

**CAPÍTULO III.**  
***ACTION WITH LAW* (ACCIÓN CON LA LEY)**  
**LA MOVILIZACIÓN DE LOS RECURSOS NORMATIVOS**

La racionalidad legal democrática, tal como se la enseña y se le difunde en las comunicaciones cotidianas y comunes de la ciudadanía, en otras palabras, en las interfaces entre la sociedad y el Estado, sugiere un orden silogístico de acción: en primer lugar, la ley es promovida, adoptada y clarificada; enseguida, eventualmente esta se transgrede; y, finalmente, frente a estas transgresiones, la ley es aplicada. La sociología penal hizo notoria esta secuencia legal por medio de una pareja conceptual dejando de lado la transgresión: la criminalización primaria (o creación de la ley) y la criminalización secundaria (o la aplicación de la ley). Si bien el orden (que los calificativos “primario” y “secundario” sugieren) respeta una lógica democrática garantista (en donde no existe un procedimiento penal que no esté justificado por una transgresión de la ley previamente establecida), este no explica los procesos que conducen a la creación y a la aplicación de la ley. Las siguientes líneas servirán para mostrar que la acción penal no necesariamente respeta el orden legalista que se acaba de presentar y que las secuencias visibles de la acción política y administrativa son múltiples. Tres fenómenos distintos son testigo de las inversiones o rupturas empíricas que experimenta el orden clásico entre la creación, la transgresión y la aplicación de la ley. Para ello, es necesaria una revisión de los mecanismos de elaboración de la ley. Posteriormente se analizará aquello que —erróneamente— se ha denominado como aplicación de la ley.

**§ 1. La creación de la ley: la movilización política de un recurso**

La lectura jurídica de la creación de la ley es el trabajo de una o más asambleas parlamentarias, iniciada por la presentación de un proyecto (gubernamental) o propuesta (parlamentaria). Esta lectura hace destacar el producto, así como el proceso estrictamente jurídico y el lugar de su adopción. Esta ignora la interacción de las conflictivas fuerzas sociales en la reivindicación legal y en la resistencia que se le oponen. Asimismo, no nos dice nada sobre el juego de las fuerzas políticas también conflictivas que se manifiestan en el acuerdo final adoptado, y en las problemáticas pragmáticas o simbólicas atribuidas a su posible aplicación. Finalmente, también se oculta la multiplicidad de escenarios en los que la ley se crea. Al respecto, podemos mencionar la extraordinaria capacidad de los actores de la aplicación de la ley para intervenir en su creación.

La justicia penal no sería nada sin el marco jurídico que le da forma, racionalidad y legitimidad. Este marco es el derecho penal y el derecho procesal penal. El concepto central de este capítulo es la criminalización siguiendo la idea formulada por Lacey: “Escapando de la representación de la delincuencia como algo ‘concreto’, la idea de criminalización captura la naturaleza dinámica del campo como un conjunto de prácticas (los momentos ‘definir’ el crimen y ‘reaccionar’ ante este) que rara vez pueden distinguirse por completo” (Lacey 2007, p. 197). Es importante señalar una lectura luhmanniana preferirá disociar la creación de la ley y su aplicación (véase Nelken, 1987), considerando que la primera forma parte del sistema político, y la segunda pertenece al sistema jurídico. Así, por ejemplo, Nobles y Schiff (2001) consideran incongruente estudiar de manera concomitante el derecho penal y la justicia penal en un mismo libro. Los conceptos de criminalización primaria (elaboración de la ley) y criminalización secundaria (aplicación de la ley), en cualquier caso, tienen la ventaja de explicar la existencia de procesos, diferentes pero comparables, de movilización conflictiva del recurso legal. Estos también permiten considerar que una ley *finalmente* tendrá sentido y funcionará únicamente gracias a su aplicación, esto en el contexto de las complejas interacciones que se producen entre el sistema de administración de justicia penal y sus sujetos.

Podemos considerar que la distinción, actualmente considerada como clásica, entre la creación de la ley y su aplicación aún se basa en una conceptualización burocrática de la que la sociología no se puede alejar. Asimismo, podemos ver que los términos de Lacey se refieren a la criminalización solamente bajo el aspecto de la definición de un delito. A esta concepción restrictiva de la criminalización primaria le debemos agregar la hipótesis de la despenalización (la derogación de una ley que toma los mismos procesos de su creación), así como la hipótesis de una modificación legislativa del derecho penal general (condiciones generales de incriminación) o del derecho procesal penal. Además, si el derecho constituye un marco surge la siguiente pregunta: ¿es este el marco de la acción o el marco de la legitimación de la acción?

Hacer del derecho el *marco* de la acción conduce a privar la ley de su rol fundamentalmente normativo. Probablemente podamos ir más lejos promoviendo una segunda privación al otorgar a la ley *un* doble estatus: *el instrumento de la acción y el marco de su legitimación*. La integración sociológica de la creación de la ley y el orden jurídico en el ámbito de la justicia penal (ver Hebberecht, 1985; Levy, 2002) hace posible producir efectos desconcertantes en la lógica jurídica: en efecto, la ley no solo pierde su estatus de referencia suprema, sino que también se le observa como un

instrumento de acción “como cualquier otro”. Su status presenta características que permiten comprender por qué es llevado al estatus de instrumento *institucional*. En efecto, en los grupos sociales complejos, lo que se denomina como “ley” sirve para llenar el déficit de normas informales (e informalmente sancionadas) que ya no son suficientes debido a que la complejidad de los grupos sociales se caracteriza, entre otros aspectos, por el apartamiento de sus miembros: “las relaciones ya no se reducen a una interacción inmediata cara a cara, muchas de ellas solamente tienen un carácter mediato” (Robert, 1998, p. 304). Por lo tanto, las normas de estos grupos sociales deben estar institucionalizadas y deben someterse a “los procesos y reglas *políticas* que enmarquen la [...] negociación y la toma de decisiones en materia pública” (*ibid.*, p. 304). Al respecto, la ley puede considerarse como un mediador de las relaciones a distancia entre sujetos que no se conocen entre sí. La norma es jurídica, es decir, instituida. Esto significa que “su creación y su implementación son confiadas a instituciones especializadas (incluso si su competencia no se reduce necesariamente a esto, o si una institución puede acumular estas funciones o si, por el contrario, cada una de estas pueden ser fragmentadas o divididas entre varias instituciones)” (Robert, 1997, p. 59). Como lo hemos visto anteriormente, el sistema penal está compuesto por múltiples agencias que no están necesariamente dedicadas por completo a la criminalización. Muchos sistemas se cruzan con los nodos institucionales que son formados por estas agencias: así, el Parlamento no solo vota leyes penales, la policía también dispone de competencias administrativas, la oficina del fiscal también ejerce acción civil, los tribunales no solo conocen de casos penales, no todas las personas arrestadas y privadas de libertad son condenadas por una infracción penal.

### **A) El rol político de las situaciones problemáticas**

Una situación problemática (calificada de transgresión) puede ser la primera en el orden de aparición de la movilización del recurso legal. En efecto, las situaciones problemáticas inspiran la creación de la ley y esta última otorgará a las primeras un estatus penal nuevo o fortalecido. Dicho esto, Malcom Feeley realiza una advertencia en contra del pensamiento que afirma la existencia de un vínculo automático entre la situación problemática y la movilización del recurso legal: la autoridad de la ley, su imposición y su desempeño se hallan más vinculados a los procesos informales de movilización implícita de la ley que a los procesos de control formal organizados por ley y destinados a aplicarla: “A menudo la ley es puesta en marcha por personas que la aplican a sí mismas y entre sí, sin la