

Ley y comportamiento: hacia el valor de un proceder sumatorio

José Carlos Argueta

I. Multiplicidad contextual

El trato común de la condición humana, en relación con su comportamiento social, ha sido fuente de grandes discusiones y teorías, esta amplia diversidad de propuestas ha tenido diferentes aproximaciones en su explicación. Entre ellas podemos mencionar las antropológicas, culturales, psicológicas y económicas¹. El rol y la presencia de las regulaciones dentro de la interacción social es ubicuo, es posible palpar su realidad, pero no su efectividad. Pareciera ser que el conocimiento certero al respecto de su impacto no es tan evidente, ¿Cómo identificar y responder a esta problemática, y principalmente, bajo que lente o disciplinas se contactan las condiciones de una ley y reglas efectivas de la sociedad contemporánea?

Un obstáculo primario es la ausencia de comunicación de estos campos del conocimiento. Se ha preferido un curso aislado en el abordaje de la pregunta y ciertamente esta fractura ha dirigido hacia una desorganización global y casi total de los esfuerzos del hombre por entenderse mejor tanto individual como colectivamente.

El primer factor importante que considerar es sobre el peso de la comunicación. Un Estado de Derecho no tiene ningún efecto si nunca logra llegar a su audiencia deseada. Esto aplica de igual manera al conocimiento del contenido legal, la claridad de la ley depende a su vez de una dinámica activa de los *brokers* de la información y su influencia entre el flujo legislativo y

¹ Entre ellas podemos colocar las propuestas de autores como Daniel Kahneman, Adam Smith, David Ricardo, John Stuart Mill, Lionel Robbins y otros.

los ciudadanos. Una vez la ley ha sido comunicada, los individuos tienen las siguientes opciones: a) la aceptan b) se resisten a ella y c) es evadida o “ajustada”.

Existen tres elementos o motivos que definirán qué respuesta será seleccionada: primero, la esfera de la recompensa y del castigo, en segundo lugar, se encuentra la influencia social o de grupo y finalmente, la compleja esfera de la conciencia, legitimidad y moralidad.

Cuando estos tres elementos convergen hacia una dirección en especial, la ley alcanza un efecto determinante; cuando entran en conflicto, el resultado es impredecible y su rechazo o ilegitimidad se torna probable.

La actividad del hombre en sociedad presenta en la actualidad un sinnúmero de retos, la comprensión de su entorno se ha vuelto difusa y repleta de posibilidades, entre algunas de ellas se pueden encontrar los estudios realizados por la criminología, la historia y por supuesto la globalización. El pasado no ha dejado de ser un gran maestro, aceptar esta premisa puede alumbrar un poco más el «proceder a tientas» de la humanidad.

Los estudiosos de los fenómenos sociales hoy en día no pueden ignorar la conexión innegable entre los sistemas legales y la sociedad. Dicha labor presenta grandes dificultades en el carácter comparativo y necesario de las circunstancias específicas de casos, tanto del número nacional como del internacional de los mismos, una situación adicional es la del momento vivido en concreto, es decir, la traducción y aplicabilidad del concepto de ley en un entorno siempre cambiante que a su vez e inevitablemente afecta su actualidad, aceptación o rechazo. Tanto Douglas North como Friedrich von Hayek teorizaron sobre esto, el movimiento de las instituciones a través del tiempo² y la condición de cambio sobre ellas. Algunas preguntas surgen a partir de aquí. Si las leyes, decisiones, reglas y regulaciones son producto social ¿Cómo armonizar los intereses, planes y expectativas de las personas particulares? Los

² Hayek elaboró una filosofía social a partir de una comprensión evolutiva de las instituciones, siendo la ley una de ellas, al pasar por un proceso de aceptación y continuidad la ley alcanza un sitio fundamental, se formaliza. Estas normas descubiertas espontáneamente, inician el desarrollo civilizatorio de Occidente, formalización que cumple una finalidad beneficiosa para la paz y la cooperación social. North por su lado propone desde un panorama histórico los cambios y los desarrollos institucionales.

cambios sociales dejan en la ley un matiz peculiar, la unión entre sociedad y ley en cuanto cambios graduales de ambas pueden ser vistos en los fenómenos clave como lo fueron la Revolución Industrial, la Revolución Gloriosa, el surgimiento de la democracia, el movimiento a favor de los derechos humanos y muchos más. La pulsión social afecta la ley y la ley afecta dicha pulsión a su vez.

Los conflictos o las conquistas del hombre pueden ser observadas en esta relación comunicativa entre ley y sociedad. Históricamente se ha sujetado la idea de autonomía de la ley ante la contingencia de los momentos sociales específicos y ello ha puesto en cuestión el sistema legal, siendo cuestionado continuamente bajo el criterio de aplicación y contemporaneidad ¿hasta qué punto y grado los sistemas legales en general se trasladan y cambian con independencia de las fuerzas sociales? ¿Cuál es el límite de esta sujeción a una lógica interna? El contexto social es determinante en dicha exploración.

