

Mark Neocleous

LA FABRICACIÓN DEL ORDEN SOCIAL
UNA TEORÍA CRÍTICA SOBRE EL PODER DE POLICÍA

(prometeo)
libros

Índice

Reconocimientos	9
Prefacio	11
1. “La policía genera el buen orden”	23
Gobernar lo ingobernable: imposición del orden	23
Digresión sobre las “particularidades del inglés”, o Aristóteles en Gran Bretaña	37
Gobernar el mercado: imposición del trabajo	40
2. El liberalismo y la regulación de la propiedad	57
¿De policía a economía política?	58
¿De régimen de policía a régimen de derecho?	67
El estado del orden liberal: interés, independencia, propiedad	76
Hacia la seguridad	87
3. Implementación del orden ante la inseguridad I: el control social y los mecanismos de prevención	93
“El buen orden y el bienestar de la sociedad civil”	96
La economía política y el control social	111
Hacia la seguridad social	116
4. Implementación del orden ante la inseguridad II: acerca de la seguridad social	123
La fabricación del trabajo asalariado	127
Patrullas de fronteras: clases, los que delinquen y los que piden ...	150
La metafísica de lo propio: policía médica, cerdos y mugre social ..	159
Hacia la reconstrucción jurídica de la labor policial	168
5. Ley, orden, administración política	173
El arresto y la “ilegalidad” policial	178
El gobierno y la racionalidad de la policía: discrecionalidad	184
“Cosas grandiosas y maravillosas”: la mitología de la ley y el orden modernos	197
Poder informe y presencia fantasmal: el Estado de la policía	211

5

Ley, orden, administración política

Uno de los preceptos centrales del sistema de policía “moderno” es que se ocupa, principalmente y en primer lugar, de la ley. Partiendo de este presupuesto, la tarea de la policía es la prevención del delito mediante la aplicación de la ley. Existen varios motivos válidos por los cuales se cree esto. Como hemos visto, la nueva policía desde 1829 en adelante sin dudas tenía la tarea de prevenir el delito. La organización burocrática formal de la policía refuerza la postura de que la policía se dedica principalmente a la aplicación del derecho penal. La capacitación de la policía destaca el elemento penal de las cosas —derecho penal, estadística penal, prevención de los delitos— y la administración interna de la autoridad de policía tiende a reflejar las especializaciones de cumplimiento penal formal, por ejemplo, en la forma en que las unidades clave se denominan en función de determinados delitos, o en cómo se lleva registro de los delitos. El proceso penal casi siempre se activa a partir del accionar policial y la labor de una cierta cantidad de actividades policiales se determina según las disposiciones del código penal. Asimismo, la imagen de la policía como el principal combatiente en la prolongada guerra contra el delito es difundida por la policía, los políticos y los medios de comunicación³⁴⁰.

Muchos comentaristas han aceptado esta postura por lo que aparentaba, y ésta ha influenciado la racional interpretación de los debates de policía y política sobre “qué debe hacerse con la ley y el orden”. Pero, como Gatrell ha sostenido acertadamente, la idea de que la policía se ocupa, principalmente y en primer lugar, del delito es en realidad una

³⁴⁰Egon Bittner, “Florence Nightingale in Pursuit of Willie Sutton: A Theory of Police”, en Herbert Jacob (ed.), *The Potential of Reform of Criminal Justice* (Londres: Sage, 1974).

conveniente confusión que sirve intereses particulares³⁴¹. Es un mito —un mito legitimador y conveniente, pero mito al fin— que apoya la teoría de la ley y el orden mistificando los verdaderos problemas que pone de manifiesto el proyecto de policía. Asimismo, las críticas del sistema de policía han sido socavadas por la connivente injerencia de la Izquierda en el mito³⁴². Las críticas de izquierda al sistema de policía han tendido a quedar empantanadas en el terreno ocupado por los políticos: el de los delitos, las cifras delictivas, las causas de los delitos, etc. Esto ha tenido consecuencias perjudiciales para la Izquierda: no sólo no ha logrado entender la institución de la policía y el sistema de control en general, sino que además ha perdido de vista cómo utilizar el concepto de policía en su intento de entender el poder social y político en general.

