



Sustento del uso justo
de Materiales Protegidos
derechos de autor para
fines educativos



UCI

Universidad para la
Cooperación Internacional

UCI
Sustento del uso justo de materiales protegidos por
derechos de autor para fines educativos

El siguiente material ha sido reproducido, con fines estrictamente didácticos e ilustrativos de los temas en cuestión, se utilizan en el campus virtual de la Universidad para la Cooperación Internacional – UCI – para ser usados exclusivamente para la función docente y el estudio privado de los estudiantes pertenecientes a los programas académicos.

La UCI desea dejar constancia de su estricto respeto a las legislaciones relacionadas con la propiedad intelectual. Todo material digital disponible para un curso y sus estudiantes tiene fines educativos y de investigación. No media en el uso de estos materiales fines de lucro, se entiende como casos especiales para fines educativos a distancia y en lugares donde no atenta contra la normal explotación de la obra y no afecta los intereses legítimos de ningún actor.

La UCI hace un USO JUSTO del material, sustentado en las excepciones a las leyes de derechos de autor establecidas en las siguientes normativas:

- a- Legislación costarricense: Ley sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos, No.6683 de 14 de octubre de 1982 - artículo 73, la Ley sobre Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual, No. 8039 – artículo 58, permiten el copiado parcial de obras para la ilustración educativa.
- b- Legislación Mexicana; Ley Federal de Derechos de Autor; artículo 147.
- c- Legislación de Estados Unidos de América: En referencia al uso justo, menciona: "está consagrado en el artículo 106 de la ley de derecho de autor de los Estados Unidos (U.S, Copyright - Act) y establece un uso libre y gratuito de las obras para fines de crítica, comentarios y noticias, reportajes y docencia (lo que incluye la realización de copias para su uso en clase)."
- d- Legislación Canadiense: Ley de derechos de autor C-11– Referidos a Excepciones para Educación a Distancia.
- e- OMPI: En el marco de la legislación internacional, según la Organización Mundial de Propiedad Intelectual lo previsto por los tratados internacionales sobre esta materia. El artículo 10(2) del Convenio de Berna, permite a los países miembros establecer limitaciones o excepciones respecto a la posibilidad de utilizar lícitamente las obras literarias o artísticas a título de ilustración de la enseñanza, por medio de publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales.

Además y por indicación de la UCI, los estudiantes del campus virtual tienen el deber de cumplir con lo que establezca la legislación correspondiente en materia de derechos de autor, en su país de residencia.

Finalmente, reiteramos que en UCI no lucramos con las obras de terceros, somos estrictos con respecto al plagio, y no restringimos de ninguna manera el que nuestros estudiantes, académicos e investigadores accedan comercialmente o adquieran los documentos disponibles en el mercado editorial, sea directamente los documentos, o por medio de bases de datos científicas, pagando ellos mismos los costos asociados a dichos accesos.

Bergalli, R. (ed). *Control social y derecho*
D^o y control social; BOSCH, BARCELONA, 1998.

¿DE CUÁL DERECHO Y DE QUÉ CONTROL SOCIAL SE HABLA?

Roberto Bergalli
(Universitat de Barcelona)

La propuesta para debatir sobre el derecho como un instrumento de control social plantea, desde un principio, la necesidad de esclarecer de cuál derecho y de qué control se habla cuando se presume que el primero actúa en la tarea que supondría la segunda expresión, o sea la de control social.

Mas, según mi opinión, conviene, antes de nada, enmarcar los dos conceptos en los períodos y ámbitos de aparición, desarrollo y aplicación de ambos. De este modo, luego, se podrá intentar verificar la relación o las contradicciones que aparentemente se les atribuye.

1. ¿CUÁL DERECHO?

Así las cosas, aunque históricamente la palabra derecho, para la tradición continental-europea, se encuentra vinculada a Roma y a la cultura jurídica romanista, ella ha adoptado connotaciones diferentes en la medida que el concepto de derecho ha sido ampliado, según el desarrollo que una cierta perspectiva del poder político lo fue vinculando en Occidente a una teoría del Estado y, en particular, al surgimiento del Estado moderno. Con la posterior evolución de las formas adoptadas por este Estado moderno, aunque también ya con los procesos revolucionarios de fines del s. XIX que le otorgaron a la burguesía la posición de clase dominante, quedó establecida una clara vinculación entre un tipo de derecho y unas formas-Estado a consecuencia de lo cual el monopolio de la producción del primero subsistió definitivamente atribuída al segundo.

De ahí en más, la cultura jurídica de Occidente, ya en el campo del derecho civil como en el del *Common Law*, se desarrolló y afianzó como vehículo de una forma específica de organización social, cual fue la surgida del nuevo modo de producción, como de distribución y de acumulación de la riqueza. Es importante destacar aquí que, para que ese afianzamiento fuera posible, las formas de expresión de lo jurídico tuvieron que respetar una rigidez que impidiera cualquier posibilidad de interpretaciones de los enunciados normativos, ajenas a la gnoseología del método jurídico, a la teoría y a la lógica del derecho, nacidas al