Al estudiar el comportamiento del hombre en relación con la ley es factible obtener un proceder causal, dicho camino por causalidad hace palpable la estrechez entre la ley, regla, doctrina o institución con la actividad y prácticas societarias. Dicho en otras palabras, es probable que el comportamiento se encuentre atado a la ley (y otras directrices sociales). Al aprobar esta vía, el curso principal, una pregunta esencial que es razonable de proponer es ¿Cómo una formulación debida de ley puede educar o enviar una determinada información de efectos conductuales a los individuos? Asimismo, la ley en este proceder pedagógico abre una realidad más: el efecto disuasivo de la ley ante comportamientos antisociales, criminales y de transgresión.

Es entonces una situación relevante preguntarnos no solo sobre la elaboración de la ley, sino que también trasladar el estudio en los efectos conductuales de la misma. Una ley que bajo esta noción se convierte en un elemento viviente, existencial y encadenado a una fuerza histórica de situaciones pasadas y efectos pasados, tiende a ser una ley afianzada; claro que el estudio de la ley puede ser aislado del comportamiento humano, pero esta separación es sencillamente analítica y podemos dar un paso más adelante, puede haber realimentación.

Uno de los primeros en confirmar esto fue directamente Adam Smith³, en una dinámica continua entre acción y reacción, la disposición del sujeto ante la ley y las consecuencias prácticas en la vida de las personas.

Ahora, una vez reconocemos y aceptamos el carácter vital de las normas⁴ realizamos que las mismas dependen, encuentran su razón de ser, en su comunicación. Es decir, una norma no comunicada o incomunicable no tiene sentido ni finalidad; este hecho a su vez nos posiciona ante la relevancia no solo de la comunicación de la ley o la norma, sino que también subraya la relevancia incuestionable de aquello que es comunicado, lo comunicado no es otra cosa que el mensaje como tal.

Cada ley, regla o norma encarna un mensaje cuya intencionalidad se encuentra dirigida a distintos ámbitos de lo social. Estos ámbitos o capas de lo social incluyen una amplia gama de sujetos y organizaciones, un mensaje determinado tiene repercusiones diferentes en las esferas de la opinión pública, las fuerzas coactivas policiales, los planificadores del estado, las cortes y por supuesto en el crimen, siendo organizado o no.

Esta expresión de la regla comunicada transmite una voluntad válida y legítima de una expectativa social que sostienen aquellos que pertenecen a una sociedad extensa, o en palabras de Smith *The Great Society* o en Popper como *The Open Society*, estas expectativas son proyectadas en el diario vivir de las personas y conllevan un deseo de armonía que evite, o en todo caso, disminuya la actividad hostil, conflictiva y criminal de los individuos; aquellos individuos que no visualicen claramente las fronteras de su actividad y sus consecuencias o en casos ejemplares de acciones antisociales.

El primer problema que enfrentar no es tanto el hecho de la comunicación del mensaje, el reto que se vislumbra es el entendimiento requerido previamente de la regla o de la ley por parte del sujeto. Las normas al ser expresadas y difundidas, tanto aquellas que se han

³ En su ejemplar estudio *Teoría de los sentimientos morales* (1759).

⁴ Hayek refuerza esta definición vital de las reglas de recta conducta.

descubierto espontáneamente como aquellas diseñadas por un legislador, presuponen ingenuamente de un efecto en onda o «efecto dominó» que se distribuye homogéneamente en la interioridad, razón o entendimiento de las personas particulares. Esta condición dada y resuelta de una comunicación auto comprensiva del mensaje demuestra un deseo de simplicidad en la resolución de los conflictos humanos y de su actividad no predictiva, ciertamente nada más lejos de esto debido a la complejidad de la acción humana.

Este deseo expuesto y expresado en las normas y leyes ha demostrado una preferencia por dejar una huella social por medio de la escala, una escala que busca tener un efecto amplio y certero en la vida. Esta conmoción vivencial deja a la persona algunas alternativas mencionadas previamente como: obedecer, no obedecer u obedecer parcialmente.

De manera analítica se puede hacer la distinción entre la comunicación y los efectos de las normas, como mencionamos anteriormente, entre el mensaje y el efecto del mensaje. En la práctica, la forma en que las personas “escuchan” el mensaje y por otro lado la interpretación y la reacción ante el mensaje; este proceso pertenece a una cadena de la dinámica social. La comunicación es el primer eslabón en dicha cadena construida en la estructura misma del sistema legal: leyes, reglas, decisiones de una corte, etc.- todas ellas usualmente publicadas. En el caso de Estados Unidos encontramos estas regulaciones y reglas tanto en la FDA (Food and Drug Administration) y en el Securities and Exchange Commission, y otros más, deben estar impresos en el Federal Register, documento que seguramente no dispone de una lectura común y generalizada en la cotidianidad de los estadounidenses y que además demostró un incremento a lo largo de los años de miles de páginas, siendo el máximo momento en 1980, registrando un aproximado de 87,000 páginas. El contenido ha fluctuado desde entonces y las versiones más actuales (2013 y 2014) se encuentran en alrededor de las 24,000 páginas⁵.