Por empezar, ni los defensores de la “ley y el orden” ni sus críticos izquierdistas han logrado comprender las implicancias de la masiva investigación sobre la policía que ha demostrado que la aplicación de la ley penal es algo que la mayoría de los agentes de policía hace con una frecuencia que se ubica entre casi nunca y muy rara vez. La gran mayoría de los llamados de ayuda a la policía están relacionados con “servicios” más que con delitos: en promedio, sólo entre el quince y el veinte por ciento de todas las llamadas a la policía son sobre delitos, y lo que el público denuncia como delito en un principio no suelen ser considerados delitos por el policía que acude en respuesta. Estudios han demostrado que menos de un tercio del tiempo de servicio se dedica a tareas relacionadas con el delito; que, según los mismos policías, aproximadamente ocho de cada diez incidentes manejados por las patrullas de distintos cuarteles de policía se consideran asuntos no criminales; que el porcentaje de iniciativas policiales dedicadas a cuestiones de derecho penal tradicional probablemente no supere el diez por ciento; que el tiempo que se dedica a incidentes que en última instancia se consideran “delictivos” representa apenas el seis por ciento del tiempo de un patrullero; y que la policía en sí sólo detecta una mínima cantidad de delitos.

³⁴¹V. A. C. Gatrell, “Crime, Authority and the Policeman-state”, en F. M. L. Thompson (ed.), *The Cambridge Social History of Britain 1750-1950*, Volume 3: *Social Agencies and Institutions* (Cambridge: Cambridge University Press, 1990), p. 245.

³⁴²Paul Gilroy y Stuart Sim, “Law, Order and the State of the Left”, en Phil Scraton (ed.), *Law, Order and the Authoritarian State* (Milton Keynes: Open University Press, 1987), p. 71.

Asimismo, la mayoría de las veces, la policía no recurre al derecho penal para restablecer el orden. En EE.UU., los agentes de policía arrestan en promedio a una persona cada dos semanas; un estudio reveló que de 156 oficiales asignados a un área de elevado índice delictivo de la ciudad de Nueva York, el cuarenta por ciento no efectuó ni un solo arresto por delitos graves en el periodo de un año. En Canadá, un oficial de policía registra un promedio de un delito grave por semana, realiza un arresto por tal tipo de delito cada tres semanas y obtiene una condena por tal delito cada nueve meses³⁴³.

Sin embargo, lo importante es que la evidencia histórica y sociológica ha dejado en claro no sólo que la lucha contra el delito nunca ha sido la principal actividad de la policía, sino también que no pudo haberlo sido, como observó Robert Reiner³⁴⁴. A pesar de la diferenciación funcional del proyecto de policía analizado al final del capítulo anterior, nunca se ha perdido la legislación habilitante original que preveía la nueva policía. Como ha manifestado Egon Bittner, “no existe, ni es posible imaginar, un problema humano del cual pueda decirse terminantemente que constituye el verdadero objetivo de la policía”³⁴⁵. Es en parte por tal motivo que necesitamos ampliar el concepto de policía. Todas las instituciones que se ocupan del orden y la conducta de los ciudadanos tienen una estrecha vinculación con la policía y a menudo trabajan en conjunto con ella como parte de un proyecto de control más generalizado. Así, cuando surge una emergencia indefinida, ya sea transportando insumos