socaire de una cultura específica elaborada por los especialistas que la impusieron como propia a un conocimiento científico. Y, puesto que, por sus partes, metodología, teoría y lógica del derecho son instrumentos indispensables para traducir las abstracciones y generalizaciones contenidas en las leyes, toda interpretación de éstas quedó, en el ámbito continental-europeo, primero amarrada a unos métodos muy poco elásticos (Engisch 1968) y, después, sólo se profundizó en torno a los elementos constitutivos de los presupuestos normativos o de las relaciones de estos con otros similares que permiten identificar a un sistema jurídico o a una parte del mismo con el todo. Semejante tipo de labor ha sido la savia constitutiva de una actividad conocida como la **dogmática jurídica** la cual, junto al valor y la influencia que la **jurisprudencia** de los tribunales fue adquiriendo, se configuraron como los canales de formación de una ideología propia de los juristas. Por otra parte, en el ámbito del *Common Law*, los elementos configuradores de otra ideología comparable lo fueron ciertos principios que, a falta de leyes para aplicar y sí en cambio casos precedentes (*case law System*), también comportaron un marco interpretativo del derecho anglo-norteamericano muy rígido, generando unas ideologías particulares en todo los ramos de las profesiones jurídicas (Rebuffa 1993: 121-173). Aludo a principios tales como los de *ratio decidendi* y *obitum dictum*, *stare decisis*, *self restraint*, etc. todos los cuales han dejado un muy restringido campo para la adecuación de decisiones jurisdiccionales (Cross/Harris 1991).

1.1. Características del derecho moderno en cuestión

Así las cosas, lo que se conoce como el derecho moderno se configuró como un único y el más válido instrumento de organización social que, poco a poco, se fue plasmando en relación a los diferentes modelos sociales de Occidente. Pese a esto, su pertinencia con las formas de la dominación política, de la distribución del poder en la sociedad, de la acumulación de riqueza y viceversa, no constituyeron aspectos de interés para la cultura de los juristas. Antes bien, los intereses científicos de estos, atesorados por unos procesos de formación o de educación legal que han permanecidos prioritariamente apegados al estudio endógeno del universo normativo –pese a los marcados esfuerzos realizados por las orientaciones que se denominan como socio-jurídicas (desde Weber)– puede decirse que se mantienen alejados de aquellos aspectos. La labor de acercarlos está siendo cada vez más relevante y es obra de corrientes de conocimiento que han advertido en la insensibilidad de una tal cultura jurídica uno de los signos de la anunciada post-Modernidad (de Souza Santos 1992).

Mientras tanto, ese derecho ha asumido unas características que tanto lo vinculan al Estado moderno, en la medida que éste ha concentrado la producción de reglas jurídicas, al tiempo que también lo identifican como monopolio del género masculino, cuanto lo relacionan con la capacidad punitiva que ha constituido, sobre todo en Europa continental, quizá uno de los rasgos más distintivos de ese derecho estatal.

Precisamente estas características y las situaciones que en la actualidad las están modificando, constituyeron los ejes del encuentro al que se aportaron las contribuciones que se reúnen en el presente volúmen.

2. ¿QUÉ CONTROL SOCIAL?

Mientras tanto, la configuración en Occidente de las relaciones sociales se fue llevando a cabo mediante la aplicación de "modelos" elaborados en el marco de la teoría sociológica. Pese a la gran pertinencia de las denominadas "teorías del conflicto" (Bottomore 1977: 187-207) y al arraigo de tal tradición en el ámbito de sucesivas expresiones del llamado "pensamiento crítico", el cual ha permitido poner al descubierto cuantas relaciones son desentrenables entre desarrollo de las distintas fases del capitalismo y tipos de sociedades occidentales, se ha llegado a un período de este proceso –reconocido como el de la *globalización*– en el cual el triunfo de las teorías sociales del consenso parece exaltar los modelos sociales propuestos a lo largo de la consolidación del funcionalismo durkheiminiano –y de sus diferentes evoluciones–, desde el último tercio del s. XIX hasta el presente.

De tal manera, la idea que las sociedades occidentales, orientadas por el capitalismo liberal, se asientan sobre un conjunto de valores mayoritariamente aceptados por sus componentes, y que el orden constitucional y el jurídico de él derivado, reúnen e institucionalizan tales valores, ha sido y es una idea liminar que Emile Durkheim consolidó para que el derecho sea tenido como el máximo elemento de cohesión social (Bullasch 1988: 99-118) y para que como "cemento de la sociedad" (Elster 1989) haya pasado a constituir el sustento de todo orden social.

La concepción que toda sociedad se configura como un sistema de relaciones sociales (Parsons 1959) no excluye y, por el contrario, enfatiza el papel que el derecho cumple en la integración social. Al descartar el poder para mantener el orden como fuente externa, es necesario desarrollar formas específicas para que los individuos estén en condiciones de controlarse a sí mismos. Esto se alcanzaría mediante la integración de las "pautas comunes de valor" (la cultura)

Auto
Control

y las "disposiciones de necesidad" (la personalidad) las que, junto al sistema social, planteado en un micronivel de integración entre el *ego* y el *alter*, y al sistema del organismo conductual o comportamental, o fuente de energía para los otros, componen los cuatro sistemas (sub-sistemas) en los que se analiza la acción social.

Mas, las pautas comunes de valor se internalizan mediante una adecuada socialización de los actores sociales, de modo que cuando fracasa el sistema en este aspecto y cuando en esos actores, vistos desde la teoría de la acción social, se manifiesta una tendencia motivada a comportarse en contravención con una o más pautas normativas, entonces aparece la *desviación*.