⁵ Una guía relevante al respecto es el trabajo consultado de Maeve P. Carey, *Counting Regulations: An Overview of Rule Making, Types of Federal Regulations, and Pages in the Federal Register* (2013).

Claramente, esto es un ejemplo idóneo de comunicación positiva, en su vasto sentido. Como he tratado de explicar, no basta únicamente una comunicación activa, las normas y las leyes son más efectivas una vez han sido adoptadas, comprendidas y afirmadas por los sujetos y para que esto sea posible la comunicación de las mismas debe evitar la ambigüedad o la poca claridad del mensaje. No afirmo con esto que al cumplir con la claridad del mensaje esté garantizada su efectividad ya que pueden existir casos donde a pesar de su claridad los sujetos pueden vacilar o no acatar la regla. Sin embargo, los cumplimientos de estos prerrequisitos acercan o inclinan su funcionamiento a ser el esperado. Otro caso interesante de un esfuerzo comunicativo en la actualidad fue a finales del año 2013 durante la presidencia de Barack Obama, caso ejemplar pues cuando el complejo Affordable Care Act (Obamacare) fue lanzado el gobierno federal invirtió en grandes campañas informativas para comunicar a los ciudadanos sus derechos y obligaciones relacionadas al programa, situación que provocó desorganización y confusión inicial y que a la larga pudo estabilizarse con cierta dificultad y crítica⁶.

Retomemos entonces la incidencia de las tres esferas que afectan el comportamiento humano en relación con la ley, normas y reglas de convivencia, a saber: 1) el terreno del castigo y las recompensas. 2) el contexto social (actividad de sanción social o *peer pressure*), lo que otros piensan de mis acciones. 3) el sentido interno, la conciencia y moralidad como elementos otorgantes de legitimidad, o en su ausencia, de ilegitimidad. La comunicación del mensaje debe penetrar en estas tres esferas para una mayor efectividad, el público en su generalidad posee una comprensión generalizada de la ley y las normas, esto se debe tanto a las limitaciones del conocimiento humano como al no garantizado interés societario hacia las mismas⁷. Son condiciones cruciales y contemporáneas que considerar de la epistemología en diferentes disciplinas. Esta ignorancia de la ley es común, pero no debe ser confundida con estar mal informado. Podemos mencionar uno de estos casos también en el Reino Unido al

⁶ Consulta en la página web Healthcare.gov.

⁷ Es necesario mencionar aquí los trabajos de Israel Kirzner, Hayek, Lachmann y G.L.S. Shackle.

respecto de las parejas que viven unidas, pero fuera de la formalización del matrimonio; la opinión pública fue evaluada sobre este hecho y la opinión mayoritaria sostiene aún el mito del *common law marriage*, es decir, aquellas parejas que han convivido juntas suficiente tiempo de alguna manera, y eventualmente, obtendrán los mismos derechos de las parejas casadas⁸. No existe tal norma. Ninguna cantidad de tiempo convierte el estado de cohabitación en un *common law marriage*⁹.

La ley es después de todo un reflejo de normas sociales, podemos notar que en el flujo activo de la historia las normas o reglas de recto comportamiento se dan previamente a la ley, y esta ley posteriormente tiende a cambiar para conformarse a la actualidad de hecho.

He mencionado la relación estrecha entre las tres esferas sociales y la experiencia vivencial de la ley en los individuos, pero es justo hacer la salvedad de que dicha condición ha sido experimentada y observada con mayor facilidad en estados democráticos y no tanto en aquellos que han preferido o caído en la autocracia, la cual es completamente distinta al carecer evidentemente de legitimidad¹⁰. Este fenómeno también implica diversos efectos distintos en la anteriormente mencionada mentalidad individual, información y desinformación disponible. Un factor crucial que debemos agregar es la confianza dirigida a una ley o norma. Esta confianza se nutre fundamentalmente en la aplicación de la misma, su cumplimiento o *enforcement*. Su validez, permanencia y aceptación dependen íntimamente de su ejecución. A partir de aquí nos dirigiremos a la cualidad disuasiva discutida dentro de un sistema legal de recompensas y castigos, pero además a uno que incluye simultáneamente un sistema no formalizado de presión grupal y ocasión de vergüenza propios de un *unwritten law*.

⁸ Pascoe Pleasence y Nigel J. Balmer, *Ignorance in Bliss: Modeling Knowledge of Rights in Marriage and Cohabitation*, Law and Society Review 46:297 (2012).

