. En este sentido, se puede hacer una diferenciación entre dos modelos de política criminal: la *política criminal popularista*, como dice ZAFFARONI, que se asemeja a la política criminal desarrollada en el Tercer Reich, “*die völkische Kriminalpolitik*”, y la *pura política criminal populista*. La pura política criminal populista sigue un modelo del líder carismático populista, especialmente en América Latina, que tiene origen en la pequeña burguesía y que es elegido y aceptado por el pueblo como su salvador. Tal política criminal se orienta según la criminalización de hechos que son cometidos especialmente contra los intereses de la pequeña burguesía e incluso de las personas pobres. Corresponde a la manutención del carisma del líder inserir en sus tareas aquellas que, simbólicamente, puedan satisfacer a los deseos de las masas. El salvador del pueblo es quién lo protege y también quien castiga a los ricos explotadores. Típica de esa política criminal es, en Brasil, por ejemplo, la ley que define los delitos en contra de la economía popular, de 1951, pero que tiene como modelo una ley del período Vargas de 1938 y que castiga los hechos de especulación con comestibles y otras mercaderías necesarias al consumo del pueblo. Esta política criminal, empero, se va diluyendo a medida que los líderes carismáticos se vean alijados del escenario político. Desde ahí, entonces, pasa a firmarse otro modelo de populismo: el *popularismo*. El popularismo corresponde a lo que se llama en ciencia política de democratismo. Ese popularismo se asemeja, pero no se confunde, con el popularismo alemán del nacionalsocialismo. El popularismo alemán estaba interesado en la solidificación del régimen con vistas a una propuesta hegemónica en el plan político para la comunidad racial, en contra de los enemigos comunes, que eran todos los grupos étnicos minoritarios, judíos, gitanos, negros y también grupos políticos, los comunistas y sus simpatizantes. El popularismo actual, aunque en algunos casos trabaje con la idea de una superioridad racial de los blancos, está muy comprometido económicamente con los grandes conglomerados, que dominan el poder del Estado. La política criminal sirve, en este sentido, a dos propósitos: la manutención de la hegemonía política de los conglomerados, por medio de la criminalización de los desvíos de los pequeños empresarios o de las pequeñas empresas nacionales, y también de determinada clase política, por un lado, y, simbólicamente, a la seguridad ciudadana o, incluso, a los intereses de grupos minoritarios, desde que no

puedan intervenir en la política económica y en la orientación política general, por otro lado. Como esa política criminal popularista nunca es absolutamente transparente, se vale de normas cada vez más abstractas de definición de conductas criminales, lo que hace camuflar sus objetivos latentes. Con las normas abstractas, cuya interpretación o integración se adjudica a los jueces, también se fortalecen los índices de selectividad penal, con la elección arbitraria de los destinatarios de las sanciones y, por supuesto, de los habitantes de las cárceles.

Esta política criminal no es, empero, transparente, sino difusa y supone, por eso, otra estructura del Estado, que tiene por base, como dice MAX WEBER, una relación jurídica burocrática, aparentemente neutra. Una política criminal transparente sería incapaz de alcanzar consenso. Eso solo sería posible de modo difuso. Es bien de ver que, aunque la estructura burocrática neutra sirve de modelo de la moderna administración estatal, su pura relación jurídica formal posibilita la manutención de un monte de privilegios y discriminaciones, que garantizan condiciones sociales desiguales e injustas. Por medio de una estructura difusa de poder es también posible emitir un mensaje al pueblo sobre los efectos positivos de una legislación penal cada vez más autoritaria, que es tomada como medio para una administración ultramoderna. De facto, esta política criminal nada tiene que ver con el moderno, sino solamente con la manutención de las condiciones sociales vigentes. En nuestros países es muy nítido este efecto latente de esa política criminal.

La confrontación entre datos empíricos y los datos aparentes de la real ejecución de la política criminal permite mostrar cómo la política criminal burocrática y popularista corresponde a un código real, que es adecuado a la cooptación del consenso de la población y conservarle la confianza en los aparatos del poder. ¿Pero por que las personas son cooptadas? De acuerdo con las categorías de MAX WEBER podemos tomar, como motivos de esa docilidad, a la ley y al método de cooptación. La tradición de los pobres en Brasil está anclada en la esclavitud, lo que permite que ellos convivan con órdenes y el poder autoritario y entonces puedan aceptar una política criminal autoritaria. Su docilidad intersubjetiva es, por cierto, casi producida por el poder. Además, por causa de una desigualdad social muy acentuada, la ley no puede ser considerada como producto perfecto de una voluntad universal, sino solo de una élite o de algunos, por ejemplo, los conglomeradas, que dominan el poder.