Así, aunque muy breve y sintéticamente dicho —con el consiguiente riesgo de no ser preciso— se ha planteado, desde el estructural-funcionalismo, la idea que el control social es idóneo para contemplar, aceptar (en la medida que el sistema social funcione), identificar y controlar la denominada *conducta desviada*. Sobre esta relación se han escrito ríos de tinta, particularmente en el ámbito cultural anglófono, con lo cual se dio nacimiento a una denominada *sociología de la desviación* (Bergalli 1983: 159-179). Por tanto, la relación *conducta desviada-control social* es una que mantuvo su coherencia y pertinencia con un modelo específico de sociedad.

2.1. El control social de la desviación

Efectivamente, el concepto de comportamiento desviado se encuentra vinculado, desde su origen, al sueño de Durkheim respecto a un orden social como producto del consenso normativo y de la división del trabajo. Mas, a pesar que emergió durante el período norteamericano del *New Deal*, como intento práctico y teórico de reemplazar la desorganización social de la década de 1920 y su siguiente, la primera manifestación de dicho concepto, como parte de una teoría sistemática de la sociedad, aparece en el ya citado trabajo de Talcott Parsons (1959).

En ese marco, *desviación significaba no conformidad con las expectativas de los otros dentro de un concreto sistema social*. Esto quiere decir que tal noción, por sí misma, no describe negativamente el acto de la desviación, ni pone el énfasis en el comportamiento definido como desviado. Más aún, la desviación no requiere ser conceptualizada como un comportamiento. En último término, dicha noción supone que la desviación es el producto de una relación entre personas en conflicto. No obstante, la posterior historia de la sociología de la desviación tendió a entender el comportamiento desviado como si éste constituyese una categoría de comportamiento coherente, aunque caracterizado negativamente.

Empero, la no conformidad se convirtió velozmente en *fracaso respecto de la conformidad* (Bredemeier/Stephenson 1970:123) y la investigación de esta sociología de la desviación se concentró en las características sociales, las personalidades débiles y el entorno interactivo que supuestamente generaban ese fracaso y las *carreras desviadas* de aquellos que vivían en los *ghettos* culturales y urbanos de las nuevas sociedades del bienestar. Las "expectativas" de la cultura dominante que en la formulación original fueron definidas como constituyentes imprescindibles de la desviación social, luego fueron asumidas como producto del consenso, de la evolución natural y, más tarde, olvidadas. Posiblemente todavía puede agregarse más, si se dice que tales "expectativas" pudieron también ser descritas como el producto patológico de las características sociales, o como la deficiente conciencia de los líderes políticos, o como efectos del discurso moral de los políticos. Quizá por todo ello la sociología de la desviación pronto se convirtió en la sociología del comportamiento desviado.

Mas, una vez separado del contexto normativo y político que le confirió significado, el comportamiento desviado quedó preparado para ser utilizado en las prácticas de tutela, disciplina y policía, bajo la apariencia de un objeto de conocimiento aparentemente neutral, como parte de los procesos de dominación y regulación social. De esta forma el desviado pudo ser directamente identificado como un "inadaptado", "carente o falta de socialización" o, finalmente, como un rebelde cultural "inapropiadamente" socializado; algo que usualmente se conoce como un "rebelde sin causa". Así las cosas, tras ser adecuadamente preparado y pasar por un proceso de identificación-exhibición, en el cual sólo la policía y una opinión pública cuidadosamente entrenada están presentes, el desviado y todo el catálogo completo de distintos tipos de desviación, son contruidos de modo tal que ello comporta auténticas y duras descalificaciones sociales. Con el correr del tiempo, el hecho que el concepto de comportamiento desviado o desviación fuera empleado por la primera criminología crítica a comienzos de 1970, prueba el elevado significado que tal concepto tuvo en el período del *Welfare* y de los desarrollados Estados de bienestar, o sea dentro del reformismo social-demócrata.

Por todo ello, aquí me permito subscribir la opinión que sostiene que el concepto de desviación social, como comportamiento que infringe las normas sociales, hoy es tan inherentemente problemático, y tan peligroso en sus consecuencias, que debe ser abandonado de una vez por todas, junto con todo el bagaje teórico que comporta (Sumner 1994: 298-309). En efecto, tras el abandono y la deconstrucción del consenso que suponía la forma-Estado del bienestar, gracias a las políticas monetaristas y neo-liberales de la *Reaganomics* y el *Thatcherismo*; en la era de las sociedades post-industriales; en la época del "fin de las ideolo-

gías", de la "comunidad internacional", de la "globalización", correspondería moverse de acuerdo con los tiempos y, finalmente, suprimir la sociología de la desviación que aquel período engendró. Lo apropiado es asumir las implicaciones que acarrea el reconocimiento de que la desviación ha constituido, simplemente, un desarrollo moderno de una forma mucho más antigua de *censura* que no es más que eso: un juicio moral y político. Pero, este es el punto de origen de una perspectiva teórica y empírica que se corresponde con otra visión del mundo social y de la relaciones humanas: *la sociología de la censura social* (Sumner 1994 cit.: 309-315).

