

LA FUERZA DEL DERECHO

LA FUERZA DEL DERECHO

Mariana Valverde

Traducción de Javiera Araya-Moreno

Título original en inglés: *The Force of Law* © 2010 Mariana Valverde

Originalmente publicado por House of Anansi Press

Ediciones Universidad Alberto Hurtado

Alameda 1869 - Santiago de Chile

mgarciam@uahurtado.cl – 56-228897726

www.uahurtado.cl

Impreso en Santiago de Chile por C y C impresores

Primera edición julio de 2025

ISBN libro impreso: 978-956-357-536-1

ISBN libro digital: 978-956-357-535-4

Los libros de Ediciones UAH poseen tres instancias de evaluación: comité científico de la colección, comité editorial multidisciplinario y sistema de referato externo por par doble ciego. Este libro fue sometido a las tres instancias de evaluación.

Dirección editorial

Alejandra Stevenson Valdés

Editora ejecutiva

Beatriz García-Huidobro

Diseño interior

Gloria Barrios A.

Diseño de portada

Francisca Toral R.



Grupo de
Editoriales
Universitarias
AUSJAL

Con las debidas licencias. Todos los derechos reservados. Bajo las sanciones establecidas en las leyes, queda rigurosamente prohibida, sin autorización escrita de los titulares del copyright, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, así como la distribución de ejemplares mediante alquiler o préstamos públicos.

LA FUERZA DEL DERECHO

MARIANA VALVERDE

uah/Ediciones
Universidad Alberto Hurtado

ÍNDICE

Capítulo I	
¿Qué es el derecho?	9
Capítulo II	
El desafío de Kafka	17
El Estado de derecho	20
La ley “de todas las leyes”.	24
Derecho estatutario y derecho común (<i>o common law</i>).	26
Capítulo III	
El derecho y la cultura, el derecho y la justicia	35
Las leyes y las costumbres	40
Derecho y justicia	43
La lucha contra la injusticia	48
Capítulo IV	
¿Quién es la policía?	51
¿Quién representa a “la ley”?	53
La persistencia del localismo	61
El aumento de la seguridad privada	64
Capítulo V	
¿Qué hace la policía?	69
Mantener el gobierno seguro	71
Pillar a los maleantes y resolver crímenes	77
Mantener el orden	81
La teoría sobre el declive urbano “de las ventanas rotas”	84
Patrullando los hechos	87

Capítulo VI

Los daños producidos por las leyes	93
Las leyes sobre la prostitución	93
Amapolas y talibanes	97
La cocaína y la militarización de América Latina	100
La guerra contra las drogas en las ciudades estadounidenses.	103

Capítulo VII

La policía en sociedades democráticas.	109
Policía comunitaria y vigilancia de proximidad	116
A modo de conclusión	123
Línea de tiempo para entender “La fuerza del Derecho”	125
Referencias bibliográficas	129

CAPÍTULO I

¿QUÉ ES EL DERECHO?

¿Qué es el derecho y por qué es tan importante? En general, se habla del derecho en dos sentidos muy diferentes. Los ciudadanos discuten, por ejemplo, si ciertas leyes específicas son buenas o malas, como en los debates públicos respecto a si está bien que la marihuana sea legalizada o si el acceso de las mujeres al aborto debería tener límites. Las leyes específicas que se encuentran vigentes en un país y tiempo determinado constituyen “el derecho”, en el sentido de que se trata de las leyes que efectivamente existen y determinan lo que se puede o no hacer en ese país en un momento dado.