Bajo estas condiciones se fortalecen también todas las fuerzas de cooptación y, correspondientemente, es asentada una intersubjetividad definitivamente domesticada. Al lado de esa intersubjetividad configurada para la docilidad, que sirve a una política criminal represiva, pero aceptada por todos, mediante un proceso fraudulento de cooptación subjetiva, subsiste, todavía, en todas las grandes ciudades una parte significativa de personas que viven marginadas del orden jurídico. Esas personas, que viven en un estado de absoluto abandono, tienen una cualidad común, que es la lucha por la supervivencia. En las palabras de BOLTANSKI e CHIAPELLO, *“los excluidos son aquellos que han perdido sus ligaciones con los otros, aquellos que fueran remitidos al margen del tejido social, donde toda visibilidad ha desaparecido, toda necesidad y, prácticamente, toda la existencia”*.¹⁸

VII. LAS SOLUCIONES DOGMÁTICAS

Por esta simple exposición, incompleta y llena de dudas, ya se puede notar que las tareas de la ciencia del derecho penal deben cambiar frente a esa política criminal popularista y difusa. ¿Cómo la dogmática penal puede contraponerse a esa política criminal y cómo puede incorporar a los marginados a los esquemas de la teoría del delito? Esas son dos cuestiones cruciales de la dogmática penal.

Frente a una política criminal represiva y discriminatoria, la dogmática penal debe llenar una importante tarea: ella debe ser un instrumento eficiente para limitar esa política criminal. Frente a las condiciones sociales desfavorables parece dudosa que se pueda proponer un proyecto de dogmática penal capaz de someter los fines de la política criminal popularista, una vez que siempre depende de las imposiciones y de las finalidades de la pena.

Para superar este impase político, se necesita someter la dogmática penal a los tradicionales principios constitucionales de protección de derechos personales fundamentales. Aquí, entonces, tenemos que tener en cuenta una visión más clara de la relación entre el Estado y el ciudadano en una auténtica democracia. Se trata de determinar, como dice GARCIA AMADO, las condiciones de legitimidad del derecho para

¹⁸ Boltanski, L. y Chiapello, È. (2002) *El nuevo espíritu del capitalismo*, Madrid: Akal, p. 448.

que pueda ser captado y aceptado por todos.¹⁹ No se trata de desarrollar sentimientos de placer, que pueden satisfacer a pretensiones de grupos, sino de condiciones reales que puedan garantizar la defensa de derechos fundamentales.

Desde el giro lingüístico que se ha dado sobre el concepto de conducta e incluso sobre la norma jurídica como acto de comunicación, se puede trabajar una contribución de la ciencia política para que la dogmática penal pueda enfrentar a una política criminal popularista. Se puede decir que la formación de intersubjetividad pasa también por un discurso democrático. Si la norma jurídica es un acto de comunicación que el Estado dirige a los ciudadanos, una formación de intersubjetividad no cooptada, sino libremente deliberada, debe ser evaluada de conformidad a cómo lo que se formule como política criminal pueda ser tomada por todos con pretensión de validez.

Como dice HABERMAS, "(...) *las normas son legítimas cuando sus destinatarios pueden al mismo tiempo sentirse, en su conjunto, como autores racionales de esas normas*".²⁰ La pretensión de validez, por tanto, solo puede existir cuando los propios destinatarios de la política criminal sean capaces de efectuar una autocrítica de su conducta y de la conducta de los otros bajo la perspectiva de protección de sus derechos fundamentales. Esta condición no es llenada, bajo situaciones de grandes desigualdades, por el simple ejercicio del sistema representativo parlamentario. Independientemente si el sistema puede ser mismo perfeccionado o no, se puede trabajar, aquí, con otros medios.

Podemos partir, como hipótesis de trabajo, con la propuesta que se ha desarrollado en Alemania por HABERMAS y KLAUS GÜNTHER. Para trazar un contorno limitativo de la relación Estado/Ciudadano parece importante buscar, aquí, la construcción de su concepto de persona deliberativa.

Una democracia sólo se establece de modo estable cuando todos los destinatarios de las normas puedan ser tomados como personas deliberativas, no como personas ideales, sino como personas que puedan actuar sin que sean cooptadas por medio de una burocracia que mistifique la realidad, que oculte los objetivos latentes del poder, que puedan

¹⁹ García, J.A. (1993) La filosofía del derecho de Jürgen Habermas, in DOXA, 13, p. 235.

²⁰ Habermas, J. (1992) *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp: Frankfurt am Main, p. 52.

actuar, pues, en consonancia con una voluntad universal. Una política criminal que distorsione la realidad no es una política criminal legítima, no importan los fines que pueda perseguir.