2.2. Influencia del interaccionismo simbólico

En ese ámbito, pero orientada por una perspectiva de las relaciones sociales que reposan su exclusiva atención en los procesos de interacción que tienen lugar entre los individuos, procesos en los cuales la carga simbólica de sus gestos —en especial el lenguaje oral— adquiere una elevada capacidad significativa (interaccionismo simbólico), aunque modulada por el medio en el cual se dan tales procesos (la ciudad), también el concepto de *control social* ha tenido una particular recepción (Mead). No obstante, la aplicación de este concepto adquirió su más elevada expresión democrática cuando sirvió para analizar y explicar que aquellos procesos de interacción constituyen la base de una libre comunicación social (Dewey). Los precedentes (Ross y Park) que permitieron el uso originario de esta expresión *control social*, aunque empleados en el entonces incipiente marco disciplinario y académico (Escuela de Chicago) en el que se desarrollaron las primeras corrientes del interaccionismo simbólico, no tuvieron empero el mismo sentido. El llamado *monismo social* atribuido a Ross y el *darwinismo social* reprochado a Park fueron, precisamente, expresiones de una voluntad de integración forzada, sin respeto por sus diferencias culturales, para aquellos masivos flujos migratorios que acudían, en las postrimerías del siglo XIX, a la naciente sociedad industrial. De este modo, pensando en que la sociedad y sus mismos miembros son quienes han de desarrollar los valores y las pautas de comportamiento respecto a los cuales se establece una forma organizada de convivencia, es que la idea del *control social* fue asumida por la primera sociología académica norteamericana. Sin perjuicio de ello, y con motivo de la exigente necesidad aparecida para paliar las consecuencias producidas por el *big Crash*, es que por primera vez los requerimientos de *control social* en la tradición referida comienzan a ser respondidos por el Estado. Este período se inicia con las políticas y las estrategias las cuales, a seguido del *new Deal*, pretendieron ser aplicadas por el

gobierno encabezado por Franklin D. Roosevelt mediante una legislación que encontró la firme oposición de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Y, este es el punto en el que se entrecruzan las dos vertientes de empleo de la voz *control social* (Melossi 1990) en la historia de una sociología que tuvo a ese concepto como la mira desde la cual se analizaban los problemas del orden y la organización social.

2.3. Control social y teoría sociológica

De esta forma se llega a la conclusión que el concepto de *control social* ha sido un elemento central de la teoría sociológica del equilibrio, o de la armonía, o de la integración (funcionalismo, en todas sus versiones). ...*social control is the central fact and the central problem of society* afirmó, nada menos que uno de los fundadores de la Escuela de Chicago (Park 1921: 20). Algún autor, caracterizado como "progresista" lo ha denominado, mucho más de reciente, como un concepto *Mickey Mouse* (Cohen 1985: 2), o sea uno que sirve como comodín para definir múltiples y variadas situaciones. Mas, la centralidad de tal concepto proviene de su empleo para el control y disciplinamiento de la *desviación*, como se destacó antes. De aquí es, en consecuencia, de donde nace el problema de saber si, tal como fue en su origen sociológico, el concepto de control social es metodológicamente aplicable para distinguir el tipo de control que se ejerce mediante el derecho penal en la tradición continental europea.

No obstante, todavía conviene determinar si aún en el mismo ámbito cultural en que nació, es todavía pertinente su uso, y esto lleva a considerar si las transformaciones que ha padecido el modelo de sociedad para el cual el concepto de *social control* fue idóneo no lo han alterado. Uno de los más relevantes analistas del concepto afirmó que *social control is not the achievement of collective stability* (Janowitz 1975: 85). En otras palabras, con ello se afirmó que el concepto de *social control* no tuvo nunca contenidos revolucionarios. Más bien, su mensaje fue de naturaleza reformista, vinculado a los debates prácticos de política social y formando parte del trabajo intelectual orientado a mitigar los graves excesos del capitalismo industrial, en el último período del s. XIX y en las primeras siete décadas del s. XX. Su período de predominio metodológico se extendió, entonces, entre 1890 y 1980. Por tanto, no debería sorprender que la revisión crítica del concepto haya encontrado las más fuertes, atractivas y claras expresiones de su empleo al finalizar este período (v. las discusiones sobre Park

(1) "El control social no supone el logro de la estabilidad colectiva" (trad. del A. del presente trabajo)

y la era de Roosevelt, en Melossi 1990 cit. y Sumner 1994 cit.), en plena crisis de la sociedad del bienestar.

En efecto, el revelador comentario antes citado (Janowitz) muestra que el concepto ha estado vinculado con las políticas del *Welfare*, con el Estado benefactor y con la social-democracia. De tal modo, jamás ha propuesto una solución a largo plazo para los problemas de la alienación y la opresión, la marginalización y la explotación, el conflicto y la violencia. Antes bien, ha sido un concepto de gran significado dentro de una coyuntura histórico-política particular y siempre se planteó como una metáfora para el pensamiento pragmático en torno a la moralidad y la solidaridad social en tiempos de aguda tensión social. Metáfora ésta que ha gravado buena parte del siglo que termina y que debería ser parcialmente responsable por el hecho que se está entrando en la próxima centuria tal como se ha vivido la última, con un autor después de un predecesor reclamando para uno y otro siglo una nueva ética, o la reconstrucción de la moral social, o una justicia social informada políticamente, o una nueva visión moral. No obstante, como otros más cínicos podrían observar, ello pudiera ocurrir a causa de que, de una manera u otra, al final se está entrando en el próximo milenio.