⁹ En algunos estados norteamericanos el *common law marriage* sobrevive, pero el criterio temporal en la unión no tiene ninguna influencia en la situación, una pareja bajo el *common law marriage*, que acuerdan en el hecho de estar casados, es suficiente para estarlo; aunque dicha unión se haya dado en media hora o menos.

¹⁰ Una fuente que considerar sobre la cultura legal en una sociedad autocrática puede ser el trabajo de Inga Markovitz, *Justice in Lüritz: Experiencing Social Law in East Germany* (2010).

II. Conformidad social y normas

Podemos formular inicialmente una diferencia relevante, preguntar sobre el efecto de una norma o ley no es lo mismo a preguntar si ha sido cumplido su propósito. Esta diferenciación es de extrema importancia. Usualmente el efecto y el propósito se encuentran ligados, pero son analíticamente diferentes. Si una ley tiene efectos secundarios (negativos) desde el punto de vista del cumplimiento es una ley no efectiva, pues no está cumpliendo su cometido. La efectividad como tal puede ser tópico independiente, es más, requiere de su propio tratamiento extenso. De momento, mi interés es la condición sobre el impacto. Si deseamos saber sobre el funcionamiento de una ley debemos preguntar primero ¿tuvo impacto? Y segundo, este impacto de ser logrado ¿cumplió su propósito? Concentrarnos únicamente en la pura efectividad de la ley nos dirige a un campo de argumentación centrado en la especificidad del caso estudiado, situaciones y circunstancias específicas, la argumentación es por ello laboriosa.

Me gustaría enfatizar más bien en la conformidad de los sujetos ante las normas, desde el aspecto del impacto. La conformidad es una respuesta hacia una acción legal, causalmente relacionada a ese acto, es decir, congruente con su dictamen. La conformidad es solo un aspecto de la impresión o huella dejada por la ley. Podemos ubicar este aspecto especialmente con el derecho penal; la pregunta sobre el efecto como tal y no tanto la efectividad circunstancial y específica puede invitarnos a reflexionar sobre si las personas adecuan su comportamiento hacia lo legal o no. Si es posible a partir de aquí identificar que los procesos en relación con la noción de legitimidad y no legitimidad afectan a la conformidad hacia las normas¹¹. Situación particular que tener presente fue la discusión legal sobre el uso

¹¹ Recordemos a la opinión pública en su postura hacia el tabaquismo, el proceso de deslegitimación hacia el cigarrillo en Estados Unidos es mencionable en cuanto que demuestra que tanto estas iniciativas afectan el comportamiento y las preferencias de las personas, algunos autores como Eric Feldman y Ronald Bayer en *The Triumph and Tragedy of Tobacco Control: A Tale of Nine Nations* (2011) como Michael McCann, William Haltom y Shauna Fisher en *Criminalizing Big Tobacco* (2013) pueden darnos una idea de la representación de un problema de consumo trasladado a un fenómeno social extenso.

del cinturón de seguridad. El objetivo de dicha ley en Estados Unidos era el uso estricto. Su impacto tuvo resultados peculiares, algunas personas bajo el sentimiento de falsa seguridad eran más imprudentes, el uso del cinturón pretendía reducir los costos de manejar en altas velocidades y los riesgos de accidentes, algunos argumentaron que los cinturones no salvaban vidas, sino contradictoriamente, costaban vidas¹². Sin embargo, el uso efectivo de los cinturones de seguridad se ha mostrado en mayor medida en los conductores más responsables¹³.

Otro fondo digno de mención al respecto de la conformación a las normas la propone el autor Joseph Gusfield en su clara distinción entre las funciones simbólicas e instrumentales de las normas, para él las leyes simbólicas si cumplen una función a pesar de su posible no aplicación/efectividad, afirma sobre las normas «*They remain as important affirmations of an acceptable code even though they are regularly breached*»¹⁴. Estas reglas y lineamientos sirven como ideales, en términos de Hayek, como meta normas.¹⁵

Ahora, en la conformidad social sobre una norma entendida como instructiva potencialmente no debemos olvidar un requisito nuclear: el *enforcement*.

Al no existir *enforcement* de la norma, este valor ideal corre el riesgo de desaparecer o de degradarse. Por efecto, impacto o huella también necesariamente una conexión pertinente a la interacción, las personas no obedecen, rechazan o evaden la norma en última instancia, hay más en juego. También pueden actuar o reaccionar, quejarse, opinar, escribir y demandar cambios; todo ello en distintos grados de intensidad. Al aumentar el grado de molestia las personas pueden manifestar o también levantarse en contra de una iniciativa legal que se presente como injusta o nociva. Como mencionamos el rol de la comunicación es vital ya que

¹² *The effects of Automobile Safety Regulation* (1975) de Sam Peltzman ofrece esta visión sobre las ventajas de seguridad puestas en pausa por un uso regulado de los cinturones que a su vez ubica parte de la responsabilidad de los percances a los transeúntes.