³⁴³ Véase Michael Banton, *The Policeman in the Community* (Londres: Tavistock, 1964), pp. 2, 7, 127; Egon Bittner, “The Police on Skid-row: A Study of Peace Keeping”, *American Sociological Review*, Vol. 32, N° 5, 1967, pp. 699-715; David Bayley, “What Do the Police Do?”, en William Salusbury, Joy Mott and Tim Newburn (eds.), *Themes in Contemporary Policing* (Londres: Policy Studies Institute, 1996), pp. 31-3; Steven Spitzer y Andrew Scull, “Privatization and Capitalist Development: The Case of the Private Police”, *Social Problems*, Vol. 25, N° 1, 1977, pp. 18-29; A. Keith Bottomley y Clive A. Coleman, “Criminal Statistics: The Police Role in the Discovery and Detection of Crime”, *International Journal of Criminology and Penology*, Vol. 4, 1976, pp. 33-58; Richard V. Ericson, *Reproducing Order: A Study of Police Patrolwork* (Toronto: University of Toronto Press, 1982), pp. 5-6, 206; Robert Reiner, *The Politics of the Police*, segunda edición (Londres: Harvester Wheatsheaf, 1992), pp. 139-46; Richard V. Ericson y Kevin D. Haggerty, *Policing the Risk Society* (Oxford: Clarendon Press, 1997), p. 19.

³⁴⁴ Reiner, *Politics of the Police*, p. 212.

³⁴⁵ Bittner, “Florence Nightingale in Pursuit of Willie Sutton”, p. 30.

médicos, brindando contención inicial al cónyuge que ha sobrevivido a un accidente de tránsito, quitando de las rutas a los animales que hayan llegado a ellas, la institución de la policía es la primera en responder. La institución de la policía se entrecruza con todas las principales instituciones, en lo referente a cualquier tema desde licencias de conducir, discapacitados mentales³⁴⁶, hasta truhanes³⁴⁷. Brinda asistencia física a otras secretarías del estado, como Secretarías de Vivienda y Custodia Judicial en el lanzamiento de inquilinos, información a los investigadores de Seguridad Social, y actúa como organismo de último recurso en los casos “candentes” rechazados por otros organismos³⁴⁸.

Muchos han respondido al “hallazgo” que la policía dedica mucho tiempo ocupándose no de delitos sino de “servicios auxiliares”, argumentando que es de esta forma como en realidad se debería plantear y desarrollar la policía. En otras palabras, como la policía está compuesto en realidad por trabajadores sociales —un “servicio social secreto” según las palabras del comentarista— deberían capacitarlos mejor como tales³⁴⁹. Ésta es la base del debate de si el estado debe proporcionar una fuerza de policía o un servicio de policía. Aquellos que sostienen que la policía debería ser un “servicio” parten del supuesto de que ello sería simplemente formalizar lo que ya hacen. Lo contrario sostienen quienes creen que tal “cultura de servicio” es el pobre reflejo de las “verdaderas” tareas en el cumplimiento de la ley. Este último punto puede interpretarse de dos maneras: por un lado, es una postura adoptada por aquellos —a menudo los mismos oficiales— que creen que ejercer un control se trata de hacer el trabajo “duro” de hacer cumplir la ley en vez de hacer las tareas “suaves” de bienestar. Por el otro, en los últimos años los criminólogos radicales y los “nuevos realistas de izquierda” han propuesto

³⁴⁶ La *Mental Health Act 1959* (Ley de Salud Mental de 1959) autorizaba a un oficial a llevar a una persona a un lugar de seguridad si ésta “en su opinión, parecía sufrir un trastorno mental”. La *Mental Health Act 1983* mantuvo las mismas facultades, sin modificarlas.

³⁴⁷ Teniendo en cuenta el presente argumento sobre la policía, el trabajo y la pobreza, es pertinente mencionar que “truhán” en un principio se usaba para referirse al hombre ocioso y vagabundo.

³⁴⁸ Michael Brogden, *The Police: Autonomy and Consent* (Londres: Academic Press, 1982), pp. 23, 206-8; Ericson y Haggerty, *Policing the Risk Society*, p. 127.