Pero “el derecho” es también un término con un significado mucho más amplio. Durante siglos, muchas personas alrededor del mundo han luchado, incluso dando sus vidas, por defender lo que se llama el Estado “de derecho” en sus países. En la Europa del siglo XIX hubo revoluciones en Francia, Alemania, España y otros países, las que intentaron reemplazar el gobierno arbitrario de los reyes por un sistema en el que nadie pudiera pasar por encima de “la ley”. Más recientemente, los cientos de abogados y jueces que arriesgaron sus carreras y su integridad física al participar, en junio del 2008, en una manifestación en las calles de Pakistán, no estaban marchando por una ley en particular, sino que lo hacían por la primacía “del derecho”, o “de la ley”, como tal. El presidente de Pakistán había suspendido de su cargo, ilegalmente, al presidente de la Corte Suprema de Justicia del país (y a alrededor de sesenta jueces), en un intento por evitar que los tribunales de justicia siguieran investigando y pronunciándose respecto a ciertos casos. Pero estos

abogados y jueces no estaban defendiendo investigaciones judiciales específicas o una causa política en particular, estaban defendiendo su independencia, la separación de poderes del Estado y la legalidad en sí; estaban defendiendo el hecho de que el jefe del poder ejecutivo no puede remover de su cargo al jefe del poder judicial solo porque así lo quiere¹.

Las leyes específicas pasan, y pocos ciudadanos estarían dispuestos a poner su vida en riesgo para defender u oponerse a una ley en particular. Sin embargo, muchos sí lo han hecho por la primacía “de la ley” en general, por el Estado “de derecho”. Este es absolutamente crucial, ¿por qué? Los principios del Estado de derecho se han desarrollado a lo largo del tiempo, en la medida en que los ciudadanos estaban cada vez más disconformes con el hecho de estar obligados a ser súbditos leales de monarcas absolutos, y emprendieron la gran tarea de desarrollar otras formas de gobierno. La idea de que los gobernantes son responsables de lo que deciden y de que tienen que rendir cuentas a los ciudadanos –lo que en inglés se conoce con el término de *accountability*– está en el corazón del Estado de derecho; es un principio político clave, mucho más antiguo que el derecho a voto, y nos recuerda que gobiernos y gobernantes están obligados a favorecer el bien público.

Que los gobernantes sean responsables por sus decisiones y acciones frente a los ciudadanos no es lo mismo que lo que se conoce como “la democracia”. De hecho, el Estado de derecho no se identifica con ninguna forma de gobierno en particular. Gran Bretaña es todavía una monarquía, mientras que la mayor parte de los otros países industrializados son repúblicas –o Estados sin monarcas–, y algunos países tienen gobiernos parlamentarios que pueden caerse si varios partidos minoritarios organizan una coalición contra el partido que esté gobernando. Otros sistemas son presidenciales y funcionan

¹ [N. de la T.] Este movimiento social en Pakistán fue conocido como “el movimiento de los abogados”, y se extendió entre los años 2007 y 2009. Incluyó una serie de marchas masivas y, al final, logró que se reinstalara en su cargo a los jueces que habían sido removidos por el presidente.

con ciudadanos que eligen directamente presidentes en momentos determinados. Y aunque el país del mundo que tiene más habitantes esté gobernado por el Comité Central del Partido Comunista de China, por lo general existe un gran consenso entre las personas del planeta –incluyendo a millones de ciudadanos chinos– respecto a los principios del Estado de derecho y de la rendición de cuentas. Este principio también implica que, al igual que los ciudadanos “ordinarios”, los gobernantes y los funcionarios públicos tienen que respetar las leyes; nadie está “sobre la ley”. Cuando los abogados pakistanís salieron a las calles, lo hicieron porque el presidente quería cambiar la constitución para así poder ser presidente por un tercer período, lo que él sabía que la Corte Suprema no aprobaría. Detrás de la defensa del juez removido de su cargo por el presidente, estaba el principio de que nadie, incluso un presidente electo, puede manipular el sistema jurídico para su propio beneficio.

