

## **CAPÍTULO II.**

### **LA LEY EN ACCIÓN. LA INEFECTIVIDAD DE LA LEY**

Este capítulo profundizará la exposición teórica precedente construyendo de manera más sólida la distancia que hemos tomado de aquello que denominamos la “sociología de los desfases”, cuyos presupuestos son compartidos por la corriente de investigación anglosajona denominada *law-in-action* (ley en acción). La sociología de los desfases se observa hasta en las prácticas de investigación y las acciones ciudadanas y militantes, que ciertamente merecen apoyo y respeto. Sin embargo, en el ámbito científico parece ser necesario alejarse de los presupuestos jurídicos que siguen afectando al estudio de las actividades penales, el cual aún se encuentra sometido a la idea de que el derecho sería la norma e incluso el sujeto de la acción.

No se trata de hacer una “sociología del derecho sin el derecho” (García, 2011, p. 422), sino más bien de observar el débil poder del derecho en la determinación de las prácticas, ya sea porque otras normas rivalizan con él en la acción de los sujetos de su aplicación, o ya sea porque la racionalidad penal prevalece en la representación de la acción mucho más que el derecho mismo. Cualquiera que sea el caso, incluso cuando no están determinados por el derecho, los actores que lo aplican no son “subjetivos” sino, más allá de ser simples aplicadores de leyes, estos se enfrentan a conflictos entre normas o son portadores de racionalidades rivales.

Uno de los problemas que presentan algunas concepciones sociológicas de las prácticas penales, y que contribuye a la sociología de los desfases, es la clásica oposición entre *law-in-books* (ley en los libros) y *law-in-action* (ley en acción). El curso impartido en la *University College London* (UCL) formula de este modo en su página de Internet las preguntas que se plantea la representación del derecho en acción: “¿Qué es el Derecho? ¿Cómo se crea y cómo se estudia? ¿Quiénes son los actores claves del sistema jurídico? ¿Cómo trata el Derecho a las personas socialmente favorecidas y a las desfavorecidas? ¿Cuál es el papel del público en el sistema de justicia? ¿Cómo el Derecho puede plantear a la sociedad sus preguntas que son a la vez complejas y sujetas a debate?”. Si estas preguntas pueden ser consideradas como interesantes y merecen ser tomadas en cuenta en la formación de los juristas, estas están orientadas por el lugar central que se le otorga al Derecho cuando se piensa en las prácticas sociales. Estas preguntas son planteadas por el *legal realism* (realismo jurídico) y no por una ciencia social interesada en las prácticas en donde el Derecho se atribuye normativamente la determinación de las mismas.

Ciertamente, la acción penal no tiene lugar sin referencia a la ley, pero ¿esto quiere decir que la ley actúa? A veces podríamos decir que sí, y por ello esta constituye un soporte (frecuentemente frágil) de legitimidad. Sin embargo, a menudo, otros recursos de producción de legitimidad entran en competencia con el recurso de tipo jurídico o se asocian a este. Cuando se sostiene esta opción, como lo hace el *law-in-action*, la acción toma dos formas muy distintas.

La primera es la *creación* y se asocia a una concepción de la enseñanza del derecho. La página web de la *University of Wisconsin Law School* utiliza una bonita metáfora: “conocer las leyes es como aprender a tocar las escalas musicales cuando estudiamos un instrumento. Tocar las escalas es esencial, pero esto no es música. Conocer la ley, es esencial, pero esto no es ser un jurista” (Clune, 2013). Esta dimensión creadora, en primer lugar, descansa sobre dos propuestas teóricas. De acuerdo con la primera, la influencia de la ley sobre las decisiones tomadas en su nombre es indeterminada en razón de la incidencia que tienen otros factores: “si observamos el derecho desde una perspectiva ‘*bottom-up*’ (de arriba hacia abajo), típica de la corriente ‘*law-in-action*’, este es solo uno de los elementos que pueden considerar entre la gran cantidad de otros elementos que existen, la pertinencia de estos es indeterminada y varía según el contexto fáctico, económico social y legal” (*ibid*). En segundo lugar, la predicción del papel “indeterminado” de la ley es posible gracias a la experiencia del actor y a la investigación empírica del investigador. Esto exige además pensar en una enseñanza del Derecho que no se limite al *law-in-books*, así como una investigación empírica sobre el Derecho que no descansa únicamente en la ley, la doctrina y la jurisprudencia. “El conocimiento [útil para los estudiantes de derecho], a propósito del *law-in-action*, proviene de dos fuentes: la práctica del derecho y la investigación del tipo ‘*law-in-action*’ (basada en los métodos empíricos y en las teorías de las ciencias sociales)” (*ibid*).

