

El control penal en el marco de la Sociología jurídica (*)

Por ROBERTO BERGALLI

Barcelona

SUMARIO: Introducción.—I. Control social y sus estrategias.—II. La relegitimación jurídica.—III. El nivel de creación o génesis de la norma penal: delito y pena (A, B, C).—IV. El nivel de aplicación de la norma penal: su eficacia (portadores y ejecutores de la ideología jurídica) (A, B).—V. Sociología del control penal y posiciones de la criminología crítica: coincidencias.

INTRODUCCION

El problema del orden social no tiene una historia concreta y puntual. Ha sido y es uno de los grandes temas de toda sociedad y en todo tiempo. Henner Hess ha señalado que quien lo planteó con mayor agudeza fue Thomas Hobbes, indicando al propio tiempo su solución: «... *during the time men live without a common Power to keep them all in awe, they are in that condition which is called War... where every man is Enemy to every man* (Hobbes, 1909, p. 96; cit. por Hess, 1983, p. 500).

Sin embargo, hoy se sabe que un estado de guerra semejante, de todos contra todos, no ha existido jamás. Empero, el orden social ha de ser mantenido y para ello las sociedades de cualquier género han dispuesto siempre de mecanismos para tal fin.

Si bien este tema tiene su mayor arraigo en la teoría política, incluidas las posiciones anárquicas que rechazan en particular el orden estatal, el problema del orden social como categoría analítica ha generado variadas respuestas en otros planos disciplinarios.

(*) Ponencia en la Sección C. Jornadas sobre la Investigación y la Enseñanza de la Sociología Jurídica, organizadas por la división de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales y Departamento de Sociología y Metodología de las Ciencias Sociales. Universidad de Barcelona, 7-9 abril de 1988, Barcelona.

Las formas de mantener el orden social han sido estudiadas en profundidad desde la perspectiva funcionalista de la antropología política y la social, en relación con todas aquellas instituciones espontáneas generadas por los vínculos que nacen entre los individuos (la parentela, la religión, las creencias en valores comunes y sobrenaturales, el mercado, etc.). Ese fue el enfoque en el cual sobresalió la escuela británica (Malinowsky, Radcliffe-Brown) al encararse con dos cuestiones tan importantes pero diferentes como lo son: la del comportamiento individual y la de la organización de la sociedad (cfr. Mair, 1965). Pero en lo que atañe al uso de la coerción por instancias centralizadas de la sociedad, ha sido el funcionalismo sociológico el que ha dado la mayor justificación al empleo del derecho como instrumento de control social (cfr. Durkheim, 1982, esp. L. I, caps. I y II, pp. 83-155; Parsons, 1976, esp. cap. VII, 237-307).

Es con ese impulso que el control social se convierte desde entonces en objeto preferido de conocimiento para las ciencias sociales. Sus niveles de actuación *activo* o *preventivo*, mediante la socialización, y *reactivo* o *estricto* para evitar las formas de comportamiento no deseado o desviación, constituyen verdaderos campos de verificación y análisis de distintas teorías. El control social reactivo, de todos modos, constituye el terreno concreto de una sociología especial y se expresa por medios informales de distinta naturaleza: *psíquica*, como la burla, la desaprobación, el reproche, la pérdida del honor o «status», la desaprobación o menoscabo de las relaciones; *física*, como la violencia, o bien *económica*, como la privación del puesto de trabajo o el salario (importantes en la actualidad para obtener conformidad política). Todos estos medios son estudiados por los sociólogos, quienes han demostrado que en la realidad ellos se presentan generalmente de forma combinada, sirviendo el derecho como límite para excluir algunos en determinadas ocasiones.

En cambio, los medios formales de control social reactivo constituyen instancias especialmente predispuestas para ese fin y deberían constituir objetos de mejor estudio por los juristas (la ley penal, la policía, el servicio social, los tribunales de justicia, las cárceles, los manicomios, etc.). Todos ellos se caracterizan por emplear la violencia como último recurso y pese a que sus actividades están en la práctica reguladas por normas informales, su actuación teórica aparece previamente fijada en el derecho positivo, precisamente en los códigos penales y las leyes procesales.

I. CONTROL SOCIAL Y SUS ESTRATEGIAS

De control social se habla con mayor énfasis desde hace algo más de una década, concretamente desde que la crisis ha afectado a la forma-Estado del bienestar. Hasta entonces, las distintas estrategias de control social originadas en la manera de producción capitalista,

no sólo se habían confirmado en la realidad, sino que también se fueron imponiendo en virtud de la expansiva división internacional del trabajo. Dario Melossi ha presentado quizá el mejor panorama sobre cómo a las llamadas estrategias «panópticas» y su substitución por las denominadas estrategias «sobre el territorio» —que ya en los años 20 eran indicadas por la Escuela de Chicago, bien por medio de la psicología social de G. H. Mead, bien a través del behaviourismo individual de J. B. Watson— se agregaron otras estrategias más apropiadas a la civilización metropolitana, en la era de declinación de la ética del trabajo (cfr. Melossi, 1980, esp. pp. 293-321).

Una característica saliente de todos estos tránsitos sufridos por las estrategias de control social, de las técnicas sobre las cuales el control social se organiza, en el paso del capitalismo decimonónico al siglo presente, es la relativa a cómo ellas asumieron en y por la esfera pública lo que antes se suponía un contraste de culturas y cómo la máquina del Estado fue entrando hacia el interior de tales estrategias, actuando como sujeto particularmente potente en la trama de la competencia cultural.

Es así que el lugar específico de la política se convierte en el punto de la mediación y del vínculo entre las estrategias de control social y el vértice del Estado.