³⁴⁹ Maurice Punch, “The Secret Social Service”, en Simon Holdaway (ed.), *The British Police* (Londres: Edward Arnold, 1979).

una estrategia de control “minimalista”: la policía debe intervenir sólo cuando existen indicios claros de que se ha violando la ley. Sólo de esta manera, sostienen, puede la policía actuar de conformidad a la ley y pueden protegerse correctamente las libertades civiles. Pero como señala Reiner, el debate sobre el servicio/la fuerza parte de una falsa dicotomía. En la medida en que ambos roles son indistinguibles, se los puede considerar interdependientes. En realidad, tanto el rol de “servicio” como el de “fuerza” derivan del mandato de mantenimiento del orden³⁵⁰.

El motivo por el cual el mito de la policía como los combatientes del delito es tan dominante es que existe otro mito en relación con la policía y la ley. Dados los eternos vínculos establecidos entre la “ley” y el “orden”, se considera que el sistema de policía se relaciona con el orden a través de la ley: la policía mantiene el orden haciendo cumplir la ley. En este capítulo, explicaré que la forma en que la institución de policía se confunde con la “ley” es básicamente errónea. Si vamos a concebir el sistema de control como una forma de administración política, como comenzamos a hacerlo en el capítulo 4, entonces debemos analizar en mayor profundidad la naturaleza administrativa del poder de policía. De cierta forma, esto nos remontará nuevamente a las primeras épocas de la policía que abordamos en el capítulo 1, donde se explicó que, históricamente, el sistema de control constituyó un ejercicio del poder administrativo como cualquier otro. El presente capítulo, por lo tanto, también explicará que, a pesar de la relación jurídica sumamente compleja que circunda la noción de policía (que surge, en parte, de un liberalismo hegemónico como la ideología central de la sociedad burguesa), la función de policía debe ser analizada a través del lente de la administración tanto como del de la ley. Dados los vínculos fundamentales que existen entre la ley y el gobierno en el ejercicio del poder del Estado moderno, los lentes en cuestión deben consistir en el continuo conformado por la ley y el gobierno. Esto se debe a que, es mediante el continuo de la ley y la administración, que el Estado administra políticamente a la sociedad civil como parte de la fabricación del orden social. Incorporar la policía a su argumento ayudará a desarrollar la teoría del Estado que se centra en la idea de administración política.

³⁵⁰ Reiner, *Politics of the Police*, pp. 139-46.

El arresto y la “ilegalidad” de la policía

Una de las justificaciones esenciales del Estado democrático liberal es que se funda en la legalidad: en el régimen de derecho. Ello implica tanto la obediencia a las leyes por parte de los ciudadanos como la imposición de límites al poder del Estado. Así, se insiste en que se protege al ciudadano de las instituciones del estado controlando a estas últimas mediante la ley. En particular, se dice que el régimen de derecho restringe e inhibe las potestades discrecionales de los funcionarios del poder ejecutivo. De este modo, el poder se ejerce dentro de las limitaciones impuestas por la ley. Se dice que la garantía del “debido proceso” prioriza las libertades de los ciudadanos por sobre los poderes coercitivos de la policía. Este modelo se diferencia del modelo de “control del delito”, en donde la prevención del delito es la función más importante de la policía y para el cual los demás aspectos, como por ejemplo las libertades individuales, se pueden considerar secundarios. Si bien no tengo mucho que decir acerca de esta distinción, el “debido proceso” puede entenderse como la aplicación del régimen de derecho a las prácticas de la policía³⁵¹.

Un aspecto clave del régimen de derecho es que los ciudadanos no estén sujetos a arrestos o encarcelamientos arbitrarios y que se dé un trato justo a los sospechosos que estén detenidos. Hasta la sanción de la Ley de Policía y Pruebas Penales (*Police and Criminal Evidence Act*, PACE) de 1984, las principales pautas sobre el arresto y el interrogatorio de sospechosos en Gran Bretaña surgían de las Reglas Judiciales, redactadas por primera vez en 1912 (a pedido de la policía) y modificadas en 1918, 1930 y 1964. Las Reglas demarcaban la línea entre los poderes de la policía y los derechos civiles a partir del criterio de la voluntariedad. Las confesiones o declaraciones sólo tenían valor probatorio si se las efectuaba voluntariamente. Las Reglas Judiciales aceptaban los interrogatorios policiales de detenidos siempre que no se hubiera obligado o inducido al sospechoso a confesar en contra de su voluntad. Éstas prohibían el uso de amenazas e inducciones, y estipulaban, entre otras cosas, que quienes se encontraran bajo arresto no podrían ser interrogados sin que