¹³ John Donohue, *Using Market Incentives to Promote Auto Occupant Safety* (1989) describe este giro como una nueva situación que obliga a replantear la materia.

¹⁴ Gusfield 1967: 174.

¹⁵ Esta idea es desarrollada por Hayek principalmente en *El ideal político del Estado de Derecho* (1955).

un sujeto que no recibe, conoce o interpreta una norma no puede, de facto, ajustar su comportamiento y de esta forma inclina su balanza un tanto más a la marginalidad (conscientemente o no) del comportamiento antisocial.

Es recomendable no olvidar la realidad del impacto legal en dos estados distintos. Tanto en aquellas naciones regidas por un *common law*, que encuentran sus raíces en Inglaterra, estas sociedades históricamente se deben a un mosaico de doctrinas descubiertas y desarrolladas por jueces en un curso decisivo sumatorio entre casos individuales y precedentes. El otro estado es el de las naciones donde impera el derecho civil (Europa Continental, América Latina y Asia), y donde el quehacer teórico es diferente. En estos países la legislatura produce las leyes y con ellas se expresa una voluntad específica.

Estas interpretaciones sobre modos de gobierno también las podemos localizar en las discusiones sobre teoría constitucional, que una vez se adoptan como textos limitados y falibles cambian la percepción pública hacia ellos, pero en especial a los autores como tal; se presentan entonces los avances constitucionales y los textos sobre los mismos como prácticas racionales limitadas, en el mejor de los casos, y que necesariamente terminan convirtiéndose en textos corregibles, suceso ilustrativo es la reconsideración de hombres como Alexander Hamilton y James Madison respecto a posturas previamente defendidas pertenecientes a un ya texto clásico como lo es *El federalista* de 1787, observadas y anotadas con agudeza por Douglass Adair¹⁶.

*«The Federalist...was not a scholarly commentary on the meaning of an established constitution, it contained special pleading designed to secure ratification for a Constitution still untested. After the government was in operation, both Hamilton and Madison lived to regret theories and interpretations they had advanced in 1787-1788 under the name of 'Publius'. »*¹⁷

¹⁶ Autocrítica razonable estudiada en *Fame and the Founding Fathers* (1974) del autor y perteneciente a la conocida disputa interna en *El federalista*.

¹⁷ Adair 1974: 41-42.

La conformidad a la ley se encuentra entonces casi determinada por factores complejos, entre ellos como hemos visto, de una interpretación de fuente correctiva y gradual en el tiempo. Sin embargo, podemos sostener junto a Gusfield que el carácter ideal de las normas es digno de defensa, las leyes jurídicas tutelares poseen la virtud de ser instructivas para la vida de los sujetos y siguiendo este hilo conductor, el abandono de esta concepción tutelar de la ley puede representar una negación de los beneficios de una civilización pacífica y tolerante.

Sobre esta faceta civilizatoria y pedagógica de las reglas de recto comportamiento Hayek afirma el significado de la responsabilidad del hombre ante sus semejantes.

«Probablemente, nunca se ha negado con fundamento que, de hecho, podemos influir en la conducta de las gentes mediante la educación y el ejemplo, la persuasión racional, el aplauso o la repulsa. Por tanto, la única cuestión que legítimamente cabe plantear es hasta qué punto, en determinadas circunstancias, existen probabilidades de influir a las personas en la dirección deseada, mediante el conocimiento de que cierta acción les hará subir o bajar en la estima de sus semejantes o que a consecuencia de tal acto podrán esperar una recompensa o un castigo.»¹⁸

III. Problemática

Habiendo reconocido el rol pedagógico y civilizatorio de la ley, así como la importancia del impacto de la misma en el comportamiento de la persona a través del *enforcement*, nos podemos preguntar sobre los incontables casos donde al parecer el respeto o cumplimiento hacia ella no se ejerce, es decir, la función de la norma no se concreta a pesar de que cumpla con los aspectos necesarios para ser una auténtica ley; las características de una ley prohibitiva, general, abstracta y universal.

¹⁸ Hayek 1991: 98.

La gran multiplicidad de acciones y reacciones humanas pueden ser entendidas bajo un concepto de tipología de respuestas. Entre ellas podemos identificar lo que en un principio nombramos como ajuste conductual, sabemos que las personas que transgreden la ley ajustan su comportamiento para minimizar la probabilidad de ser atrapados, incurren en tratar de crear una ilusión de normalidad, de no ser percibidos y así evadir las autoridades.