Mientras todo lo expuesto acontecía y se superaba lo del gran *Crash* de 1929-30, el *New Deal* impulsó y la expansión norteamericana de la postguerra consolidó después el llamado modelo social del estructural-funcionalismo. El *american Way of Life*, como síntesis cultural de los procesos de racionalización y de estrategias de control social orientadas por las necesidades de la descomunal acumulación, se presenta como el punto de vista determinante, aunque éste pueda expresarse sólo cuando sea corporizado por el político. Así es como la democracia, forma adecuada al discurso político dominante, se identificó con control social. Esta es precisamente la que Weber había destacado en el sistema político norteamericano como la forma más pura de este nexo entre posibilidad del liderazgo en una democracia y posesión de aquellas estrategias de control social capaces de producir legitimación (cfr. Weber, 1976, esp. pp. 169-176, y 1981, esp. pp. 130-145).

Mas la crisis fiscal que arrastra consigo la concentración oligopólica desde comienzos de los años 70, también es crisis de legitimación (cfr. O'Connor, 1973; Ofe, 1973; Díaz, 1984). Con lo cual, no sólo se producen los problemas de gobernabilidad y de peligro para el sistema democrático, sino que, asimismo, la estrategia de control social dominante pierde credibilidad. En lo que hace a aquellas expresiones «duras» de control social, los medios formales que componen el sistema penal resultan también deslegitimados pues es el derecho mismo el que pierde su capacidad como instrumento básico de semejante control.

II. LA RELEGITIMACION JURIDICA

Así fue como se abrió un período en el que la búsqueda de una nueva legitimación del Estado y de la política, mediante el consenso, pretendió también encontrar nuevas fórmulas para legitimar el derecho. Este ha sido el campo en el que la construcción de una nueva teoría jurídica, después de Weimar, como sistema autónomo de hipótesis sobre la contingencia desarrollada por Kelsen respecto del presupuesto de la validez como existencia de la norma, olvidó que la autonomía es una conquista ideológica del derecho que sirve para ocultar, dándolo vuelta, el proceso real de producción de la abstracción jurídica (V. De Giorgi, 1979, p. 21). Pero es entonces cuando en los años 60 se presentó la propuesta de un nuevo iluminismo sociológico, la cual partiendo de la teoría sistémica, ha procurado una reducción de la complejidad del mundo al emplear el subsistema del derecho. Lo que N. Luhmann va a llamar la *generalización de las expectativas de comportamiento*, designada como el problema principal de los sistemas sociales, debe ser resuelta por estructuras que consientan a aquéllos tener bajo control las fluctuaciones provocadas en sus interiores por eventos externos e internos y les permitan reaccionar con indiferencia, superando las situaciones específicas:

«Mediante la generalización de las expectativas de comportamiento se facilita la concreta sintonización del comportamiento social de muchas personas, en tanto que está prefijado de manera típica lo que se puede esperar, y cuál sería el comportamiento que sobrepasa los límites del sistema. La elección preliminar de aquello que en el sistema es posible, debe ser cumplido en el plano de las expectativas y no sobre el de los comportamientos, pues sólo de este modo es posible trascender la situación concreta efectuando una anticipación respecto del futuro» (V. Luhmann, 1972, vol. I, p. 121).

Mas dentro de los variados mecanismos de generalización de las expectativas que crean los sistemas, se manifiestan discrepancias entre la dimensión temporal y la social de dicho proceso de generalización. Es que en las sociedades evolucionadas, propias a la postindustrialización, se expresan muchas más expectativas (normativas) de cuantas pueden ser efectivamente institucionalizadas, al existir en ellas una superproducción de normas (cfr. Luhmann, 1972, I, p. 99). Y, para asegurar la consistencia de las expectativas normativizadas por el derecho de modo selectivo, él mismo elige uno de los mecanismos que se demuestran más idóneos para ello, cual es: la pena (sanción).

Esta muy breve síntesis de la labor a la que ha llegado la búsqueda de la epistemología jurídica alemana, desarrollada en las más recientes décadas, por dar una nueva legitimación al derecho como sistema de control social, permite plantear de ahora en adelante la necesidad de acercarse al control jurídico-penal desde perspectivas metanormativas.

III. EL NIVEL DE CREACION O GENESIS DE LA NORMA PENAL: DELITO Y PENA

El control jurídico-penal en las sociedades que poseen una organización jurídico-constitucional y un Estado de derecho, nace de la institucionalización normativa. No cabe duda que la positivización del derecho penal se gesta en una necesidad valorativa del comportamiento humano. Lo que se conoce como derecho penal *objetivo* está constituido por aquel conjunto de normas a partir de las cuales la conducta de las personas puede ser valorada en relación a ciertas pautas del deber ser.

Por tanto, las normas penales se convierten en un aspecto central, aunque propedéutico al estudio del *sistema de control jurídico-penal* que, en todo caso, siempre responde a las orientaciones que aquéllas emiten y que, pese a las discontinuidades, interrupciones o interferencias por razones propias y ajenas a los procesos de formalización del derecho que se manifiestan respecto de las estrategias dominantes de control social, aquéllas —las normas penales— deben ser congruentes con estas estrategias:

A) En consecuencia, el examen de las normas penales ha de hacerse teniendo presente lo necesario que es saber en qué consisten y cuáles son los elementos que las componen como, asimismo, descubrir su inserción en el conjunto de todas las normas que conforman una estructura u ordenamiento jurídico.