La segunda forma de la acción del derecho, concebida en la lógica del *law-in-action*, revela el hecho de que la acción, por muy creativa que sea –y sin duda alguna lo es– remite a la *desviación* con respecto a la ley (“de los libros”), desviación que se trata de corregir cuando esta no es conveniente; el desfase constatado se transforma en la inculpación del actor. Lo mismo sucede con la aplicación de la ley como en su creación. Ahora bien, si se desea realizar una sociología de las prácticas, es para comprender las normas, los factores determinantes y las formas, sin que intervenga ninguna intención jurídica o sin que se otorgue preferencia alguna a la ley en la observación indeterminada de las prácticas. Mi crítica podría formularse de manera radical y abstracta por medio de la siguiente

cuestión retórica: ¿la sociología de las prácticas penales forma parte de la sociología del derecho? La respuesta es afirmativa ya sea por acuerdo, por comodidad disciplinaria, o simplemente para constituir redes de investigadores. Sin embargo, desde un desde ámbito epistemológico la respuesta es menos cierta.

El problema que presenta una sociología de los desfases está bien expuesto por Pierre Lascoumes (1990). La dificultad que presenta el estudio del desfase entre la ley y su práctica es de cierta manera la misma que aquella que se presenta en el estudio del desfase entre la norma y la desviación. La sociología de los desfases presupone que la ley es vinculante –que esta *debe* determinar las conductas– y que el desfase que afecta a su destinatario, debidamente observado por la sociología, *debe* ser corregido. Por ende, Lascoumes pone de relieve el defecto normativo de una problematización evaluadora de las políticas públicas que se realiza por medio del examen de la ineficacia relativa, medible y reprochable de la ley.

Solamente hay un paso entre una sociología de la desviación y las recomendaciones correctivas que de ella se deducen. Una obra de Stephen Pfohl (1994) se dedica eficazmente a la demostración de las relaciones de filiación histórica entre teorías criminológicas y prácticas penales, sociales o terapéuticas. Puede ser también que, por homología, exista solamente un paso entre una sociología penal y las recomendaciones correctivas que se inspiran de ella. Es más adecuado estudiar las prácticas penales en referencia a la sociología de las profesiones y de las organizaciones que en referencia a una perspectiva sistémica, accionista o pragmática, en el marco de las cuales la ley tiene, en principio, un lugar reducido. En este marco, las prácticas no se refieren constantemente a la ley para su evaluación, sino solamente de manera residual para su legitimación. La postura propuesta en estas líneas se une a la demarcación realizada por Michel Foucault respecto a una “concepción jurídica del poder”, y por tanto rechaza poner en el centro el análisis “del principio general de la ley”, prefiriendo poner en su lugar “las prácticas complejas y múltiples de gubernamentalidad” (citado por Lascoumes, 2004) y sus instrumentos.

De esta manera se trata de comparar explícita o implícitamente las prácticas penales a su codificación legal. Así, por ejemplo, los jueces entrevistados sobre sus prácticas profesionales a menudo comienzan las entrevistas indicando que su trabajo está *efectivamente* enmarcado por las restricciones legales, ya después no se habla de ello. Este hecho puede asimilarse a “un recordatorio de la ley” destinado a que la persona no olvide rendirle honores a la ley y confirme a su interlocutor el marco –y no el cierre– de su trabajo. Si hace falta retener (y mantener) algo de la distinción entre *law-in-books* y *law-in-action* que sea pertinente para la