Un principio similar al Estado de derecho es la “igualdad ante la ley” o, como está definido en las leyes estadounidenses la “protección igualitaria”. En otras palabras, las leyes tienen que aplicarse a todos y de forma justa, sin favorecer a ciertos individuos o grupos. Cuando los afroamericanos lucharon en los años cincuenta y sesenta contra la segregación racial, técnicamente, estaban luchando por igualdad ante la ley. Que un distrito escolar hubiese remitido a los niños negros a escuelas inferiores y separadas era una violación a este principio de la igualdad ante la ley, incluso cuando las propias legislaciones estatales –es decir, de un estado al interior de la federación– habían adoptado las leyes que implementaban este sistema. Los abogados tenían que tratar de encontrar algún texto en la constitución estadounidense para usar como arma en los tribunales, alguno que les permitiera demostrar que la segregación era una violación del principio de igualdad ante la ley. Esto, por supuesto, no era fácil, pues la constitución había sido ratificada en un tiempo en el que la esclavitud era legal en Estados Unidos. Sin embargo, apelando a los mismos principios de justicia y de rendición de cuentas que en otros países otros ciudadanos estaban usando para atacar sistemas jurídicos y políticos injustos, estos abogados en Estados Unidos fueron capaces de persuadir a un

número suficiente de jueces y de legisladores de que la “igualdad ante la ley” no significaba tratar a todos los afroamericanos de la misma manera²; el principio básico aquí era el de la justicia el principio básico aquí es la justicia. Que todos sean iguales ante la ley, sin embargo, no significa que todos deban ser tratados exactamente de la misma manera, sino que a veces significa también tomar en cuenta las diferentes necesidades y recursos de ciudadanos distintos. Por ejemplo, los impuestos proporcionales al ingreso son más justos que aquellos que son aritméticamente idénticos por persona.

La rendición de cuentas, la justicia y el principio de que nadie se encuentra sobre la ley, constituyen el corazón del Estado de derecho. Tanto les interesa el derecho a los ciudadanos que se oponen a los abusos de poder de sus gobiernos, que son capaces de ponerse en riesgo por estos principios aparentemente abstractos. Desde Alabama en los años sesenta a Pakistán y al Tíbet en el 2008, diversos movimientos sociales han mostrado que a los ciudadanos les concierne esta idea del Estado de derecho. Y los gobiernos en todas partes no quieren ser acusados por Amnistía Internacional o por otras organizaciones no gubernamentales de haber cometido violaciones a los derechos humanos o a otros principios fundamentales. ¿Por qué la ley y el derecho les interesan tanto a tanta gente? Les importan, en parte, porque la injusticia y la opresión son demasiado comunes, y la gente sabe que tenemos que ser vigilantes para oponernos a estas. Incluso los ciudadanos de democracias estables, quienes no ha tenido que luchar personalmente para establecer gobiernos relativamente transparentes y responsables, pueden leer en sus libros de historia sobre las horribles injusticias cometidas por sus gobiernos en un pasado no tan distante: el genocidio de pueblos indígenas en Norteamérica, por ejemplo, o las injusticias que infligieron los colonizadores europeos a africanos y asiáticos, con gran impunidad, hasta los años sesenta.

² [N. de la T.] El fallo paradigmático de la Corte Suprema estadounidense al respecto es *Brown contra el Consejo de Educación de Topeka*, en el que la corte decidió que las escuelas segregadas por raza violaban el principio de “protección igualitaria ante de la ley” establecido por la Decimocuarta Enmienda.

Pero el Estado de derecho también importa en un nivel más personal y emocional. Las utopías no están de moda en el siglo XXI, pero las personas se movilizan no solo porque rechazan las injusticias, sino que también por un deseo positivo de vivir en comunidades más justas. Generalmente experimentamos la injusticia en un nivel micro, en un pequeño grupo, cuando tenemos por ejemplo que lidiar con un burócrata que es sorprendentemente imparcial o en otras situaciones similares. Y, sin embargo, aunque los ciudadanos en todas partes son escépticos de los políticos y de sus gobiernos, el derecho en sí mismo, sus principios, no solo infunden respeto, sino que también pasión. Los soldados enviados a misiones de paz no mueren por un gobierno en particular, sino que por los principios de justicia y primacía del derecho. Los ciudadanos que pasan miles de horas voluntariamente luchando por obtener leyes que preserven el medioambiente no lo hacen solo por una ley específica, lo hacen con el objetivo de hacer que sus gobiernos sean responsables respecto de sus decisiones sobre la naturaleza y de las consecuencias de estas decisiones sobre generaciones futuras.