Estos dos aspectos han constituido, desde la positivización o formalización del derecho penal, las preocupaciones de los juristas para desentrañar la naturaleza y la composición interna de las normas, de manera que con el cúmulo de reflexiones producidas a lo largo de más de un siglo se ha construido una *teoría de las normas penales*.

Pero, no obstante tales preocupaciones de los penalistas, la teoría no ha logrado aún, salvo algunos últimos esbozos de la investigación, dar respuestas decisivas sobre el *origen* o *génesis* de esas normas penales. Las más recientes tentativas en torno a ese origen, han puesto de relieve la importancia de conocer cuáles y cómo son los procesos que impulsan la gestación de normas penales y no únicamente aquellos relativos a la labor propiamente legislativa.

Lo que se convierte en decisivo para entender la verdad y explicar la presencia de una norma penal en un momento concreto de una sociedad dada, es la individualización de los intereses sociales que impulsaron la creación de la norma y continúan sosteniendo su presencia en el ordenamiento jurídico respectivo.

Un fin semejante, empero, no puede ser alcanzado por la denominada «ciencia del derecho penal» —denominación que ha provocado no pocos debates y controversias— cuyo límite está fijado por la labor propia de verificar la existencia y el alcance de los desvalores o juicios subjetivos de valor del legislador. En todo caso, mediante

la aplicación del método dogmático —y por cierto, ya es mucho—, a lo más que se puede pretender con dicha ciencia del derecho penal es a hacer previsible la conducta del juez que aplicará la norma y, se dice (Zaffaroni, 1980, t. I, p. 280), «sin olvidar la realidad social que el derecho regula». Si bien es verdad que alcanzar esa previsibilidad es la base de la seguridad jurídica y uno de los pilares del Estado de derecho, ha sido y es verdaderamente difícil que la construcción dogmática del concepto de delito, como la del concepto de pena, no permanezcan extraños a la realidad social (como lo vuelve a afirmar Zaffaroni, *op. cit.*, p. 290).

La incompatibilidad entre valoraciones jurídicas autónomamente elaboradas con las pautas o valores sociales, es el permanente riesgo a que está sometido el derecho penal. Es tarea del legislador obtener esa compatibilidad o evitar la contradicción que le hace perder validez al derecho, pero también es misión del jurista (científico del derecho o juez) no perder su vinculación con los intereses y valores sociales mayoritarios, pues, de otro modo, su estudio de las normas o su aplicación del derecho contrasta con los principios del Estado democrático. No comportándose de este modo, lo que hace el jurista es poner el derecho al servicio de quienes poseen poder para gestar el derecho —las normas— con sentido patrimonial.

Por tanto, es altamente benéfico todo acercamiento entre la investigación sobre la génesis de la norma y el conocimiento de la sociedad. Este es el punto central de una comprensión metanormativa del derecho y a ese objetivo se viene orientando el pensamiento del desarrollo sociojurídico, tal como ha sido expuesto por Renato Treves (1987). Un acercamiento semejante en el ámbito del derecho penal constituye la esencia de cierta propuesta que ya tiene variados intérpretes, pero que, para allanar dificultades, conviene resaltar que no provoca problema alguno con respecto al método ni al objeto de la sociología jurídica, disciplina que la engloba (*cfr.* Baratta, 1974 y 1986).

B) La definición del delito como *ente jurídico*, concepto aquilutado por la Ilustración penal, puede someterse desde ya a un más completo análisis desde una perspectiva sociojurídica. El ámbito del injusto, como substancia de lo punible, y en especial el bien jurídico como fundamento y límite a la intervención punitiva del Estado, en cuanto ésta sólo se justifica con la misión protectora de aquellas necesidades o demandas sociales dignas y merecedoras de semejante protección, es hoy aceptado como un campo en el que ciertas tendencias sociológicas permiten señalar las condiciones para el reconocimiento de unas de esas necesidades como bien jurídico.

La teoría del bien jurídico, de larga y trabajosa historia en el derecho penal en la cual los avatares políticos pusieron en peligro su función garantizadora y de presupuesto para la pena, se ha visto notablemente enriquecida con aquellos aportes. Un derecho penal crítico los ha ya recepcionado y los aplica para entender los bienes jurí-

dicos como configuración de relaciones sociales concretas e históricas que obligan al Estado a su permanente revisión para así autolimitarse en su tarea represiva (cfr. Bustos Ramírez, 1984, esp. pp. 59-65).

El reconocimiento de bienes jurídicos colectivos y su incorporación a la labor protectora de un derecho penal democrático, ha sido sólo posible cuando la teoría comenzó a reconocer la naturaleza política del concepto y el substrato material que lo justifica. Desde entonces, la labor dogmática en torno a categorías centrales para la definición del delito —tales como la tipicidad y la antijuridicidad— ha comenzado a tener un sentido y a adecuarse a los cambios sociales. Lo dicho constituye únicamente un esbozo de cómo ha sido hasta ahora posible indagar sobre la creación de normas penales y de la vinculación de ese proceso con el contenido de las categorías aludidas, según la valoración sociológica que se haga respecto de la realidad que las justifica.

C) Una elaboración semejante se espera aún que se produzca en el terreno de las consecuencias jurídicas al delito o, mejor dicho, en lo que se conoce como teoría de la pena. Este es, en efecto, el ámbito en el cual, contrariamente a lo que viene sucediendo en la teoría del delito, menos aportes han producido los enfoques socio-jurídicos pese al ostensible fracaso de las filosofías punitivas aplicadas hasta la actualidad: o, si se quiere, donde la crisis del Estado benefactor más argumentos brinda para deslegitimar la intervención punitiva. Dejando a salvo una propuesta de cuño interaccionista que procura interpretar la pena, más bien que justificarla, desde la comprensión de todo el sistema penal como un específico contexto comunicativo complejo en el que sobresale la norma como proceso dialogal (entre el Yo, autor; el Alter, la víctima, y el Tercero, reacciona castigando) y la pena, regulando la interacción y protegiendo la estructura del sistema (cfr. Callies, 1974), cabe considerar una elaboración de gran éxito reciente.