Con toda seguridad, más comentarios del citado autor clásico sobre el concepto de *social control* pueden ayudar en el esclarecimiento de su desfase, respecto a la situación actual del modelo social para el cual fue pertinente en un período y para un determinado y concreto modelo social. En efecto, cuando se dijo:

The vital residue of the classical standpoint is that social control organizes the cleavages, strains and tensions of any society –peasant, industrial or advanced industrial. The problem is whether the processes of social control are able to maintain the social order while transformation and social change take place (Janowitz 1975 cit.: 85)², entonces se demuestra que social control ha constituido más una operación de soporte que no de solución. Como este mismo autor también observó, social control ha sido "paralelo" a represión; la diferencia con ésta es que el control social efectivo motiva, mientras, al mismo tiempo, implica desmotivación de la sociedad (v., asimismo, Thomas 1984: 95). De esta forma, social control ha sido, en consecuencia y en los fundamentos de la sociología norteamericana, parte del proceso de dominación, pero una parte que se relaciona con la fase de construcción de hegemonía, en el mejor sentido gramsciano.

² "El residuo vital del punto de vista clásico es que el control social organiza las divisiones, las presiones y las tensiones de cualquier sociedad, sea una agraria, industrial o industrialmente avanzada. El problema a resolver es si los procesos de control social son capaces de mantener el orden social mientras la transformación y el cambio social tienen lugar" (trad. del A. del presente trabajo).

Una parte que ha tenido que ver con el discurso corriente de la regulación, la conformidad, el asentimiento, la participación y el equilibrio antes que con el registro de la represión, la pacificación, la conquista, la censura y el poder de censurar. Es verdad que, mientras las primeras formulaciones del concepto estuvieron bastante alejadas de este último registro que aquellas siguientes a 1940, la visión sobre el control social –se podría decir sintéticamente– a lo largo del presente siglo, aceptó que la dominación no desaparecería de la noche a la mañana, pero confió en que minimizaría sus rasgos coercitivos en favor de un más "civilizado", más pacífico, más democrático, más razonable, y más efectivo enfoque.

Dado la horrenda violencia del siglo veinte, las escenas inconcebiblemente salvajes construídas por el mundo "civilizado" con las batallas de la Gran Guerra de 1914-18, el Holocausto, la brutalidad en Vietnam, el genocidio en Indonesia, los *gulags* de la Unión Soviética, el *apartheid* de Africa del Sur, las bárbaras dictaduras de América Latina, la guerra del Golfo, las depuraciones étnicas en los Balcanes, es posible aceptar que el proyecto del *social control* tuvo una influencia relativamente iluminista, aunque inefectiva. Mas, si el mayor problema con la concepción intelectual y el proyecto político del *social control* reposa en la aceptación axiomática de sus parámetros económicos, políticos y normativos para su operacionalización, es posible entonces imaginar que, en principio, si dichos parámetros pudieran ser renovados, mejor dicho cambiados, transformados, el concepto de control social quizá pudiera ser enfocado sobre los valores necesarios para el respeto de los derechos humanos, los cuales son sistemática y cotidianamente violados por los valores y la ética de la gente poderosa que ocupa el sistema y las instituciones anti-sociales.

3. ¿EXISTE UNA RELACIÓN ENTRE CONTROL SOCIAL Y ESTADO EN LA CULTURA DE EUROPA CONTINENTAL?

Mientras tanto, en el ámbito cultural continental-europeo, en especial en aquellos áreas o países donde la influencia de las ciencias sociales, como formas disciplinarias propias para el estudio de las sociedades y de los fenómenos que ellas producen, ha sido escasa hasta después de la segunda Guerra mundial y por sobre ellas han tradicionalmente primado el derecho y la ciencia política como medios de organización social, la idea que el control social constituye la llave o la clave mediante la cual es posible entender las relaciones entre el Estado y la sociedad, es algo que no sólo no responde a esa tradición cultural, sino que supone la adopción de una categoría extraña y trasplantada. Naturalmente que una tal situación de trasplante cultural no se produjo por un sencillo inter-

Critica

*Nueva
operación
del control
social*

cambio de comunicación científica o académica, aún cuando efectivamente un proceso semejante tuviera lugar, apenas iniciada la post-Guerra. Mas, la inexistencia de investigación y teorización sociológica en una Europa abrumada por el nazismo y el fascismo, y después arrasada por la crueldad de la Guerra, fue un campo abierto para la entrada de la ciencia social de los vencedores que propagaban sus universidades y centros de investigación sociológica. Ciertamente, es comprensible que esto ocurriera con la financiación de las fundaciones instauradas por las grandes fortunas, la mayoría de ellas crecidas al amparo de la industria bélica.

3.1. *El derecho del Estado*

El Estado ha sido una preocupación constante para la filosofía política europea. Con el Estado y desde el Estado ha debido contarse para cualquier proyecto de dominación política. Por lo tanto, **desde Hegel ha sido imposible pensar y discurrir sobre las formas de disciplina y organización social que no hayan sido presupuestas y proyectadas por el Estado hacia la sociedad civil.** Por otra parte, **el Estado moderno europeo ha estado siempre ocupado por clases sociales configuradas sobre la base del desarrollo capitalista.** Esto quiere decir que **la dominación ejercida por tales clases requirió y elaboró unas formas jurídicas mediante las cuales fuera posible legitimar la acumulación e impedir cualquier conato destinado a subvertir el orden social,** regulado por ese derecho específico. Con este sentido, no hace falta insistir mucho en que la organización de la familia, de la transmisión hereditaria, del nombre y el estado de las personas, de la propiedad privada, etc. en el plano del derecho civil; de la producción, del comercio, de la circulación de los bienes, en el del derecho mercantil; del trabajo humano, de sus organizaciones y tratativas con el capital, en el del derecho laboral y social; del movimiento del capital, en general y en todas las expresiones de regulación del llamado ámbito privado, a través de las fronteras, en el del derecho internacional privado; de las relaciones de los ciudadanos, como tales, con el Estado nacional, en el del derecho administrativo; de los Estados naciones, en el del derecho internacional público; han sido expresiones, todas ellas, pertinentes a una forma específica de organización social. Todo lo cual, ha constituido una auténtica superestructura ideológica —en el sentido marxiano— que legitimó la implantación de un sistema social sobre el cual, desde el Estado, se ha ejercido un control implícito y explícito.