³⁵¹ Herbert Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (Stanford, CA: Stanford University Press, 1968).

antes se los advirtiera pertinentemente y que se les debía informar acerca de su derecho de consultar a un abogado en forma privada.

De muchas formas, esto era una repetición del principio legal que regía los interrogatorios en general, sólo que esta vez se intentaba aplicarlo a personas que estuvieran detenidas. El arresto era, en un principio, un mecanismo para traer a los sospechosos ante los jueces, de modo que estos puedan decidir si se los debía o no procesar; es decir, el arresto era originariamente la culminación de la investigación, en vez de su comienzo. El hecho de que los arrestos requirieran una orden judicial reflejaba el control judicial de los procesos penales y la idea de que la policía actuaba exclusivamente en nombre de la ley. Por ello, la función de la policía era arrestar y traer a los sospechosos ante un juez, principio de derecho que confirmó el caso *Wright v. Court* (1825). Esto era congruente con la postura de que los interrogatorios efectuados a un detenido eran de por sí coercitivos, contrarios a la noción de voluntariedad y, por lo tanto, ilícitos. Esto quiere decir que, en efecto, la policía era legalmente incapaz de arrestar a una persona con fines de investigación o interrogar a un sospechoso. En el caso *R. v. Gavin* (1885), el tribunal manifestó que “cuando una persona se encuentra detenida, la policía no tiene derecho a hacerle preguntas”, confirmando así la opinión de lord Brampton, expresada en su influyente prefacio a *Vincent's Police Code* en 1882, de que el deber del agente “es simplemente arrestar y detener [al acusado] en condiciones de seguridad [...]. Es sumamente incorrecto que un agente presione a un acusado a decir algo en referencia al delito del que se lo acusa”. Este fallo se incorporó a las Reglas Judiciales, y en 1970 lord Devlin aún criticaba a la policía por cometer “el error de efectuar arrestos antes de interrogar”. En forma paralela, no obstante, la nueva policía del siglo diecinueve fue tomando paulatinamente control de los procesos penales: a mediados del siglo diecinueve, la policía actuaba como organismo acusador en la gran mayoría de procesos penales, a pesar de su falta de potestad legal para hacerlo. La policía, así, no sólo aprehendía al delincuente, sino que además llevaba adelante el proceso en su contra. Cada vez más interesada en obtener condenas satisfactorias, la policía comenzó a implementar prácticas apuntadas a aumentar las probabilidades de obtener condenas, arrestando a partir de simples sospechas y con el fin de interrogar a los sospechosos con miras

a procurarse pruebas suficientes para procesarlos. Como advierte David Nixon, “las prácticas fueron evolucionando, hasta el traslado policial de sospechosos a los cuarteles para interrogarlos y presentar cargos en su contra antes de llevarlos ante el juez”, y agrega que “la ley no había previsto semejante cambio en las prácticas”. Por lo tanto, se vuelven ambiguos conceptos clave tales como arresto y cargo”³⁵².

