

"LA CRIMINOLOGÍA EN LA MODERNIDAD Y EN LA POSTMODERNIDAD"

INTRODUCCIÓN A LA MODERNIDAD

MICHEL FOUCAULT, analiza en los dos primeros capítulos de su libro "Vigilar y castigar" el llamado antiguo régimen anterior a la modernidad. Durante esta etapa donde los reyes subsistían con un poder autoritario (S. XVI) el castigo era utilizado como una técnica de poder y se dirigía contra aquel que violaba la voluntad del soberano, del cual surgían todas las leyes vigentes. El suplicio, era el ritual político por medio del cual el poder se manifestaba, derivaba del derecho del soberano de hacer la guerra a sus enemigos. Era una pena dolorosa y atroz, aplicada sobre el cuerpo del delincuente, totalmente desproporcionada en relación al delito y que sirve para reconstruir la soberanía ultrajada del rey. En esta ceremonia de la pena era fundamental la presencia del pueblo, por lo que podemos apreciar el fin eminentemente preventivo general de la misma.

Es importante señalar que el proceso de enjuiciamiento era secreto y se desarrollaba sin la presencia del acusado, el cual no tenía derecho de defensa. La verdad era todo aquello que decidían los jueces y se especificaba por escrito, éstos eran los únicos elementos con los que contaba el soberano para comprobar la culpabilidad del reo. El proceso se regía por el sistema de las pruebas legales; la confesión del delincuente podía obtenerse por cualquier medio coactivo; aquí la tortura jugaba en contra de los débiles, como señala Beccaría.

Para sintetizar podemos decir, que las penas físicas eran necesarias en el antiguo régimen, ya que el ejemplo debía ser guardado en el corazón de los demás; ese exceso de poder era una política de terror, hacer sentir, sobre el cuerpo del condenado, el poder del soberano constituía la reactivación del poder y el triunfo de la ley sobre quien la violó.

Este sistema perduró hasta mediados del siglo XVIII, donde la necesidad de un nuevo orden social, el crecimiento del intercambio económico, la revolución industrial, la revolución francesa y el reconocimiento de derechos individuales (ejemplo: la declaración de Virginia de 1776 en Estados Unidos), creó la necesidad de instaurar un nuevo régimen de poder acorde a la clase que se proyectaba como dominante: la burguesía.

CRIMINOLOGÍA: Podemos decir que es la disciplina que estudia las causas de la delincuencia y los métodos para erradicarla; también podemos decir (aún ante la negativa de los positivistas) que se ocupa de la legitimidad de la pena y el poder punitivo del Estado, por lo que en ciertos períodos históricos se halla directamente relacionada con la legitimidad del Estado mismo y en otras épocas, se desentiende de tal cuestión para escindirse como ciencia autónoma tratando de ser objetiva (fin inalcanzable en las ciencias sociales), esto sucede en el auge científicista de la modernidad; luego, en la llamada postmodernidad, retomaría el aspecto crítico hacia lo político y lo social.

SOBRE LA GENERALIDAD DEL DERECHO EN LA MODERNIDAD

"La razón, simplificadora y globalizante a la vez, de la realidad, de lo diverso"

En la modernidad se esgrimió la necesidad de un Estado y de un Derecho que facilitaran el libre desenvolvimiento de la racionalidad individual; dentro de este contexto, el Derecho constituye una de las expresiones de la actividad coercitiva del Estado central destinada a lograr la universalización mediante la supresión de los particularismos tradicionales y a suprimir las conductas no racionales (supuestamente antisociales) que perturban el funcionamiento pacífico

de la sociedad de intereses individuales. También se ve al Derecho en la modernidad como el medio por el cual la sociedad capitalista garantiza la libertad individual de acción, tanto frente a las perturbaciones creadas por los individuos entre sí, como frente a las intervenciones del propio Estado. En este sentido el Derecho debe ser previsible a fin de no originar opacidades en la actividad racional de los individuos, por eso, tiene que tener carácter genérico y sistemático, es decir, constituir un orden cerrado, sin lagunas, de aplicación uniforme (pero, como resalta el Dr. Raúl Zaffaroni, esto nunca se dio en la realidad).