Se trata de la tentativa tecnocrática que, desde la doctrina alemana, busca la relegitimación de la pena con base en la exigencia funcional de restablecer la confianza en el derecho mediante el hecho simbólico de la aplicación de aquélla. En efecto, superadas las teorías absolutas que orientadas por una función retributiva se planteaban con un sentido ético, propias de la forma-Estado liberal burguesa y fracasadas las teorías relativas utilitarias, propuestas ya como advertencia intimidatoria (prevención general) que se desenmascara por el puro empleo de la coerción —ya como corrección de algún defecto del delincuente (prevención especial), lo que choca con la dignidad del hombre y pone bajo cuestión los aspectos garantistas del derecho penal— se ha ofrecido una fundamentación de la pena desde un planteamiento sistémico-funcional de esta teoría de la prevención-integración.

Dicha propuesta se convierte así, más en una rigurosa renormativización de los criterios subjetivos de la imputación penal que en un

aporte para legitimar la pena con la mayor o menor necesidad que la sociedad pueda tener de ella (cfr. Jakobs, 1983, V). Con lo cual, al desplazarse la consideración del hombre y su culpabilidad como base de la imputación, supliéndola por el criterio normativo-simbólico de violación de las expectativas, el derecho penal sufre una transformación en sus funciones y fines que se conoce como la «administrativización», por la que se llega a negar el propio concepto de bien jurídico y el de subsidiariedad de todo ese derecho penal (así, Baratta, 1984, esp. pp. 1-14).

Frente a este cuadro de gran crisis de legitimidad en que la teoría de la pena se halla en el Estado social y democrático de derecho, se han ensayado algunas propuestas que, sin volver a la retribución, se apoyan en el sentido de advertencia (preventivo) y buscan circunscribir la intimidación mediante los límites que garanticen el ejercicio de la prevención en beneficio y bajo control de los ciudadanos (cfr. Mir Puig, 1982, esp. pp. 29-40); o sea, que sugieren una prevención general positiva.

Mas todo esfuerzo choca contra la realidad contemporánea de la pena en el terreno de su aplicación concreta, particularmente la de privación de libertad. Allí se demuestra que, en verdad, hoy la pena cumple sobre todo unas funciones ideológicas, simbólicas, antes que materiales y que corona un cuadro de barbarie en el que está sumido todo el control penal, llamando más la atención que ello acontezca en las llamadas sociedades democráticas.

IV. EL NIVEL DE APLICACION DE LA NORMA PENAL: SU EFICACIA (PORTADORES Y EJECUTORES DE LA IDEOLOGIA JURIDICA)

Esta última afirmación permite pasar a analizar el segundo nivel de realización de un sistema de control penal. En él deben considerarse todos los momentos de aplicación de la legislación penal y cuando se habla de aplicación, se alude al tercer estadio con el que se completa el estudio de la norma, o sea, al de su *eficacia*, asunto precisamente propio de la sociología jurídica.

Según Norberto Bobbio, la legitimidad corresponde a la cuestión de la justicia, o sea, a la correspondencia de las normas con los valores últimos a cuya realización debería tender toda legislación. La legalidad (o validez) corresponde a un juicio de hecho que se emite acerca de la existencia de las normas, en cuanto éstas emanan de una autoridad que tiene el poder legítimo, según las formas y los procedimientos legalmente previstos. Finalmente, la eficacia es la capacidad de las normas para encontrar una efectiva aplicación en la realidad, en relación a los comportamientos concretos de los sujetos a quienes ellas se dirigan. Bobbio subraya la independencia de los

tres conceptos y la necesidad de su distinción hasta el punto que cada uno de ellos puede subsistir en ausencia de los otros dos (cfr. Bobbio, 1968, pp. 36 y ss.)

La tarea de verificar la eficacia de las normas penales de un sistema de control dado no pasa, sin embargo, únicamente, por el estudio estadístico acerca de los resultados de la intervención de algunas o de todas las instancias específicamente destinadas por el ordenamiento jurídico para cumplir esa tarea de desplegar la capacidad de las normas a fin de que éstas encuentren su efectiva aplicación en la realidad. Ello no sería posible, por un lado, a causa de los consabidos defectos que el método estadístico revela en el análisis de la criminalidad, agudizando los procesos de selección y clasificación de los comportamientos desviados y dejando al descubierto graves baches en la constatación de una criminalidad real —cifra oscura— (por todos, cfr. Kerner, 1985). Mientras, por otro lado, tampoco sería posible ratificar la eficacia de las normas mediante el análisis estadístico, pues cada una de esas instancias está constituida por funcionarios (policías, jueces, penitenciarios) que, atendiendo a diversas condiciones materiales y sociales en que desenvuelven su actividad, interpretan y aplican las normas penales de acuerdo a muy diferentes motivaciones, con lo cual la verificación de su eficacia no depende sólo tampoco en saber cómo reaccionan los sujetos a quienes aquéllas se dirigen.

