

# CONTRADICCIONES ENTRE DERECHO Y CONTROL SOCIAL

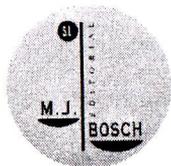
*¿Es posible una vinculación entre estos  
conceptos, tal como parece pretenderlo un cierto  
funcionalismo jurídico?*

**Roberto Bergalli** (ed.)

Contribuciones al Workshop: *Das Recht als Mittel der Sozialkontrolle*

Instituto Internacional de Sociología Jurídica  
Oñati (Gipuskoa)  
(15-16. Octubre de 1996)

Con la colaboración del Goethe Institut de Barcelona



GOETHE-INSTITUT  BARCELONA

1998

---

EDITORIAL M. J. BOSCH, S.L. - GOETHE INSTITUT - BARCELONA

1ª edición: Barcelona, Noviembre de 1998

© 1998: Roberto Bergalli (ed.)

© 1998: EDITORIAL M.J. BOSCH, S.L.  
GOETHE INSTITUT

Ilustración de cubierta: Keith Haring

I.S.B.N.: 84-89591-10-5

Depósito Legal: B-41855-98

Impreso en España

Imprime: GRUPO ARTYPLAN - ARTYMPRÈS, S.A.  
Avenir, 44 - Tel. 93 200 87 99 - 08021 Barcelona

# ÍNDICE

<i>PRESENTACION</i> (Roberto Bergalli).....	9
---	---

## INTRODUCCIÓN

¿DE CUÁL DERECHO Y DE QUÉ CONTROL SOCIAL SE HABLA? .....	17
<i>Roberto Bergalli</i>	

### Capítulo I

#### ALTERNATIVAS A LA PRODUCCIÓN Y APLICACIÓN ESTATAL DE DERECHO

EN DEFENSA DE LA CONDUCCIÓN COOPERATIVA. <i>Rüdiger Voigt</i> .....	37
ARGUMENTACIÓN Y RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS .....	55
<i>Manuel Atienza</i>	

### Capítulo II

#### EL DERECHO COMO MONOPOLIO MASCULINO

ANÁLISIS FEMINISTA DEL DERECHO PENAL. <i>Gerlinda Smaus</i> .....	73
ALGUNAS CUESTIONES EN TORNO AL TEMA "MUJER Y DERECHO" .....	95
<i>Pilar Giménez Alcover</i>	

### Capítulo III

#### NUEVOS ÁMBITOS DEL DERECHO PENAL EN EUROPA

¿UNA EUROPA DE LA LIBERALIDAD O DE LA SEGURIDAD? CINCO TESIS .....	109
<i>Félix Herzog</i>	
EL "MODERNO" DERECHO PENAL EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL ESPAÑOL .....	117
<i>Francisco Muñoz Conde</i>	

# ¿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 atribuida 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 *obitur 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 volumen.

## 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)

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 descriptas 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 falto 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 construídos 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*<sup>1</sup> (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)