MODERNIDAD

"Defensa de la sociedad frente al delincuente"

Se podría decir que la palabra criminología surge a mediados de la era moderna con el positivismo de Lombroso, Ferri y Garófalo; a un efecto meramente académico se agrupó a los filósofos y pensadores anteriores en la mal llamada Escuela Clásica de criminología, ya que con ella se inicia la modernidad.

Esta primera escuela se inició en la filosofía del iluminismo y su postulado principal es que los derechos del hombre tenían que ser protegidos de la corrupción y los excesos de las instituciones existentes, vicios que no estaban ausentes en la Europa del Siglo XVIII. En este contexto fue Beccaría el primero en formular principios básicos de la criminología basándose en la teoría del contrato social del Locke.

En esta Escuela la "razón" toma el lugar de lo metafísico, surge el concepto de racionalismo en contraposición con el origen divino del Estado y en ella podemos distinguir dos ramas: a) la Ilustración (despotismo ilustrado) que busca perfeccionar la realidad dejando inmutable el régimen político (ejemplo: Romagnosi) y b) los revolucionarios, que quieren un cambio de régimen político (Marat y Beccaría en algunos aspectos). Estas primeras teorías son ante todo teorías del control social, dejando en segundo plano el tema de la motivación humana. Se ocupa de la legitimidad del poder punitivo del Estado, de la utilidad y función de la pena, remontándose en ambos casos a la idea de consenso, del contrato social representativo de aquél y fundante de la sociedad civil, y de la idea de la utilidad social de la pena (idea que se mantendría durante toda la modernidad). La pena que se propugna por excelencia es la privativa de la libertad y una idea de prevención general (no ya ilimitada como en el antiguo régimen) limitada por la idea de "proporcionalidad" de la pena al daño producido por el delito, y una idea de prevención especial basada en la reinserción del individuo al pacto (ya no se lo eliminaba).

Podemos vislumbrar que estas teorías acompañan y son discurso legitimante del ascenso de la burguesía al poder, por lo que se inmiscuyen en el terreno político y filosófico y tienen un fuerte contenido ideológico. El delito no es un hecho sino una construcción (ej.: un ente jurídico según Carrara), la violación del pacto.

En el auge de la modernidad surge la escuela positivista de criminología. Con la burguesía en el poder, ya no hay preocupación por provocar cambios filosóficos ni políticos, ni de legitimar la aplicación de la pena; hay por lo tanto un cambio en el objeto de estudio: (PARADIGMA ETIOLÓGICO) se quieren encontrar las "causas de la delincuencia" y buscar un método para suprimir estas causas. Como señalan Taylor, Walton y Young, la característica de la neutralidad científica que pretende la escuela positivista de criminología, la encontramos en los siguientes hechos: la búsqueda de una perspectiva que permita medir y evaluar el mundo social sin prejuicios ni vicios; la búsqueda de objetividad que en algunas teorías se reduce a propugnar la medición de patologías individuales de los delincuentes; trata de estudiar científicamente la conducta desviada, para lo cual

es presupuesto entender que esta está sometida a leyes discernibles y se rechaza totalmente la idea anterior del hombre ejerciendo su libre albedrío. Hay un claro determinismo. Exponentes de esta escuela son Lombroso, Ferri y Garófalo; se ve al delincuente como un ser anormal, como un tumor en la sociedad. El error consiste en estudiar al delito como un hecho autorreferente, identificable por sí mismo, estudiando al delincuente aislado con independencia total del medio externo y su influencia (se estudian presos, enfermos mentales, etc.), las penas que trataron de limitarse con las teorías contractualistas, vuelven a tornarse imprecisas e ilimitadas con el fundamento legítimo de que son un medio curativo para el delincuente (muchas veces determinado a delinquir por factores físicos, patológicos y hasta genéticos). (Cabe señalar que por motivos de extensión del trabajo he salteado en la cronología histórica algunas teorías de suma importancia como por ejemplo el positivismo jurídico de Binding, el positivismo correccionalista de Dorado Montero, entre otras).

GÉRMINES DEL CAMBIO POSTMODERNO

Teorías donde se incorpora paulatinamente el elemento social, y se vuelve a relativizar el concepto de delito.