Si la sociología del derecho se ocupa de los comportamientos humanos en relación con las normas, una sociología que analice los comportamientos de quienes deben hacer cumplir los mandatos y las prohibiciones penales, necesariamente ha de ser una disciplina que recabe de la experiencia y de la forma de actuar, propia de los funcionarios, el material que permita analizar el aspecto de aplicación del sistema de control penal. Será, por lo tanto, en este plano, una sociología jurídico-penal de carácter empírico que a su vez se nutra de los conocimientos de una sociología de las profesiones y de otra sociología de las organizaciones. Sus objetivos, en relación con la existencia de un ordenamiento jurídico-penal dado, además de intentar explicar los comportamientos de los portadores de mandatos y prohibiciones que de aquél dimanar, serán también los de individualizar relaciones causales entre tales comportamientos y los de los sujetos objetos de control; avanzar hipótesis de probables imputaciones; investigar motivos del actuar; establecer el grado de incidencia de la previsión normativa sobre la conducta social; descodificar la conducta en la perspectiva de la prescripción normativa como, asimismo, distinguir las escalas de distribución de atributos y cualidades sociales (negativas y positivas) por las instancias de aplicación y, en relación a ellas, establecer las posibles hipótesis explicativas de los comportamientos, de las elecciones y de las opciones (así, De Giorgi, 1982, p. 42).

La puesta en práctica de un instrumental semejante es únicamente posible en un régimen democrático. Por ello, una sociología jurídica

que penetre en los intersticios de esas instancias de aplicación de las normas penales, desvelando los mecanismos que se mueven en el interior de los aparatos policiales, judiciales y penitenciarios, será una disciplina que ayude a profundizar la democracia dentro del Estado, pero dando al mismo tiempo a los ciudadanos un mayor conocimiento acerca de cómo aquéllos operan, los cuales, tradicionalmente, actúan como cuerpos separados:

A) La sociología jurídica se ha ocupado de estudiar con bastante amplitud, en el mundo anglosajón como en el europeo continental, ese ámbito conocido como el de las profesiones jurídicas. Portadores y ejecutores de las ideologías jurídicas dominantes, como jueces y abogados, son un objeto intenso de análisis y conocimiento —como lo ha demostrado la ponencia del Profesor H. Rottleuthner (1988), ratificando estudios anteriores sobre el tema—. En España, y sobre la base de la labor desenvuelta en Italia por Renato Treves, este campo de investigación específica ha comenzado a despertar un interés creciente. Los trabajos pioneros de J. J. Toharia sobre los jueces desde el final de la dictadura (v. 1974, 1975) se han venido enriqueciendo mediante los análisis llevados a cabo por otros estudiosos que han volcado en ellos su propia experiencia y protagonismo en la lucha por una justicia alternativa y más democrática, por una conciencia judicial comprometida que les toca encarar y, en definitiva, por una nueva política del derecho y de la jurisdicción (cfr., por todos, Andrés Ibáñez, 1978; Movilla Alvarez, 1981, y ambos juntos, 1986). En cambio, la vida profesional de los abogados, sus intereses e ideologías profesionales, tan investigados en otros ámbitos, han merecido en España una atención más limitada (cfr. Zaragoza, 1975, 1982).

Con ese ajustado pero ya importante material es hoy posible que los españoles conozcan las virtudes y los defectos de su administración de justicia, que si bien, además, merece ya una preferente consideración hasta por el periodismo diario, en cambio es escasamente tenida en cuenta —salvo por algunos seminarios aislados y en trabajos doctorales que afortunadamente son más frecuentes— en el campo de los estudios e investigaciones universitarias.

La aparición de ciertas formas de conflicto en el seno de la Magistratura (un fenómeno particularmente sensible en Italia y en Francia, menor en la República Federal de Alemania y especialmente notorio hoy en la España democrática) ha estimulado en algunos aspectos las investigaciones orientadas con preferencia sobre las decisiones asumidas por jueces y magistrados y al trabajo desarrollado en concreto por todos aquellos funcionarios vinculados a las oficinas judiciales. Según P. Marconi, la novedad que comportó el asociacionismo conflictual y político de los magistrados italianos —objeto de una abundante literatura— a partir de comienzos de los años 60, estuvo dada por la contestación dirigida no únicamente contra los vértices de la pirámide judicial o las interconexiones existentes entre el sistema poli-

tico y los vértices del subsistema justicia (que en la actualidad se ha morigerado visiblemente a consecuencia del proceso de desjerarquización acaecido en la estructura judicial italiana), pero también, horizontalmente contra el universo jurisdiccional que es observado por los operadores pertenecientes al mismo ámbito (cfr. Marconi, 1984, p. 7). En este sentido ha sido verdaderamente modélico el estudio que G. Rebuffa ha hecho sobre el desenvolvimiento de las ideologías judiciales y la influencia que sobre ellas han tenido en Europa y en Italia el contenido de las representaciones doctrinales en tema de jurisdicción y de organización del sistema judicial (cfr. Rebuffa, 1986, esp. cap. 3.º, pp. 81-118).

Es a todas luces evidente que en España ha tomado vuelo una conflictividad semejante. Esto ocurre más allá de las matrices de conflicto que se vinculan con el inveterado problema de los recursos materiales e infraestructurales para la justicia, lo que más bien parece responder a una concreta estrategia de control «duro» que apoya particularmente sobre dos polos: una policía eficaz para controlar los procesos de *ghettización* urbana, por un lado y una cárcel brutal —de máxima seguridad— para amedrentar a eventuales desviados y disidentes (cfr. Bergalli, 1985), por el otro.