Que las leyes sean importantes es obvio, aunque solo sea porque todos tenemos, diariamente, que lidiar con que a uno le pasen una multa por no estacionarse en el lugar correcto, con contratos abusivos, con obligaciones legales de pagar impuestos, con burócratas desagradables, y con una gran cantidad de leyes de nuestros países. Cada día, cada ciudadano que vive en una economía de mercado interactúa decenas de veces con la ley; eso sí, solo algunas de esas leyes realmente van al corazón de lo que significa vivir en comunidad. Al final, a los ciudadanos les importa más el principio del Estado de derecho que las leyes particulares, y con razón. Hay muchas crisis en el mundo actual que requieren nuestra atención, y todas ellas demandan la implementación de algún tipo de ley o de alguna herramienta jurídica. Desde el cambio climático a la persistencia de desigualdades raciales, ninguno de los problemas urgentes del mundo será abordado de manera adecuada si los gobiernos no son capaces de rendir cuentas a sus ciudadanos ni de implementar leyes que traten a todos –incluidas a las futuras generaciones– de manera justa.

Si abordamos ya no lo que es “el derecho”, sino que la otra parte del título de este libro –la “fuerza”– lo primero que hay que notar es que las leyes no se interpretan ni se hacen cumplir por sí solas. La ley de la gravedad se cumple sola; el código penal, no. Los sistemas jurídicos necesitan personas que los hagan cumplir. La aplicación de las leyes es generalmente un proceso sigiloso e informal que se sirve de la presión social y de los pares para hacer que la gente se porte bien –lo que los sociólogos llaman “control social informal”–, pero mientras que la mayor parte de las personas son respetuosas de la ley por pura costumbre, por el deber ser, o por miedo a ser mal mirados, la ley a veces requiere de un personal especializado que está autorizado a usar la coerción, o incluso la violencia –o a amenazar que la usaría–, para hacerse respetar.

Esta es la paradoja crucial del título de este libro. Mientras que la ley es tradicionalmente vista como una manera civilizada y no violenta de lidiar con daños y conflictos, la fuerza es parte integrante del derecho y de la ley. Después de todo, la policía está autorizada a esposar, empujar, e incluso matar gente, y los tribunales pueden decidir encerrar gente en prisiones y, en algunas jurisdicciones, pueden incluso ordenar que personas sean ejecutadas. En general, hablar sobre el derecho puede parecer una tarea filosófica agradable; sin embargo, muchos de los problemas y cuestiones legales que les importan a los ciudadanos ordinarios no tienen nada que ver con lo que la ley dice o con las sutilezas de las definiciones jurídicas, sino cómo las leyes son impuestas, contra quién y con qué efectos.

No es que siempre sean funcionarios públicos como la policía o los agentes de migración quienes hacen cumplir la ley. De hecho, el derecho internacional tiene muchos problemas para hacerse cumplir. Así como el derecho doméstico o nacional regula las relaciones entre ciudadanos de un mismo país, y entre estos y el gobierno, el derecho internacional emergió como un cuerpo especial de principios legales que gobierna las relaciones entre estados soberanos, y aunque recientemente ha sido usado para intentar evitar que dictadores amenacen a su propio pueblo, hasta el momento ha sido inútil. Por ejemplo, en marzo del 2009, la Corte Penal Internacional emitió

una orden de arresto para Omar al-Bashir por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad cometidos contra la población de Darfur, en el oeste de Sudán; este, sin embargo, continuó gobernando hasta el año 2019. Además, exactamente cómo el derecho internacional puede ser usado en un país o en un grupo de países para intervenir en los asuntos internos de una nación lejana, no está tan claro. Lo que sí lo está, es que no sirve de nada tener acuerdos internacionales y convenciones de Naciones Unidas sobre derechos básicos si no hay mecanismos para hacerlos cumplir. Como lo dijo el teórico jurídico inglés Thomas Hobbes en el siglo XVII, “[l]os pactos que no descansan en la espada no son más que palabras”³. Hacer cumplir la ley, lo que a veces puede implicar el uso de violencia, es parte integrante de esta.