Tenemos presente hasta el momento la idea de que el derecho penal representa un consenso social sobre ciertos valores. A fines del Siglo XIX encontramos un cambio, comienzan a introducirse factores sociales dentro del discurso criminológico y el exponente principal de estos cambios es DURKHEIM. El delito se comienza a estudiar como un dato normal en la sociedad, un elemento funcional al sistema e incluso considerado como motor de progreso social.

Con un análisis posterior a Durkheim, donde encontramos la teoría de la anomia de Merton, la teoría de las subculturas criminales de Sutherland, se comienza a predicar que la desviación a la norma institucionalizada no es lo que le pasa a una persona, hay situaciones grupales, relaciones económicas, culturales, que influyen. El delito no es ya la libre elección del individuo de las primeras teorías del contrato social, ni la conducta determinada patológicamente del positivismo científico, el delito tiene que ver con la estructura social y cultural y es ésta la que condiciona y determina al individuo.

Merton señala que el delito tiene que ver con los fines institucionalizados (cita el éxito económico en la sociedad norteamericana) y los medios legítimos para alcanzarlos, y donde muchos individuos no tienen acceso a ellos (como es el caso, para Cohen, de los jóvenes de las clases obreras). Sutherland introduce el concepto de que la socialización por la que se aprende la conducta conformista a las normas institucionalizadas, es un proceso igual a aquel por el cual se aprende la conducta desviada; ambos difieren por los contactos del individuo en los grupos donde interactúa y las causas sociales de los diversos contactos diferenciales (ej.: nació en una subcultura criminal en una villa miseria).

En la etapa del "estructural funcionalismo" iniciada por Durkheim se considera al delito como funcional para la sociedad (dentro de ciertos límites, ya que sino se entraría en una situación de anomia); encontramos aquí un doble discurso: el delito es funcional, pero lo reprimo. Aquí el fin de la pena se fundamenta en la necesidad de reafirmar valores sociales, (base axiológica consensual de la sociedad) y la estructura social; también existe la idea (propia de la modernidad) de buscar reinsertar, al individuo que delinquiró, en la sociedad.

Con la teoría de la "subculturas criminales" (Sutherland) surge la idea que detrás de la cultura dominante, base de la sociedad, existen subculturas más pequeñas: étnicas, religiosas, marginales, entre otras, con valores propios.

El Dr. Fucito, cita a Sutherland y expresa: "Una persona deviene en delincuente por un exceso de definiciones favorables respecto a la violación de la ley, en comparación con las opiniones desfavorables con respecto a su violación", éste es el principio de asociación diferencial.

Cabe señalar, la crítica que hace Fucito a la teoría de Sutherland diciendo "el aprendizaje es interacción entre personas, las que se influyen mutuamente, no es un proceso unidireccional de transmisión de información. (Sutherland es el primero en ocuparse de la delincuencia de cuello blanco, pero este tema excede en demasía el contenido de este trabajo.) Con estas teorías de transición, se mantiene el viejo paradigma de la criminología moderna "el paradigma etiológico", el buscar las "causas de la delincuencia". Lo que cambia, es que el concepto de delito deja de ser unitario, autorreferente, ahora se estudia al individuo en su relación con la sociedad, agregándose la estructura social y cultural y la posición del individuo en ellas. Es este modelo de la sociedad del consenso no se hace referencia a clases sociales sino a grupos sociales, donde hay valores comunes para quien delinque y para quien no (justicia, democracia y éxito para Merton, por ejemplo); esto se quiebra con las teorías criminológicas del llamado "labelling approach" o enfoque de la reacción social, donde se comienza a hablar de una sociedad pluralista, conflictual, donde cada clase tiene valores propios y netamente distintos en algunos casos a los de las demás clases. No existen valores consensuales comunes.

INICIO DE LA POSTMODERNIDAD (1960 aproximadamente)

El nuevo paradigma criminológico: "labelling approach" o enfoque de la reacción social. Los interaccionistas ponen en crisis la idea de que la desviación genera control social, se sostiene que la desviación social no es propia del acto sino de cómo éste es considerado por los otros y que la idea inversa de que el control social (policía, sistema carcelario, etcétera) genera desviación, es igualmente sostenible.