3.2. *El sistema penal del Estado moderno*

La explicitación de semejante control, empero, no hubiera sido eficaz si, asimismo, todas las políticas del Estado moderno europeo no hubieran tenido un apoyo a través de **la capacidad de intervención punitiva, como último modo de protección de ciertas situaciones, entidades, cosas, atributos, posesiones y calidades que le son reconocidos a los individuos como tenedores de ciertos derechos subjetivos.** De esta manera, ha quedado justificado el derecho y el sistema penal configurados a partir de principios, categorías, instancias y actores para su aplicación.

Tales derecho y sistema penal han recibido una preferente atención en el análisis de las reglas jurídicas que los expresan. Este fue un objetivo claro del Iluminismo penal —la definición jurídica del delito y de la pena— y tuvo que haber sido una característica esencial de lo que se denomina como derecho penal liberal. El ordenamiento jurídico del que nace todo el sistema puede, sin embargo, distinguirse según el objeto de las reglas que establece. Existe una parte central de tal ordenamiento jurídico desde la que se definen conductas, las cuales, pudiendo generar un daño social perceptible, acarrear una consecuencia también perjudicial para sus autores. Este derecho penal es el sustento en el que se asienta la capacidad punitiva del Estado y consiste en una descripción abstracta de comportamientos (**sistema penal estático**) que requiere ser analizado en sus elementos constitutivos y en los componentes que lo relacionan con otras partes del ordenamiento jurídico. La disciplina que lleva a cabo esta labor, como se ha dicho arriba —la dogmática—, ha configurado una técnica muy depurada mediante la cual, aplicando unas categorías creadas a tal fin, se ha llegado a elaborar unos espacios interpretativos que han otorgado a la aplicación de ese derecho penal unos márgenes más modulados que los que establece la expresión positiva de la ley. **El despliegue o aplicación de los mandatos o prohibiciones que emergen de las reglas penales a través de las instancias predisuestas para ello —policía, jurisdicción, proceso y cárcel— (sistema penal dinámico), conforma, a su vez, un claro ejercicio de control sobre la franja de individuos que caen en la realización concreta de las conductas definidas como delitos (principio de legalidad).**

SPD
o
SJC

3.3. *¿Constituye ese sistema penal un medio de control social?*

La cuestión central a determinar en esta parte de la exposición es, en consecuencia, **de qué control se habla cuando se analiza el que cumple el derecho y**

el sistema penal. Si se tiene en cuenta el origen consensual que la cultura jurídica moderna le ha atribuido al Estado y a la sociedad del que éste nace, y el arraigo del concepto de derecho en la filosofía política del contractualismo, podrá llegarse a la conclusión que ese derecho, en particular el derecho penal, por la carga de legítima violencia estatal que encierra, es la expresión más idónea de un control asumido por el Estado pero acordado por la mayoría social. Sobre esta base es que una teoría de la sociedad, como el funcionalismo, más propiamente la perspectiva estructural-funcionalista, la cual ha podido explicar el modelo de sociedad del bienestar y ha sido capaz de justificar el papel de control social que el derecho cumpliría, sea tan ampliamente aplicada por el penalismo contemporáneo, en especial el español. En otras sedes y publicaciones (v. Bergalli 1996: 1-6; 1998: 417-423) este aspecto ha sido desarrollado y se volverá luego sobre él. Mas, ahora conviene ver si, de verdad, es pacífico aplicar esa perspectiva estructural-funcionalista para justificar el papel atribuido al derecho y al sistema penal en la tradición estatal europea, enfocado este tema desde España. Esto así, pues en ningún otro ámbito de la cultura jurídica española se ha planteado la capacidad de control social de la manera tan enfática como lo hacen los penalistas. La más reciente filosofía jurídica le adjudica al derecho la función de organización social, la de instaurar o contribuir a asentar —junto con otras instancias y mecanismos estabilizadores— un determinado orden en una determinada sociedad (Díaz 1998:131), advirtiendo, asimismo, de la no forzosa e irremediable maldad del derecho entendida como sistema de control social, especialmente en un contexto democrático de organización (op. cit.: 132), aunque previamente se haya afirmado ...necesario tomar buena cuenta de algunos de los alegatos de la criminología crítica sobre controles de la marginación, que pueden no ser sino imposición de otra dominación, y de la correlativa sociología política que denuncia diversidad de controles para la opresión...