Los abogados y los jueces muchas veces ignoran el hecho de que la coerción y la violencia son parte integrante del derecho, ya que lo idealizan y creen que este es lo opuesto de la fuerza bruta. Esta idealización ignora no solo que la violencia es inherente a la ejecución de las leyes y de las decisiones de los tribunales, sino que también que, en la mayor parte de los casos, las constituciones de los países surgieron de confrontaciones violentas, guerras civiles, revoluciones y conquistas. El gran filósofo alemán Walter Benjamin, en sus “Tesis sobre la filosofía de la historia”⁴, escritas a finales de los años treinta, dijo que el derecho está hecho de dos tipos de violencia: la violencia que funda la ley (una revolución contra un poder colonial, por ejemplo) y la violencia que perpetúa la ley (la violencia cotidiana de su aplicación). Siguiendo esta idea, este libro examina las diferentes conexiones, muchas veces escondidas, entre fuerza y derecho.

De la misma manera en que el derecho ha sido erróneamente percibido como lo opuesto de la fuerza, el derecho occidental ha sido percibido como lo opuesto de la costumbre o de la tradición. Durante los días de gloria del Imperio británico, por ejemplo, los funcionarios y misionarios imperiales creían que los africanos y los

³ Thomas Hobbes, *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil* (Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1992), p. 137.

⁴ En español este texto se encuentra en *Discursos interrumpidos I* (Madrid: Taurus, 1973).

asiáticos estaban demasiado atrapados en sus costumbres tradicionales, y que un buen sistema jurídico moderno mejoraría la situación en esos lugares. Asumieron que las reglas que regían las interacciones entre “nativos” no eran leyes porque no estaban escritas, o porque no existía un cuerpo especializado de funcionarios encargados de hacerlas cumplir. Se dio por sentado, hasta bien entrado el siglo XX, que los pueblos aborígenes tenían “costumbres y tradiciones”, mientras que los europeos, ellos, tenían “leyes”.

Durante un largo tiempo, esta manera simplista de dividir las cosas no fue cuestionada. Sin embargo, en la medida en que el siglo XX avanzaba y se empezó a debatir sobre el colonialismo, los supuestos coloniales sobre el derecho también fueron cuestionados. Algunas personas del Sur global empezaron a preguntarse por qué no eran los más ancianos los jueces de la comunidad, por qué era mejor tener funcionarios entrenados trabajando exclusivamente en la aplicación del derecho, en vez de gente que tuviera la sabiduría de las personas ordinarias, y por qué era necesario que las leyes fueran escritas. Actualmente, está claro que el derecho consiste en mucho más que el sistema de reglas que los europeos prefieren. Tanto investigadores y activistas, desde Sudáfrica a Australia y Canadá, están teniendo conversaciones con visión de futuro sobre derecho indígena, una expresión que los funcionarios coloniales del siglo XIX hubieran descartado como un oxímoron. También ha sido establecido que mucho de lo que cuenta como derecho en el mundo occidental está lleno de prejuicios eurocéntricos y moralistas. Este libro provee una perspectiva global, menos eurocéntrica, de lo que es la ley y su aplicación.

El libro también busca disipar el mito de que el derecho es una cosa y la violencia otra completamente opuesta. La aplicación de la ley es necesariamente coercitiva e incluso violenta. Forzar a la gente a seguir las leyes es parte integral y esencial del derecho, lo que hace que este sea demasiado importante para ser dejado exclusivamente en manos de juristas. Los ciudadanos a los que les importa la justicia y la democracia necesitan saber tanto sobre las leyes que rigen sus vidas como sobre la manera en que estas operan sobre ellos, sobre “su fuerza”.