Un factor que sumar, asimismo, es la insuficiencia del *enforcement* para garantizar una ejecución de la ley. Recordemos el periodo vigente de la prohibición norteamericana al respecto del alcohol. Algunos estudios¹⁹ han evaluado el famoso «*Noble Experiment*». La prohibición entró en efecto en enero de 1920, pero el experimento había fracasado para los inicios de 1930, ya que para un número considerable de norteamericanos las bebidas alcohólicas y su consumo eran parte de la cultura y no solo un sencillo producto del mercado. Y es precisamente esto lo que hace una tarea imposible el *enforcement* legal y efectivo, la adopción y absorción cultural de un bien, en sintonía con su aceptación imposibilitaban cualquier iniciativa efectiva de prohibición palpable.

Y es que los individuos no responden mecánicamente, de forma determinada. Sus comportamientos en respuesta a la ley son más o menos libres, en el sentido de un marco de actividad aceptado. Un primer nivel es otorgado por vía de la aceptación o rechazo de la norma, basado en lo que la persona cree significar de ella, en segundo lugar, aparece la respuesta conductual, es decir, la acción por tomar²⁰. El primer estado, el de la aceptación, depende previamente de la comunicación de la norma, pero la sujeción o la aceptación como tal es algo perteneciente a las profundidades de la interioridad humana, un terreno oscuro donde tanto la pereza, la ideología, la inercia o el elemental hábito pueden influir. La única apertura a una respuesta entonces una postura mesurada y humilde ante estos fenómenos

¹⁹ Mención pertinente al trabajo de Andrew Sinclair, *Prohibition: The Era of Excess* (1962) y también *Last Call: The Rise and Fall of Prohibition* de Daniel Okrent (2010) son a mi parecer, dos estudios puntuales al fenómeno social de la prohibición.

²⁰ Estos dos momentos de la actividad y respuestas humanas ante las normas son tópicos desarrollados por Bradley C. Canon y Charles A. Johnson en *Judicial Policies: Implementation and Impact* (1999).

complejos, somos obligados por lo tanto a considerar motivos generales detrás de la dinámica social en lo que se refiere a las valoraciones de los individuos.

Quisiera ahora enfocarme en la función punitiva de la ley por medio de la disuasión como una respuesta desde la ley ante las actividades criminales. El concepto contrario a la recompensa, persuasión o incentivo es la disuasión. Este concepto es clave si queremos observar detenidamente el impacto conductual en la actividad y relaciones humanas. Debemos diferenciar entonces dos tipos de disuasión, primero la del tipo directo que es aplicada a un sujeto particular para que evite repetir una acción nociva o injusta en contra de otros sujetos, entendida también como castigo directo; en segundo lugar, podemos nombrar la disuasión general o castigo indirecto²¹. Mientras la primera busca aislar al sujeto en cuanto su acción y su respectivo castigo, la segunda pretende aumentar el impacto por medio de una ampliación del mensaje. Ambas comparten el elemento tutelar o pedagógico de punición. El segundo tipo de disuasivo, por su amplitud, contiene una información considerable y valiosa. Este efecto *señalizante* busca depositarse en la experiencia y el conocimiento por encima del sujeto individual y así el castigo pasa de ser un resultado concreto y limitado a ser un mensaje social.²²

Considerar la no aplicación o la aplicación deficiente de la ley es un problema claro para el funcionamiento jurídico y las expectativas individuales de personas en sociedad ya que el crimen que no es castigado puede repetirse casi con certeza. Al ser comunicada la ineficiencia de la ley socialmente, el número de criminales y delitos pueden aumentar. Esto es lo que entendemos como los efectos del *specific nondeterrence* y el *general nondeterrence*.

En efecto, esta es la preocupación vital del sistema jurídico y penal, ahora, entre la disuasión directa punitiva algunos han elaborado sobre las garantías de la misma entendida como

²¹ Diferenciación elaborada originalmente por Franklin Zimring y Gordon Hawkins en el texto clásico *Deterrence: The Legal Threat in Crime Control* (1973).

²² Estas funciones y objetivos de ambos tipos de disuasión son explicados en *A Reconceptualization of General and Specific Deterrence* (1993) de Mark Stafford y Mark Warr.

medidas suaves, intermedias y fuertes. La pena de muerte es la máxima medida aplicable bajo ciertas condiciones, bajo el concepto de incapacitación²³, la cuestión es en qué grado el castigo debe aplicarse para suprimir la posibilidad de reincidencia. La incapacitación en sí ha sido cuestionada ocasionalmente debido a una falta de consenso sobre sus resultados²⁴; el castigo que se expresa por medio de la provocación de molestia, padecimientos, privación de libertad o la pena capital ha perdido aceptación tanto en Estados Unidos como en Canadá²⁵. La puesta en práctica del castigo, en sus diversas formas, siendo general o directa, teóricamente contrarresta o desalienta al criminal.