Así, pronto quedó claro que, a pesar de la exigencia legal de que la policía no interrogue a los sospechosos antes de llevarlos frente al juez, eso era precisamente lo que ésta hacía. La Comisión Real de Procedimiento y Poderes de Policía informó en 1929 que el arresto con fines de interrogación constituía una “práctica no poco común de la Policía Metropolitana” y ocasional en algunas localidades provinciales importantes, aunque el Informe reiteraba que se encontraba “prohibido interrogar a un detenido con respecto a un delito o infracción del que se lo acuse” y señaló que el consejo de lord Brampton reflejaba “la práctica ideal”. De hecho, la Policía Metropolitana había reconocido libremente en las pruebas presentadas ante la Comisión que recurría al arresto como un medio de detención de sospechosos en el cuartel de policía para interrogarlos, al punto de “llevar a los sospechosos habituales” para interrogarlos tras la comisión de un delito grave. A pesar de que los Comisionados consideraban que tales prácticas eran ilegales, éstas no obstante continuaron. En *Houghton and Franciosy* se criticó a la policía por su “flagrante incumplimiento” de las Reglas Judiciales al detener a un sospechoso durante cinco días en estado de incomunicación; al analizar el caso en 1979, la Cámara de Apelaciones determinó que era necesario repetir nuevamente que “los oficiales de policía sólo pueden efectuar arrestos ante la comisión de un delito [...]. No están facultados [...] a arrestar a ninguna

³⁵² David Dixon, *Law in Policing: Legal Regulation and Police Practices* (Oxford: Clarendon Press, 1997), p. 130; véase también Satnam Choong, *Policing as Social Discipline* (Oxford: Clarendon Press, 1997), pp. 9-10. Para obtener un recuento de abusos evidentes a priori, véase Wilbur R. Miller, *Cops and Bobbies: Police Authority in New York and London, 1830-1870* (Chicago: University of Chicago Press, 1977), pp. 74-7. Acerca del surgimiento de la policía como parte acusadora, véase Douglas Hay y Francis Snyder, “Using the Criminal Law, 1750-1850: Policing, Private Prosecution, and the State”, en Douglas Hay y Francis Snyder (eds), *Policing and Prosecution in Britain, 1750-1850* (Oxford: Clarendon Press, 1989).

persona con el fin de efectuar averiguaciones sobre su persona”³⁵³. Sin embargo, a pesar de esta postura “oficial” y supuestamente “legal”, la divergencia entre la teoría y la práctica era evidente: no cabían dudas de que los interrogatorios policiales eran moneda corriente. Así es que existían tensiones entre las Reglas Judiciales y los pronunciamientos de los jueces con respecto a la postura oficial sobre la legalidad de los interrogatorios por un lado, y las prácticas policiales por el otro. Esas mismas tensiones rodeaban prácticamente todas las principales prácticas de la policía. No obstante, fundamentalmente, estas tensiones se han resuelto siempre, en última instancia, a favor de las prácticas policiales. Como lo ha demostrado Satnam Choong, la tendencia general sobre los arrestos y los interrogatorios policiales indica que la policía aumentó su dominio sobre los sospechosos simplemente asumiendo facultades que la ley le negaba. Los jefes de policía reconocieron abiertamente, uno tras otro, que la policía no hizo más que asumir las facultades que consideraba necesarias. En una oportunidad, sir Robert Mark manifestó tranquilamente que había una “justificación moral para evadir las reglas”, mientras que otro Comisario General, sir David McNee, hizo alarde públicamente del flagrante incumplimiento de las reglas por parte de la policía frente a los Comisionados Reales, manifestando que, ya que la policía en realidad ejercía *de facto* una serie de facultades que no se encontraban previstas en la ley ni en las Reglas Judiciales, se las debía otorgar *de jure*. De hecho, la policía ignoraba que el poder judicial exigía que se observara el régimen de derecho, y el prestigio y el poder de la policía quedan demostrados por el hecho de que el reconocimiento de Mark y McNee de posibles conductas anticonstitucionales y de desorden debe ser aceptado ecuánimemente en una sociedad democrática liberal³⁵⁴. El proceso de aumento de poderes mediante prácticas no autorizadas fue acompañado de un esfuerzo coordinado por parte de la policía por legitimar su accionar persuadiendo a jueces, políticos y al público que lo que estaba haciendo

³⁵³ Cita publicada en Choong, *Policing as Social Discipline*, p. 10; Dixon, *Law in Policing*, p. 143.