Para una correcta ubicación de la jurisdicción en el marco institucional del Estado, presta un inestimable servicio el conocimiento de aquellos conflictos que reflejan diversas actitudes e ideologías profesionales. De este modo, hoy es perceptible en España una penetración de juicios de valor en la actividad jurisdiccional, tradicionalmente neutral. Esto proviene del mayor compromiso que los jueces están asumiendo con la realidad social, por una parte y, por la otra, a causa del debate surgido en el seno de la propia clase judicial con motivo de la ambigüedad que todavía rodea a la labor del órgano de cogobierno de la Magistratura: el Consejo General del Poder Judicial. Todo esto va a redundar, como ha ocurrido en otros ámbitos culturales, en cambios a producirse en el campo de la interpretación del derecho, a favor de una mayor utilización de la Constitución por los jueces para abrir espacios allí donde el ordenamiento jurídico no es explícito. En definitiva, es posible que se esté en los prolegómenos de una transformación en las políticas del derecho que a su vez serán animadas por la presencia de ideologías contrapuestas, expresadas por la diversificación entre las distintas asociaciones de jueces.

B) Si bien es verdad que la instancia judicial se convierte en el momento central de aplicación de las normas penales, no debe soslayarse en un análisis de conjunto sobre el sistema de control penal la intervención de la instancia policial, antes y durante la actividad del juez, ni la de la instancia ejecutivo-penal o penitenciaria, después de la decisión jurisdiccional y por ésta controlada.

Las actitudes y determinaciones que los funcionarios encargados de tales intervenciones adopten, respecto de los individuos sobre los

cuales se descarga la actividad policial y la penitenciaria, están preñadas de un elevado potencial sancionatorio y negativo. El complejo de momentos en los que se despliega una concepción de la justicia penal, articulada en las intervenciones de la policía, los tribunales de justicia y la cárcel, ha recibido una consideración como *procesos de criminalización*, según la perspectiva interaccionista. Por eso, es de toda necesidad conocer y valorar los tipos de conflicto que atraviesan las instituciones policial y penitenciaria; tanto aquellos que las presentan enfrentadas con la actividad de la administración de justicia (como acontece en los últimos tiempos en España), cuanto los que sacuden internamente a los cuerpos profesionales de funcionarios que las conforman, para luego así poder discernir las motivaciones sociales y políticas del etiquetamiento que producen esas instancias.

En el ámbito de la policía, especialmente en el caso español, la existencia y diferenciación entre policías del Estado central, autonómicas y locales o entre militarizadas y no, constituye un tema de verdadero interés que influye en el comportamiento final de los funcionarios. Son aquí también motivo de análisis sociojurídico las expresiones corporativas de los funcionarios, mediante las cuales —sindicatos o asociaciones— es posible verificar el nivel de empleo político que ellos puedan mantener con la realidad social. Hay en la literatura comparada una variada muestra de investigaciones llevadas a cabo en Europa y América del Norte sobre el comportamiento policial (Feest-Lautmann, 1971; AJK, 1975; Bernardi, 1979; Girtler, 1980, como muestras del primer ámbito, y Skolnick, 1967; Bittner, 1980, del segundo); pero en España la investigación sociológica sobre la policía prácticamente no existe, más allá de los testimonios que se acaban de dar en torno al proceso de feminización que se está manifestando en el funcionariado (cfr. De Miguel-Martí, 1988).

V. SOCIOLOGIA DEL CONTROL PENAL Y POSICIONES DE LA CRIMINOLOGIA CRITICA: COINCIDENCIA

Llegados a este punto parece demostrada la complejidad y la articulación de lo que se ha denominado *sistema de control penal*, descompuesto en dos niveles: el de las normas jurídico-penales (y procesos) y el de las instancias de aplicación de ellas.

Pero aquí es oportuno señalar un tema que tiene particular interés a la hora de distinguir campos colindantes entre la llamada *sociología del control penal* y de lo que se conoce como criminología crítica. En efecto, si es verdad que esta última reúne un conjunto de posiciones con discursos no homogéneos e incluso con matices ideológicos distantes, provenientes unas de las ciencias sociales liberales y otras de la sociología radical, uno de sus méritos mayores es el de haber conformado un unitario objeto de conocimiento polifacético.

Está demostrado que a través del tiempo de formación de una reflexión criminológica, sobre ella han venido influyendo distintos sistemas de pensamiento con diferentes visiones del mundo, los cuales, a su vez, han contribuido a la configuración de distintos cambios en la forma-Estado. Todo ello ha contribuido agregando nuevas facetas a ese objeto de conocimiento criminológico. Así el Iluminismo definió al delito como ente jurídico y puso la primera base de un control punitivo limitado, propio al Estado liberal-burgués; el Positivismo configuró al *uomo delinquente* que atrajo el interés de algunas ciencias naturales, legitimándose con sus aportes las primeras formas de intervencionismo estatal para corregir la personalidad criminal; el Funcionalismo amplió el campo de las conductas observadas por la criminología, introduciendo la desviación o comportamiento desviado como generadora de una cierta reacción social, lo que si bien expandió el campo del control social en aras de un mayor *Welfare*, también reconoció una extensión del pluralismo democrático, y el Interaccionismo simbólico, al concentrar su atención sobre los aspectos definicionales de la conducta humana y cómo influyen sobre ella la reacción que en los demás provocan los distintos gestos significantes, permitió analizar los procesos simbólicos de definición —conformados por esos elementos que tienen lugar en los ámbitos del control social duro— allí donde se construye la identidad desviada o delincuente.