En la vida cotidiana, claro está, lo logra- hasta cierto punto. El límite o la excepción surge y se ejemplifica en la criminalidad o delincuencia de «carrera» que no se adecua o corrige a pesar de los castigos continuamente aplicados ¿por qué las sanciones y los castigos no siempre funcionan? Es factible dilucidar dos motivos, siendo el primero de carácter menor. Éste es que la apropiación del castigo es una cuestión de valor y percepción interna de los sujetos criminales, dicho de otra manera, para lo que algunos es una sanción real para otros no lo es. Ir a prisión, por ejemplo, no es un destino del todo terrible. La aclaración de un joven criminal narrado por Neil Shover nos puede parecer sorprendente «*I was young, simple, man. I didn't care, you know...Doing time to me was nothing.* »²⁶

El segundo motivo es conocido como el «*gambler's fallacy*» o el efecto «reset», bajo el cual la persona que delinque y que efectivamente ha sido castigada obtiene una noción posterior de no ser atrapada nuevamente en la siguiente ocasión, es presa del sentimiento que algunos

²³ Para una lectura comprensiva y al mismo tiempo una revisión bastante actual (al menos pertinentes a la década de los noventa) *Incapacitation: Penal Confinement and the Restraint of Crime* (1995) de Franklin Zimring y Gordon Hawkins puede ofrecer una visión adecuada del presente tópico.

²⁴ Véase *The Incapacitation of the Dangerous Offender: A Statistical Experiment* (1977) de Stephan Van Dine, Simon Dinitz y John Conrad.

²⁵ Esta realidad presente en Canadá la podemos reconocer en iniciativas pasivo-correctivas como el programa *Back on Track* cuya finalidad es devolver la confianza a conductores irresponsables y culpables de accidentes, confianza en retomar el volante. Este tipo de iniciativas oscurecen la frontera entre castigo y terapia. En el caso de Estados Unidos volveré al final del paper.

²⁶ Shover 1996: 178.

jugadores experimentan después de perder, llevados irresistiblemente a aumentar la apuesta a pesar de tener todo en contra.²⁷

A manera de conclusión, deseo retomar la importante discusión en torno a la pena capital especialmente en Estados Unidos, discusión que goza de una actualidad casi constante y que además ha sumido a la sociedad en un estado de consternación, confusión y certezas apresuradas al respecto. Al inicio del paper he mencionado la relación estrecha entre las normas de convivencia social (formalizadas o no) y el comportamiento de los individuos, una vez trasladamos el debate al campo jurídico, criminal y penal no podemos ignorar la grave complejidad que se nos presenta. Encontramos la dramática tensión entre la ley y la adecuación o el rechazo de la misma en la sociedad extendida y de esta dinámica crucial es lógico extraer algunas consideraciones adicionales, tales como el rol sociológico de la filosofía, la psicología y el propio derecho de frente a las innumerables problemáticas de hoy que requieren de nuestra atención.

Sostengo que la relación entre normas y conductas puede ofrecer una comprensión peligrosa y reducida al ser limitada a una relación de carácter exclusivamente dual, es decir, mutuamente incluyentes sin más. Considero fundamental la incidencia comunicativa en dicha conjunción entre ley y comportamiento debido a que sostener una postura sencillamente ejecutiva entre ambas nos condiciona a una visión parcial de los hechos, por sí mismos complejos. Un estado de legalidad puramente (no comunicativo) elimina la posibilidad de comprensión y adopción de las reglas sociales de convivencia y hace de la sociedad extendida un fenómeno incomprensible y en continua pugna.

La pena capital en este sentido persiste en la mentalidad de los hombres como un suceso y una posibilidad sumamente incómoda, tanto para sus detractores como para sus más acérrimos defensores. Dicha medida extrema se ha presentado no únicamente como un

²⁷ Sobre este efecto de «reinicio» véase Greg Pogarsky y Alex Piquero, *Can Punishment Encourage Offending?* (2003).

castigo aislado y ejercido sobre el ofensor, también se ha formulado bajo una intención disuasiva social, en su expresión como mensaje posee la finalidad y el objetivo de desanimar en mayor medida cualquier caso criminal futuro. Ahora, ¿en qué medida ha sido exitoso este cometido? Sabemos que conversando estrictamente en términos de incapacitación directa es eficiente, es decir, el ofensor será anulado completamente ante cualquier reincidencia futura, pero esta eficiencia como tal ¿acaso no es ensombrecida por aquellos casos de ejecución errónea de inocentes? Esta realidad hace visible la falibilidad de cualquier sistema jurídico-penal, y por lo tanto nos obliga a partir de aquí a discutir no tanto sobre su capacidad ejecutiva sino sobre la confianza procedimental de la misma y sus márgenes correctivos.

El problema principal es precisamente la segunda faceta de la pena capital, entendida como mensaje social intencionado y potencialmente disuasivo.