³⁵⁴ Choong, *Policing as Social Discipline*, pp. 11-16, 34 (cita de Mark y McNee, p. 13); véase también John Baxter y Laurence Kofman, “Introduction”, en John Baxter y Laurence Kofman (eds.), *Police: The Constitution and the Community* (Abingdon, Oxon: Professional Books, 1985), p. 1; Reiner, *Politics of the Police*, p. 82.

era necesario para frenar el delito —las investigaciones sugieren que la mayoría de los oficiales creen que la imposición absoluta del régimen de derecho a la labor policial tornarían esta última imposible—.

A medida que fue volviéndose evidente que la práctica policial se enfrentaba al régimen de derecho como se lo interpretaba en Gran Bretaña, surgieron dos formas de solucionarlo. En ambos casos, la práctica policial prevalecía. En el primer caso, el poder judicial simplemente defería a la policía. Como advierte Choong, no se registró ni un solo caso en que la Cámara de Apelaciones hubiera anulado una condena argumentando que el juez debía haberse rehusado a admitir una confesión por haberse omitido las advertencias pertinentes. Tampoco hubo ningún caso en que la Cámara de Apelaciones hubiera anulado una condena porque se hubiera negado ilícitamente la consulta a un abogado. A pesar de su vehemente crítica del flagrante incumplimiento de las Reglas Judiciales en *Houghton and Franciosy*, la Cámara de Apelaciones no obstante acordó con el juez de primera instancia que la confesión obtenida mientras el sospechoso estaba detenido era admisible. .

La segunda forma de resolver esto ha sido transformando la ley en un efecto de la práctica policial, primero mediante una modificación de las Reglas Judiciales, luego mediante importantes fallos judiciales y, finalmente, en las nuevas leyes. Como tal, la policía ha expandido constantemente los límites de la conducta “legal” al punto tal de transformar la ley misma. Con algunos ejemplos será suficiente: en un momento, como hemos visto, el arresto sólo era lícito si estaba respaldado por una orden judicial, pero actualmente no es común que la policía solicite aprobación para efectuar un arresto —la Ley del Derecho Penal (*Criminal Law Act*) de 1967 creó el concepto de “delito pasible de arresto”, por el cual se podía arrestar al delincuente sin una orden, situación que luego se previó nuevamente en la PACE—; las nuevas Reglas Judiciales que surgieron en 1964 aprobaron explícitamente el interrogatorio de sospechosos arrestados antes de la presentación de cargos, situación actualmente formalizada en la ley PACE (cuyo artículo 37 prevé el arresto y la detención con fines de investigación); la ilícita detención con fines de interrogatorio de forma tal de procurar una condena fue legitimada por las Reglas Judiciales y luego se convirtió en una práctica lícita (en el caso *Holgate-Mohammed v. Duke* [1984], seguido de la ley PACE); las

disposiciones sobre registro y confiscación de pruebas sin una orden judicial se ampliaron en función de la razonabilidad según el pronunciamiento de Lord Denning en el caso *Ghani v. Jones* (1970) y luego en *Garmkel v. Metropolitan Police Commissioner* (1972); la ilícita práctica de los oficiales de preparar las pruebas en forma conjunta en vez de separada continuó hasta que se aprobó una disposición especial que legalizaba las prácticas (Bass, 1953); la policía registró ilegalmente las viviendas hasta que se los autorizó a hacerlo por la vía legal, primero por decisión del poder judicial (*Ghani v. Jones*) y luego mediante la aprobación del Parlamento (en la ley PACE). De esta forma, en vez de que la policía aplicara las leyes sancionadas por el Parlamento, el Parlamento sancionaba leyes que legitimaran las prácticas policiales vigentes. La “reforma legal” suele significar poco más que el producto y la legitimación de las prácticas operativas de la policía³⁵⁵. La ley se reformuló a fin de ajustarse al ejercicio del poder de policía. Y al ser reformulada de acuerdo a la práctica policial, la ley ha mistificado, legitimizado y racionalizado el ejercicio del poder de policía, punto que retomaremos más adelante.