3.4. La ambigüedad de la doctrina jurídico-penal

Desde hace no más de quince años se habla en España de las posibles relaciones entre control social y derecho penal (Bustos 1983: 11-35; Muñoz Conde 1985: 29-47). Un autor lo hacía, tratando de analizar la fundamentación ideológica que reside en el ejercicio por el Estado del control penal; otro, intentando poner al descubierto las bases sociales que explican la función motivadora que cumplirían las normas jurídico-penales. No obstante, ninguno de esos autores se ponía como cuestión que el control —el control social, así lo llamaban— punitivo estatal perteneciera a una naturaleza distinta, por las razones metodológicas, dis-

ciplinarías e histórico-culturales antes apuntadas, que la que se le reconoce al sistema penal del Estado moderno. Antes bien, el segundo de los autores citados afirmaba: *Parece, pues, evidente que la función motivadora de la norma penal sólo puede comprenderse situando el sistema jurídicopenal en un contexto mucho más amplio de control social, es decir, de disciplinamiento del comportamiento humano en sociedad* (v. Muñoz Conde cit. 1985: 36). Y, para llegar a esta afirmación, hacía un preciso repaso de las indicaciones funcionalistas y, en especial, sistémicas (Luhmann) que justificaban esa inclusión del sistema penal en el contexto de control social ampliado. Es verdad que, para entonces, yo mismo había sugerido algo semejante al coordinar una obra colectiva en cuya Introducción se dejaba planteada esa visión que parecía confirmarse a lo largo de las diferentes contribuciones a la misma (Bergalli 1983 cit.). Pasados quince años desde la publicación de tal obra, es oportuno mejorar el enfoque, a la luz de cuanto se ha investigado y publicado en todo este tiempo en el terreno de aproximación al sistema penal desde abordajes meta-normativos.

Desde entonces, la manualística española más conspicua en derecho penal, a través de las reiteradas ediciones de obras para estudiantes y colegas universitarios, repite la opinión que el derecho penal es uno de los medios de control social existentes en las sociedades actuales (cfr. García Pablos 1995: 2-4; Mir Puig 1996: 5; Muñoz Conde/García Arán 1996), sin ponerse como cuestión o formular referencias a la pertinencia de ese concepto para caracterizar, de tal forma, a la capacidad punitiva del Estado (cfr. Bergalli 1996 cit.: 2-3), y en seguimiento incuestionable de una parte de la doctrina jurídica alemana, de inspiración sociológica, que llegó a España de la mano de juristas con una clara raigambre funcionalista (como uno de los primeros aportes, seguidos luego de muchos otros, cfr. Hassemer 1982).

Cabe sí resaltar que otros autores, por el contrario, dan mayor información en España acerca de esa relación entre control social y derecho penal. No obstante, en un caso (Luzón Peña: 1996: 70-71), aún cuando se cuestione la pertinencia mencionada y se describa al control social como "vago y ambiguo", se lo hace —sin otras alusiones a la historia del concepto— con argumentos de tipo garantista por el carácter más bien generalizador que se le atribuye al control social de la desviación, lo que podría llevar a una descalificación del derecho penal de una sociedad democrática. En otro caso (Bustos 1994 cit.: 3-39), pese a que el análisis de la relación recibe una amplitud desusada para el penalismo español contemporáneo, tal análisis no constituye mucho más de lo que se dijo diez años antes sobre el tema (Bustos 1983, cit.), hasta el punto que prácticamente se transcribe con textualidad cuanto se escribió en aquella ocasión. Si bien en este análisis, como se dijo antes, se trató de exponer las bases ideológicas des-

de las cuales el Estado moderno, en sus diversas formas, ha ejercido su capacidad punitiva, al intentar exponer el concepto de control social, se persiste en una vinculación con el Estado que, como se ha ya visto antes, no se manifestó en la vertiente originaria del concepto (Bustos 1994 cit.: 33-37). En este caso, se incurre en una confusión con las ideas de autores que conocen y respetan la tradición sociológica del control social (mientras Hess y Scheerer son citados en manuscritos inéditos, hasta entonces, ahora pueden ser consultados, en conjunto, en una publicación posterior, 1997:96-130), incluyéndolos como partidarios de aquella vinculación con el Estado.

CONCLUSIÓN

Llegados a este momento, no queda más que señalar, a la vista de cuanto se ha dicho, que la ambigüedad en que ha caído el empleo del control social para destacar en España una caracterización del derecho y el sistema penal se debe, en mi opinión, a una falta de debate en relación a dos aspectos. Primero, uno de naturaleza socio-jurídica, cual es el de las funciones del derecho (v. entre pocos, en España, Arnaud/Fariñas Dulce 1996: 130-132). Segundo, el de no afrontar, desde una perspectiva de las teorías del conflicto, la verdadera naturaleza política del derecho, como monopolio del Estado moderno, en un período en el cual el Estado contemporáneo, por una parte está perdiendo la capacidad de crear normas jurídicas que se desplaza a otros niveles *infra* y *supra* estatales mientras, por la otra, se deterioran los principios sobre los que, desde el Iluminismo, se construyó ese *ius puniendi*. Si dicho debate se ampliara, uno de los puntos que quedarían en claro es el relativo a la nula pertinencia entre control social y sistema penal. Algo que he pretendido profundizar en esta Introducción.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Arnaud, A.J. / Fariñas Dulce, M.J. 1996.

Sistemas jurídicos: elementos para un análisis. Madrid: Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado.

Bergalli, R. 1983.

Sociología de la desviación, en: R. Bergalli/J. Bustos Ramírez/T. Miralles: *El pensamiento criminológico I. Un análisis crítico*. Barcelona: homo sociológico, 28-ediciones Península, Cap. VIII: 159-179.

Bergalli, R. 1996.

Introducción: Control social y Sistema Penal, en R. Bergalli: *Control social punitivo. Sistema penal e instancias de aplicación (Policía, Jurisdicción y Cárcel)*. Barcelona: editorial Ma. J. Bosch, 1-6.

Bergalli, R. / Sumner, C. (eds.) 1997.