¿Frente a eso, que debe hacer la dogmática penal? La dogmática penal, como forma de un saber comprometido con la verdad, debe ser el instrumento de crítica y de control de la política criminal. Pero hay que señalar que la política criminal no es producto solo del poder legislativo o del poder ejecutivo, sino también del judicial. Y frente al judicial, cabe a la dogmática penal demostrar que sus decisiones no pueden apartarse de la Constitución, que su racionalidad está siempre vinculada al derecho legítimamente legislado. Por eso, el llamado activismo judicial solo puede valer en cuanto se manifieste como forma de garantizar la extensión de los derechos fundamentales.

Cuando se atribuye a la dogmática penal un poder de control, se puede contestar que como ese poder de control no es un poder de coerción, sino un poder simplemente epistemológico, no tiene efecto vinculante y es, pues, un poder puramente simbólico. Esa es una contestación relevante. Pero en una democracia lo que importa no es propiamente el poder de coerción, sino su justificación en la esfera pública. Si la legitimidad de las normas depende de un proceso de comunicación válido, en que sus destinatarios puedan discutir libremente sobre su aceptación, con pretensión de validez universal, el control de dogmática puede ser ejercido a medida que pueda mostrar su irracionalidad y, por tanto, sus deficiencias y sus engodos legitimantes. Frente a la creciente burocratización de la administración estatal, por medio de profesionales altamente especializados, como ocurre con el poder judicial, la dogmática penal, con su desarrollo preciso, de modo a discutir los fundamentos del proceso de imputación en el injusto y en la culpabilidad, bajo el principio de protección de la persona y de sus derechos fundamentales, se torna un instrumento necesario a la contención del poder punitivo. Una vez que, como señala HABERMAS, los propios partidos para que pudieran ejercer un control de la burocracia estatal también necesitarían ser sometidos a un propio control en su esfera pública interna,²¹ la dogmática penal para ser interponer como instrumento de control de la política criminal también

²¹ Habermas, J. (2014) *Mudança estrutural da esfera pública*, traducción de Denilson Luís Werle, São Paulo: UNESP, p. 483.

necesita de una transformación en su esfera pública: pasar de una dogmática conformada y puramente legitimante a una dogmática crítica, única forma de no se dejar esclerosar por esa burocracia.

Para terminar, una última cuestión: con la proposición de control que aquí se hace, ¿será posible que la dogmática penal pueda contribuir para el incremento de un derecho legítimo? Tengo muchas dudas, pero estoy seguro de que con el fortalecimiento de una política criminal cada vez más punitivista, el problema de legitimidad jamás será resuelto.

Referencias Bibliográficas

Adorno, T. W. (1972) "Soziologie und empirische Forschung", in *Der Positivismusstreit der deutschen Soziologie*, Neuwied-Berlin: Luchterhand.

Austin, J. L. (1975) *How to do things with words*, Cambridge: Harvard University Press.

Boltanski, L. y Chiapello, È. (2002) *El nuevo espíritu del capitalismo*, Madrid: Akal.

Bourdieu, P. (1991). *Language and Symbolic Power*, Cambridge: Harvard University Press.

Crossley, N. (1996). *Intersubjectivity, the Fabric of social Becoming*. London: SAGE.

Elias, N. (2011). *O processo civilizador*. (R. Jungmann, trad). Rio de Janeiro: Zahar.

Feuerbach, A. RV. (1828). *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen: Georg Friedrich Heyer.

Freire, P. (s.f). *Pedagogía del oprimido* (J. Mellado, trad). México: Siglo XXI.

García, J.A. (1993) La filosofía del derecho de Jürgen Habermas, in DOXA, 13.

Goffman, E. (1990). *The Presentation of Self in everyday Life*, New York: Penguin; Meltzoff, A y Moore, M. K. (1992). Early Imitation within a functional framework: the importance person identity movement, and development, in *Infant Behavior and Development*, 15.; Braten, S. (2009) *The Intersubjective Mirror in Infant Learning and Evolution of Speech*, Amsterdam: John Benjamin.

Habermas, J. (1992) *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp: Frankfurt am Main.

Habermas, J. (2014) *Mudança estrutural da esfera pública*, traducción de Denilson Luís Werle, São Paulo: UNESP.

Honneth, A. (2013) *Das Ich in Wir*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales. Número 12. Año 12. ISSN 1659-4479.
RDMCP-UCR. 2020.

<https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP>

Husserl, E. (1996). *Meditaciones cartesianas*, traducción de José Gaos y Miguel García Baró, México: Fondo de Cultura Económica.

Kojeve, A. (1999) *La dialéctica del amo y del esclavo en Hegel*, Buenos Aires: Fausto Ediciones.

Savigny, E. V. (1998) "Sprachspiele und Lebensformen: woher kommt die Bedeutung?", in *Ludwig Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen*, Berlin: Akademie Verlag.

WEBER, M. (1992) *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen: Mohr.