Es a partir de este último aporte cuando se desplaza el interés de la disciplina criminológica por la criminalidad, hacia la criminalización, y se produce entonces lo que ya se conoce como una «revolución científica» que dejó de lado el paradigma etiológico (o de las causas del delito) para aplicar el paradigma del control. Pero todavía faltaba la vinculación estructural para entender cuáles son los referentes materiales y estructurales que demarcan eso que ya se ha denominado con propiedad como la *cuestión criminal*. Así fue que el análisis materialista dialéctico que la cultura marxista ha desarrollado, permitió comprender hasta qué punto la vieja criminología, en especial la positivista y los distintos objetos de conocimiento por ella elaborados, transmitían una visión ideologizada de la criminalidad y cómo el derecho penal —eje central y disciplina dominantes en el estudio de aquella— era el principal irradiador de ideologías sobre todo el sistema de control penal.

El hecho que este control se mantenga estructurado aún sobre principios que parecen consubstanciados con él, sin que las ensayadas tentativas humanizadoras de sus intervenciones puedan conmoverlo, revela que los progresos y los desarrollos que han tenido lugar en el plano de las relaciones entre Estado y sociedad civil, poco han influido para morigerar las expresiones más aberrantes de dicho control.

La segregación y la privación de libertad, como pena reina del sistema, ha de ser quizá el signo que caracteriza su retribucionismo. Pero es sin duda la cárcel contemporánea, con todas sus atrocidades,

sus crueldades y atropellos lo que provoca más rechazo a todo el sistema que, por lo demás, está plagado de continuas y reiteradas violaciones de las garantías, llevadas a cabo por la policía y los mismos tribunales de justicia, garantías que, paradójicamente, son exaltadas por el propio discurso normativo.

Esta situación se ha agravado en los últimos diez años, tanto en los países conocidos como centrales cuanto en los llamados periféricos o subdesarrollados. En los primeros, pues la criminalización de las formas violentas del disenso político, mediante la legislación penal y procesal de carácter excepcional, ha arrastrado tras de sí a buena parte del sistema de justicia penal ordinario. El recorte de ciertos derechos fundamentales en el proceso penal es una prueba de esa «cultura de la emergencia» que ha inficionado la filosofía punitiva de los llamados Estados sociales. Mientras tanto, en los segundos países, el desenfado autoritario, característico de la injusticia social dominante, ha llevado a una utilización obscena del sistema penal, sobre todo en los lugares donde han sido regímenes militares los ejecutores de una política criminal terrorista.

Ante el deprimente cuadro que presenta el sistema de control penal contemporáneo y la manipulación que constantemente hace el Poder de los conceptos de criminalidad y delito o conductas afines, los cuales se emplean precisamente en detrimento de las clases sociales más sufridas y subalternas, han nacido diversos movimientos, ordenados, unos por la erradicación del sistema penal tal como se conoce para volver a formas privadas de solución de los conflictos; otros, por una restricción del sistema, empleando estrategias descriminalizadoras y despenalizadoras, pero postulando con énfasis una elevación del techo de las garantías, y, finalmente, los últimos, guiados por una utilización del sistema para que atienda precisamente a la protección de las mayorías sociales desprotegidas, sobre las cuales se descarga toda la dureza de la criminalidad en las calles. De este modo, el *abolicionismo* escandinavo (Mathiesen, Christie, Hulsman), el llamado *derecho penal mínimo* (Baratta, Ferrajoli, Pavarini) y el *realismo de izquierda británico* (Young, Lea, Matthews), se presentan como las posiciones más salientes de la criminología crítica que coinciden con una sociología del control penal en una revalorización de todos los niveles del sistema.

BIBLIOGRAFIA

- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (1978): *Política y justicia en el Estado capitalista* (edición a cargo de), Libros de Confrontación-Filosofía, 11, Fontanella, Barcelona.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., y MOVILLA ALVAREZ, C. (1986): *El Poder Judicial*, Temas Clave de la Constitución Española-Tecnos, Madrid.
- BARATTA, A. (1974): *Sociologia giuridica e sociologia del diritto penale*, en «La sociologia del diritto: un dibattito», publicado en Sociologia del diritto, I, núm. 2, Milano, pp. 245-263.