Social Control and Political Order (European Perspectives at the End of the Century). London-Thousands Oaks-New Delhi: Sage Publications.

Bergalli, R. 1998.

III. Derecho y Control Social. Introducción, en Ma. J. Añón / R. Bergalli / M. Calvo / P. Casanovas (coords.) *Derecho y Sociedad*. Valencia: Tirant lo Blanc, 417-423.

Bottomore, T.B. 1975.

Sociology as Social Criticism. London: George Allen & Unwin Ltd.; hay versión en castellano (trad. A. Monrabá) *La sociología como crítica social*. Barcelona: homo sociologicus, 10-Península, 1976.

Bredemeier, H. / Stephenson, R.M. 1970.

The Analysis of Social System. London: Holt, Rinehart & Wilson.

Bullasch, U. 1988.

Rechtsnorm und Rechtssystem in der Normtheorie Emile Durkheims. Frankfurt a.M.-Bern-New York-Paris: Peter Lang (Reihe II-Rechtswissenschaft, vol. 708).

Bustos Ramírez, J. 1983.

XI. Estado y control: la ideología del control y el control de la ideología. R. Bergalli et al. *El pensamiento criminológico II. Estado y control*. Barcelona: homo sociológico, 29: 11-35.

Bustos Ramírez, J. 1994 4a. ed.

Manual de Derecho Penal. Parte General, ed. aumentada, corregida y puesta al día por H. Hormazábal Malarée. Barcelona: PPU.

Cohen, S. 1985.

Visions of Social Control. Cambridge (UK): Polity Press; hay versión en castellano (trad. E. Larrauri) *Visiones de control social*. Barcelona: PPU, 1988.

Cross, R. / Harris, J.W. 1991 4a. ed.

Precedent in English Law. Oxford: Clarendon Press

de Sousa Santos, B. 1992.

O Estado e o direito na transição pós-moderna para um novo senso comum jurídico. R. Bergalli *Sentido y razón del derecho (Enfoques socio-jurídicos para la sociedad democrática)*. Barcelona: hacer editorial, 3-50.

Díaz, E. 1998.

Curso de Filosofía del Derecho. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

Elster, J. 1989.

The Cement of Society. (A Study of Social Order). Cambridge (UK): Cambridge University Press; hay versión en castellano (trad. A.L. Bixio) *El cemento de la sociedad. Las paradojas del orden social*. Barcelona: Gedisa, 1991.

- Engisch, K.** 1968 4a. ed.
Einführung in das juristische Denken. Stuttgart: W. Kolhammer; hay versión en italiano *Introduzione al pensiero giuridico* (trad. A.Baratta y F. Giuffrida Répice). Milano: Giuffrè editore, 1970.
- García Pablos, A.** 1995.
Derecho Penal. Introducción Madrid: Universidad Complutense-Facultad de Derecho (Servicio de Publicaciones).
- Hassemer, W.** 1982:
Fines de la pena en el derecho penal de orientación científico social (trad. Ma.T.Castiñeira). S. Mir (ed.) *Derecho Penal y Ciencias Sociales.* Bellaterra (Barcelona): Universidad Autónoma de Barcelona, 117-157.
- Janowitz, M.** 1975.
Sociological Theory and Social Control. *American Journal of Sociology*, 81 (1): 82-108; hay versión en castellano (trad. J.Pegoraro, rev. M.Sozzo) *Teoría social y control social*, en *Delito y Sociedad* año 4 (6-7), 1995: 5-31.
- Luzón Peña, D.** 1996.
Curso de Derecho Penal. Parte General I. Madrid: editorial Universitas, S. A.
- Melossi, D.** 1990.
The State of Social Control (A Sociological Study of Concepts of State and Social Control in the Making of Democracy). Cambridge (UK): Polity Press; hay versión en castellano (trad. M.Mur Ubasart) *El Estado del Control Social (Un estudio sociológico de los conceptos de Estado y control social en la conformación de la democracia).* México D.F.: Siglo Veintiuno editores.
- Mir Puig, S.** 1996 4a. ed.
Derecho Penal. Parte General. Barcelona: ed. del A. (prod. PPU).
- Muñoz Conde, F.** 1985.
II. Derecho penal y control social (Sobre la función motivadora de la norma jurídica penal). Del mismo *Derecho penal y control social.* Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 29-47.
- Muñoz Conde, F. / García Arán, M.** 1996 2a. ed.
Derecho Penal. Parte General. Valencia: Tirant lo Blanc
- Park, R.E.** 1921.
Sociology and the Social Sciences: The social Organism and the collective Mind. *American Journal of Sociology*, 27 (1): 1-21.
- Parsons, T.** 1959.
The Social System. New York: The Free Press of Glencoe; hay versión en castellano (trad. J. Jiménez Blanco y J. Cazorla Pérez). *El sistema social.* Madrid: Revista de Occidente, 1966 (1a.ed.)-1976 (2a.ed.).
- Rebuffa, G.** 1993 3a. ed.
La funzione giudiziaria. Torino: Giappichelli-Multiversum.

- Scheerer, S. / Hess, H.** 1997.
Social Control: a Defence and Reformulation. R. Bergalli/C. Sumner (eds.) *Social Control and Political Order (European Perspectives at the End of the Century).* Op. Cit., 96-130.
- Sumner, C.** 1994.
The Sociology of Deviance: An Obituary. Buckingham: Open Universty Press.
- Thomas, C.Y.** 1984.
The Rise of Authoritarian State in Peripheral Societies. New York: Monthly Review Press.