Becker, señala que el fenómeno de la desviación es relativo, incluso dentro de la misma sociedad, no todos consideran desviada la misma conducta. La desviación es creada por la sociedad, no es consecuencia del acto cometido por una persona sino consecuencia de la aplicación que los otros hacen de las normas. Hay un proceso de calificación, el problema pasa de conducta a reacción. Una conducta se puede sancionar de distinta manera si la realiza: un negro, un blanco, una mujer, etcétera.

La sociedad está compuesta por grupos, clases sociales, que no comparten todos los valores, hay conflictos y desacuerdos, incluso por lo que se considera como desviado. Se comprende que la posibilidad de definir las reglas y de imponerlas en la sociedad es una cuestión de poder.

H. Becker, habla de este proceso de rotulación o etiquetamiento que realiza la sociedad y de una "profecía de autocumplimiento": la calificación de una persona como criminal tiene este carácter, generalmente pone en marcha mecanismos para que la persona se ajuste a la imagen que los demás tienen de ella. También se ocupa del tema de la policía y del arreglo al que pueden llegar los delincuentes profesionales o de cierto estatus social (coimas entre otros) o que tienen acceso a los medios de comunicación y, por lo tanto, menores posibilidades de ser atrapados por las agencias de control social y ser rotulados. Así, la calificación de una conducta desviada depende muchas veces de factores ajenos a la conducta misma; puede darse el caso en el que un policía sienta que debe hacer una exhibición de cómo cumple su trabajo para justificar su cargo; o el caso en que la policía por orden del poder político haga una selección de los delitos que persigue. La sociedad, tengamos en cuenta que percibe las

conductas como desviadas muchas veces, gracias al llamado de atención que realizan sobre ella estas instituciones.

Hay un nuevo objeto de estudio de la criminología; ya no busca las causas de la delincuencia, sino: ¿por qué una persona es considerada como delincuente?, ¿quién define lo que es delito?; y decide estudiar la acción de las instancias oficiales de control social que aplican la ley (policía, jueces, sistema carcelario, etcétera) viendo en ellas una función constitutiva respecto de la criminalidad. En otro orden de cosas en el Derecho en general, se observa que la nuevas leyes tienen un carácter disperso, en las postrimerías de esta época postmoderna, se presenta un grado notable de asistematicidad, esto se debe según Trazegnies Granda, a un Estado impulsor de lo económico (yo diría, un Estado en creciente reducción frente al poderío económico y manejado por éste) y donde no interesa tanto un razonamiento formal sino, un razonamiento teleológico o finalista que oriente el sistema hacia los fines políticos y económicos propuestos. Un ejemplo de este fenómeno lo encontramos, en el nuevo orden jurídico de los reglamentos y leyes "especiales". Encontramos una nueva legislación como resultado de cubileos políticos que no responden a una lógica estricta, sino a las conveniencias de grupos de poder involucrados. Aquí, ya no encontramos el ideal de la codificación moderna: libertad e igualdad, sino que se acrecienta la desigualdad del sistema jurídico y este problema está siendo percibido por la sociedad actual, (veo importancia en este proceso con la democratización reciente en la América Latina y el surgimiento de un periodismo independiente que actúa ante la opinión pública como denunciante de tales desajustes, entre ellos: corrupción, crisis en la independencia y control de los poderes del estado.

INTRODUCCIÓN A LA POSTMODERNIDAD

"La razón de la ilustración, tenía el esquematismo y el formalismo de la matemáticas clásicas, el mundo no era sino un conjunto de figuras geométricas, de cuadrados, círculos y triángulos; el razonamiento perfecto era el silogismo lineal, estricto. Pero, hasta las matemáticas están cambiando en el mundo de hoy y nos hacen ver que la naturaleza no está formada por figuras geométricas de líneas simples dentro de un mundo perfectamente mensurable, sino, por una riqueza inusitada de formas cuya organización no es un obstáculo para la diversidad y cuyas estructuras son tan abiertas y libres que a cada momento se topan con el infinito."(Fernando de Trazegnies Granda).