- BARATTA, A. (1985): *Integración-prevención: una «nueva» fundamentación de la pena dentro de la teoría sistemática*, en «Doctrina Penal», 8, núm. 29, enero-marzo, Buenos Aires, pp. 2-26. Original italiano: *Integrazione-prevenzione. Una «nuova» fondazione della pena all'interno della teoria sistemica*, en «Dei delitti e delle pene», II, núm. 1, gennaio-aprile 1984, Bari, pp. 5-30.
- BARATTA, A. (1986): *Criminología crítica y crítica del Derecho penal*, Colección Nueva Criminología y Derecho-Siglo XXI, México. Original italiano: *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Quaderni della rivista «La questione criminale», 5, il Mulino, Bologna 1982.
- BERGALLI, R. (1985): *Realidad social y cuestión penitenciaria* (Una visión desde España sobre el centro del sistema capitalista), en «Doctrina Penal», 8, núm. 31, julio-septiembre, Buenos Aires, pp. 363-377.
- BERNARDI, A. (1979): *La riforma della polizia* (Smilitarizzazione e sindacato), Istituzioni italiane, número 2, Giulio Einaudi editore, Torino.
- BITTNER, E. (1980): *The functions of police in modern society*, 2.^a ed., Cambridge Mass.
- BOBBIO, N. (1968): *Teoria della norma giuridica*, Giappichelli, Torino.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. (1984): *Manual de Derecho penal. Parte general*, Ariel, Barcelona.
- CALLIES, R.-P. (1974): *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Fischer, Frankfurt a.M.
- DE GIORGI, R. (1979): *Scienza del diritto e legittimazione* (Crítica dell'epistemología tedesca da Kelsen a Luhmann), Coll. Ideología e società-De Donato, Bari.
- DE GIORGI, R. (1981): *Materiali per una teoria sociologica del diritto*, Dispense dal corso di lezioni tenute alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bologna, Anno accademico 1980-81, Bologna.
- DE MIGUEL, J. M., y MARTÍN, M. (1988): *La feminización de la profesión policial*, Ponencia en las «Jornadas sobre la Investigación y la Enseñanza de la Sociología Jurídica», Universidad de Barcelona, 7-9 abril.
- DÍAZ, E. (1984): *De la maldad estatal y la soberanía popular*. Colección Universitaria-Editorial Debate, Madrid.
- DURKHEIM, E. (1982): *La división del trabajo social* (trad. C. G. Posada), estudio preliminar Luis R. Zúñiga, Akal/Universitaria-Serie sociología, 39, Madrid.
- FEEST, J., y LAUTMANN, R. (1971): *Hrsg. Die Polizei: soziologische Studien und Forschungsberichte*, Westdeutscher Verlag, Opladen.
- GIRTLE, R. (1980): *Polizei-Alltag. Strategien, Ziele und Strukturen polizeilichen Handelns*, Düsseldorf.
- HESS, H. (1983): *Il controllo sociale: società a potere*, en «Dei delitti e delle pene», I, n. 3, settembre-dicembre, 499-524.
- HOBBS, Th. (1909): *Leviathan, or the Matter, Forms, and Power of a Common-Wealth Ecclesiasticall and Civil*, reimpresión de la edición de 1951, Oxford, cit. por H. Hess, en *op. cit. supra*.
- JAKOBS, G. (1983): *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, W. de Gruyter, Berlin-New York.
- KERNER, H.-J. (1985): *Kriminalistih*, en «Kaiser/Kerner/Sack/Schelhoss (Hrsg.), Kleines Kriminologisches Wörterbuch», UTB-C. F. Müller, Heidelberg, pp. 260-267.
- LUHMANN, N. (1972): *Soziologie als Theorie sozialer Systeme*, en «Soziologische Aufklärung. Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme», vol. I, Westdeutsche Verlag, Opladen.
- MAIR, L. (1965): *An Introduction to Social Anthropology*, Oxford Univer-

- sity Press. Versión en castellano: *Introducción a la antropología social*, AU, núm. 67, 2.ª ed., 1986.
- MARCONI, P. (1984): *Economie della giustizia penale*, Marsilio editore, Venezia.
- MELOSSI, D. (1980): *Oltre il «Panopticon». Per uno studio delle strategie di controllo sociale nel capitalismo del ventesimo secolo*, en «La questione criminale», VI, núms. 2-3, Bologna, pp. 277-361.
- MIR PUIG, S. (1982): *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona.
- MOVILLA ALVAREZ, C. (1981): *El autogobierno de la justicia*, en «Los comunistas y la reforma de la administración de la justicia», C. Movilla Alvarez y otros, Madrid.
- O'CONNOR, J. (1973): *The fiscal crisis of the State*, St. Martin's Press, New York. Hay traducción en castellano (G. Di Masso, J. M. Custodio, R. Coll y M. A. Galmarini), *La crisis fiscal del Estado*, homo sociologicus-ediciones Península, 24, Barcelona, 1981.
- OFFE, C. (1973): *Strukturprobleme des kapitalistischen Staates*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt a.M.
- PARSONS, T. (1976): *El sistema social* (trad. J. Jiménez Blanco y J. Cazorla Pérez), Biblioteca de la Revista de Occidente, Madrid. Original inglés: *The social System*, The Free Press of Glencoe, New York, 1959.
- REBUFFA, G. (1986): *La funzione giudiziaria. Lezioni introduttive*, Giappichelli, Torino.
- ROTTLEUTHNER, H. (1988): *Sociología de las profesiones jurídicas*, en «Jornadas sobre la Investigación y la Enseñanza de la Sociología Jurídica», 7-9 abril, Barcelona.
- SKOLNICK, J. (1967): *Social Control in the Adversary System*, en «Journal of Conflict Resolution», 11, 52-70.
- TOHARIA, J. J. (1974): *Modernización, autoritarismo y administración de justicia en España*, Colec. Los Suplementos, número 51, «Cuadernos para el Diálogo», Madrid.
- TOHARIA, J. J. (1975): *El juez español. Un análisis sociológico*, Colec. de Ciencias Sociales-Serie de Sociología, Tecnos, Madrid.
- TREVES, R. (1987): *Sociología del diritto. Origini, ricerche, problemi*, Einaudi, Torino. Hay versión en castellano (trad. M. Atienza), Ariel, Barcelona.
- WEBER, M. (1976): *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der Verstehende Soziologie*, 5. Revidierte Auflage, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen. Hay versión en castellano (trad. E. Imaz, J. Medina Echavarría, E. García Maynez, J. Roura Parella y J. Ferrater Mora), «Economía y Sociedad», Fondo de Cultura Económica, 2.ª ed., México, 1944.
- WEBER, M. (1975): *El político y el científico* (trad. F. Rubio Llorente), Introd. R. Aron, El libro de Bolsillo, 71, Alianza, Madrid. Original alemán: *Politik als Beruf, Wissenschaft als Beruf*, Duckner & Humblot, Berlin-München.
- ZARAGOZA, A. (1975): *Abogacía y política*. «Cuadernos para el Diálogo», Madrid.
- ZARAGOZA, A. (1982): *Los abogados y la sociedad industrial*, homo sociologicus 26-ediciones Península, Barcelona.
- ZAFFARONI, E. R. (1980): *Tratado de Derecho penal. Parte General*, t. I, Ediar, Buenos Aires.