Theodore Dalrymple²⁸ describe enérgicamente la percepción social de la actualidad en torno a la pena máxima en Estados Unidos, especialmente en referencia a las ocho ejecuciones llevadas a cabo en el estado de Arkansas en el mes de abril de 2017. El rechazo de estas ejecuciones ha hecho evidente la inconformidad, pero especialmente el anonadamiento de la opinión pública frente a estos hechos, los argumentos son variados y se sostienen desde posturas comunes que van desde las defensas éticas, humanitarias y espirituales a favor de la vida y la simple ejecución de una ley vigente que busca anular y castigar al criminal. Pareciera ser entonces que la eficacia pura no lo es todo.

El denominador común de esta problemática sea a favor o en contra, es a todas luces una capacidad comunicativa inoperante de la normatividad social.

La defensa de una legitimidad normativa descansa en su *comunicación viva* con los sujetos, comunicación cuyo contenido tome en cuenta diversas variables, disciplinas humanas y sea de esta manera, un proceder sumatorio.

²⁸ Doctor y psiquiatra penitenciario y editor contribuyente del City Journal and Dietrich Weissman Fellow of the Manhattan Institute.

Bibliografía

- Adair, Douglas, *Fame and The Founding Fathers*, Liberty Fund, Indianapolis, 1974.
- Canon, Bradley; Johnson, Charles, *Judicial Policies: Implementation and impact*, CQ Press, Washington, DC, 1999.
- Carey, Maeve, *Counting Regulations: An Overview of Rulemaking, Types of Federal Regulations, and Pages in the Federal Register*, Kindle edition, 2013.
- Dalrymple, Theodore, *Death and Deterrence: Efficacy Is Not All*, <http://www.libertylawsite.org/2017/05/08/death-and-deterrence-efficacy-is-not-all/>, consultado el 12 de junio de 2017.
- Dine, Stephan; Dinitz, Simon; Conrad, John, *The Incapacitation of the Dangerous Offender*, <http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/002242787701400103>, consultado el 2 de mayo de 2017.
- Donohue, John, *Using Market Incentives to Promote Auto Occupant Safety*, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/61/, consultado el 14 de junio de 2017.
- Feldman, Eric; Bayer, Ronald, *The Triumph and Tragedy of Tobacco Control: A Tale of Nine Nations*, <http://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev-lawsocsci-102510-105427>, consultado el 23 de mayo de 2017.
- Gusfield, Joseph, *Moral Passage: The symbolic Process in Public Designations of Deviance*, https://www.jstor.org/stable/799511?seq=1#page_scan_tab_contents, consultado el 17 de junio de 2017.
- Hayek, Friedrich, *El ideal político del estado de derecho*, Universidad Francisco Marroquín, Guatemala, 2015.
- Hayek, Friedrich, *Derecho, legislación y libertad*, Unión Editorial, Madrid, 2006.
- Markovitz, Inga, *Justice in Lüritz: Experiencing Socialist Law in East Germany*, Princeton University Press, Princeton, 2010.

- McCann, Michael; Haltom, William; Fisher, Shauna, *Criminalizing Big Tobacco Legal Mobilization and the Politics of Responsibility for Health Risks in the United States*, <https://lsj.washington.edu/research/publications/michael-mccann-2013-criminalizing-big-tobacco>, consultado el 6 de junio de 2017.
- Okrent, Daniel, *Last Call: The Rise and Fall of Prohibition*, Scribner, New York, 2011.
- Peltzman. Sam, *The effects of Automobile Safety Regulation*, https://www.jstor.org/stable/1830396?seq=1#page_scan_tab_contents, consultado el 5 de mayo de 2017.
- Pleasence, Pascoe; Balmer, Nigel, *Ignorance in Bliss: Modeling Knowledge of Rights in Marriage Cohabitation*, <https://www.jstor.org/stable/23252278>, consultado el 14 de mayo de 2017.
- Pogarsky, Greg; Piquero, Alex, *Can Punishment Encourage Offending?* <http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0022427802239255>, consultado el 10 de mayo de 2017.
- Shover, Neil, *Great Pretenders: Pursuits and Careers of Persistent Thieves*, Westview Press, Boulder, Colorado, 1996.
- Sinclair, Andrew, *Prohibition: The Era of Excess*, http://www.archive.org/stream/prohibitiontheer006613mbp/prohibitiontheer006613mbp_djvu.txt, consultado el 20 de mayo de 2017.
- Stafford, Mark; Warr, Mark, *A Reconceptualization of General and Specific Deterrence*, <http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0022427893030002001>, consultado el 7 de mayo de 2017.
- Zimring, Franklin; Hawkins, Gordon, *Deterrence: The Legal Threat in Crime Control*, University of Chicago Press, Chicago, 1973.
- Zimring, Franklin; Hawkins, Gordon, *Incapacitation: Penal Confinement and the Restraint of Crime*, Oxford University Press, New York, 1995.