En el último tiempo se procedió a una demolición de los valores prestablecidos y en muchos casos se produjo un desenmascaramiento comprobándose que el aparente valor universal, no era sino el disfraz bajo el cual se ocultaba un interés particular, a veces contrario, al valor pretendido. De la "sociedad del consenso" sobre ciertos valores sociales básicos que el Derecho protegía, se pasa a la era postmoderna, a la concepción de una sociedad pluralista, con valores disímiles, conflictiva, con presencia de coacción, clases con intereses antagónicos y donde se percibe que el derecho protege los intereses de una parte minoritaria de la población. Es así como las teorías políticas postmodernas, no se apoyarán exclusivamente en la libertad individual ni en su antítesis constituida por la superioridad del Estado (analizando así al socialismo como un fenómeno dentro de la modernidad al igual que Trazegnies Granda), sino intentarán, cada una a su manera, una cierta forma de suprimir en circunstancias concretas la patente incompatibilidad entre racionalidad formal y racionalidad sustantiva, de manera que libertad y solidaridad no sean categorías enfrentadas.

POSTMODERNIDAD

"Desencanto, resurgimiento del pluralismo y reconocimiento a la diversidad"

En la modernidad toda tradición debía ser replanteada a la luz de los fines del individuo y de la razón instrumental. El hombre iniciaba su camino hacia el progreso. Por otra parte, se desconocen los grupos tradicionales y formas culturales históricas. Las teorías modernas ven a los individuos solos, unos frente a otros, todos iguales, cualquier diferencia es anecdótica y no debe ser tomada en cuenta. En consecuencia las pautas racionales serán comunes a todos los hombres y así se pueden abandonar los derechos locales para aspirar a un derecho nacional y hasta universal. Es Kant quizás el teórico más importante del nuevo estado de derecho. Se puede hablar de la codificación y del derecho global, como uno de los efectos homogeneizantes de la modernidad, donde la razón busca abarcar todo.

La razón moderna tiene horror a lo confuso; la razón simplifica, generaliza como las matemáticas, a la manera como la geometría resuelve las complejas figuras de la realidad en círculos, cuadrados o triángulos. Michel Foucault, habla de los medios con que cuenta la sociedad moderna para imponer una determinada racionalidad sobre las otras y para vigilar y castigar cualquier desviación. Han sido muchos los medios: la educación, los medios de comunicación, los métodos de trabajo, las formas de organización social y económica, hasta la medicina y la psiquiatría, también el Derecho.

En síntesis: en la modernidad, los individuos y los grupos, pueden hacer lo que quieran, siempre que mantengan la racionalidad del sistema; y esa racionalidad que aparentemente no consiste en otra cosa que en conservar y promover las condiciones para que cada uno pueda hacer lo que quiera, exige que tales condiciones sean generales y consecuentemente, suprime la diversidad que hubiera resultado de la pura libertad de los individuos.

Hoy, se tiende a un reconocimiento legal de la multiculturalidad, esta diversidad es evidente dentro de las sociedades de América Latina, formadas de diferentes caudales inmigratorios y donde además sobreviven aún ciertas culturas indígenas, pero no sólo se habla de pluralismo en cuanto a estas grandes diferencias, sino todo tipo de particularidades: culturales, sociales, psíquicas, físicas e ideológicas, entre otras; y que las mismas no queden sometidas a una aplicación desigual del derecho. Es en la postmodernidad donde se desenmascara el "mito" de la igualdad del sistema jurídico (la igualdad formal, frente a la desigualdad real) y donde se ponen en duda las bases teóricas legitimantes del sistema, desde el "consenso" originario del Estado moderno (ficción de las teorías contractualistas legitimadoras del ascenso de la burguesía al poder), hasta la idea de que el derecho protege los intereses de la sociedad en su conjunto.

El postmodernismo, según mi criterio gestado a partir del fin de la segunda guerra mundial, cuyo nacimiento se produce entre el polvo y la sangre de Hiroshima y Nagasaki, es ante todo un desencanto exasperado frente a la modernidad, un descreimiento ante todo aquello que presuma un valor universal, desilusión y desconfianza frente a la razón moderna y crisis moral de la ciencia. La postmodernidad ya no cree en teorías universales y ahistóricas, hay una rebelión contra la razón demasiado rígida y totalizante que todo lo simplifica y que construye sistemas cerrados que todo lo explican. Se busca un orden social no lineal, dinámico, que no sacrifique o niegue la diversidad, con una razón que respete lo complejo con todas sus gamas; crear un orden abierto a las posibilidades de cambio, la libertad, la complejidad que significa ser humano sin que ello nos conduzca a un desorden.

Cabe preguntarse: Es necesario para establecer este orden jurídico que se vislumbra, un interés general que permita articular los distintos derechos consuetudinarios de las distintas culturas, esa pluralidad natural de toda sociedad, pero surge el problema: ¿cómo se define ese

interés general para que no sea la expresión de los intereses de un grupo? Trazegnies Granda deja abierto este interrogante y se excusa de dar soluciones, diciendo, que plantear el problema es lo único honesto que se puede hacer por el momento; la mayoría de los teóricos postmodernos hacen lo mismo al tiempo de esbozar las soluciones.

Yo pienso que las soluciones se vislumbrarán a medida que se metabolice la unión entre derecho y sociología, se abra el sistema jurídico tradicional a los cambios sociales y sea flexible ante los problemas no brindando soluciones standards y no tratando de amoldar la realidad a él. Otro punto crucial está dado, a mi criterio, por la necesidad de un cambio educacional; es común ver como la gente ante las encuestas propone una agravación de las penas privativas de la libertad, pide la pena de muerte. El nivel de abstracción necesario para comprender al derecho penal como una herramienta de poder selectiva y criminalizante de algunos sectores de la sociedad, se logra con "EDUCACIÓN" y es ésta la clave para equilibrar la balanza.

POSTMODERNIDAD

"El delincuente víctima y producto de la sociedad" (criminología crítica)

Las teorías actuales ven que el estatus del criminal se distribuye de manera desigual entre los individuos y es independiente de la dañosidad social de las acciones. El Derecho penal tiende a privilegiar los intereses de las clases dominantes y a "inmunizar" del proceso de criminalización comportamientos socialmente dañosos típicos de los individuos pertenecientes a ellas y ligados funcionalmente al sistema de acumulación capitalista (corrupción, delitos de cuello blanco) y tiende a orientar el proceso de criminalización sobre todo hacia formas de desviación típicas de las clases subalternas.

La criminología crítica desenmascara en este sentido, la función del sistema penal de conservación y de reproducción de la realidad social y sus desigualdades. Surge el concepto de "selectividad" del sistema y de "vulnerabilidad" de ciertos sectores de la población para ser criminalizados.

Alessandro Baratta, habla de una función simbólica de la pena en el hecho de castigar ciertos comportamientos ilegales, sirve para cubrir un número más amplio de comportamientos ilegales que permanecen inmunes al proceso de criminalización. De ese modo la aplicación selectiva del derecho penal tiene como resultado colateral, la cobertura ideológica de esa misma realidad.

En la postmodernidad se produce una crisis en la idea de resocialización de la cárcel, se repara en la estigmatización y en su aporte a la consolidación definitiva de la carrera criminal. Cabe señalar que nos encontramos dentro de las cárceles, con una mayoría de población perteneciente a los estratos inferiores en la escala social. Por último: hoy nos encontramos ante un agnosticismo de la función de la pena, y en base a esto se plantea una reorientación de la criminología tratando de limitar lo máximo posible su alcance; la pena no resocializa, se aplica de manera desigual, no cumple en la realidad con ninguna de las funciones que se le atribuyeron (prevención general y especial).

Es claro que la cárcel moderna no ha logrado solucionar el conflicto creado por el delito; algunas de las soluciones podrían ser: devolverle el conflicto a las partes dentro de lo posible, buscar soluciones prácticas en el derecho penal de fondo (abolicionismo, minimalismo penal) o en el derecho procesal (probation, vías reparadoras, conciliación, etc.) y, por lo tanto, como señalan Taylor, Walton e Young, crear una criminología orientada a la abolición de las desigualdades: "LO IMPERIOSO ES CREAR UNA SOCIEDAD EN LA QUE LA

REALIDAD DE LA DIVERSIDAD HUMANA SEA PERSONAL, ORGÁNICA O SOCIAL, NO ESTÉ SOMETIDA AL PODER DE CRIMINALIZAR".