Ahora, hay quienes han sostenido que, como la tendencia general sobre los procedimientos de policía indica que la policía simplemente se adjudicaba facultades que la ley le negaba e ignoraba sistemáticamente los derechos legales de los sospechosos, es sensato hablar de “ilegalidad” policial o decir que la policía estaba “más allá de la ley”³⁵⁶. Muchos partidarios de izquierda han sostenido que la solución consiste en imponer con mayor firmeza el régimen de derecho a la policía, punto que retomaré luego. Sin embargo, si bien puede ser acertado decir que la garantía del “debido proceso” rara vez impide a los oficiales de policía hacer lo que deseen y que “el régimen de derecho, en general, no funciona a la par de los poderes de policía”³⁵⁷, normalmente su accionar se puede considerar

³⁵⁵ Mike McConville, Andrew Sanders y Roger Leng, *The Case for the Prosecution: Police Suspects and the Construction of Criminality* (Londres: Routledge, 1991), p. 177; Andrew Sanders y Richard Young, *Criminal Justice* (Londres: Butterworths, 1994), p. 124.

³⁵⁶ Choong, *Policing as Social Discipline*, p. 34. McConville, Sanders y Leng, *Case for the Prosecution*, pp. 175, 188-9; Tom Bowden, *Beyond the Limits of the Law: A Comparative Study of the Police in Crisis Politics* (Harmondsworth: Penguin, 1978); Ivor Jennings, *The Seditious Bill Explained* (Londres: New Statesman and Nation, 1934), p. 11.

³⁵⁷ Andrew Sanders y Richard Young, ‘The Rule of Law, Due Process and Pretrial Criminal Justice’, *Current Legal Problems*, Vol. 47, N° 2, 1994, pp. 125-56, p. 154; Egon Bittner, *The*

lícito. Como escriben Sanders y Young, la situación surge porque la ley es un producto de los organismos estatales (y de la policía en particular, como hemos visto) o, bien, porque la ley es lo suficientemente flexible como para adaptarse a lo que la policía desea hacer³⁵⁸. Las siguientes dos secciones abordan estos temas, respectivamente.

El gobierno y la racionalidad de la policía: discrecionalidad

El hecho de que la discrecionalidad es una característica clave del poder de policía es ampliamente aceptado. Rowan y Mayne incorporaron la discrecionalidad a las Instrucciones Generales impartidas a los nuevos agentes a partir de 1829, manifestando que “algo debe quedar necesariamente librado a la inteligencia y la discrecionalidad de los individuos”, mientras que personalidades clave como Chadwick defendieron los poderes discrecionales de la nueva autoridad. Más recientemente, lord Scarman ha señalado que “el ejercicio de la discrecionalidad es fundamental para la función de control”³⁵⁹. Durante gran parte de los siglos diecinueve y veinte, se ignoró en general la cuestión de los poderes discrecionales de la policía, quizás porque se dio por sentado que la policía actuaba según el régimen de derecho y dentro del marco de las restricciones “legales”. Sin embargo, ya no caben dudas de que no es posible comprender la función de control sin entender qué lugar ocupa la discrecionalidad en el rol de la policía. Primero, porque “la discrecionalidad de las entidades de aplicación de la ley es casi absoluta”³⁶⁰. Segundo, porque de acuerdo con la doctrina de “independencia de la fuerza policial”, cada uno de los

Functions of the Police in Modern Society: A Review of Background Factors, Current Practices, and Possible Role Models (Nueva York: Jason Aronson, 1975), p. 34; Gary T. Marx, *Under Cover: Police Surveillance in America* (Berkeley: University of California Press, 1988), p. 190: “en la práctica, el ‘debido proceso’ es poco relevante para el accionar policial contemporáneo, incluso en casos que resultan “impactantes frente al sentido universal de justicia”.

³⁵⁸ Sanders y Young, “Rule of Law, Due Process and Pre-trial Criminal Justice”.

³⁵⁹ Edwin Chadwick, “The New Poor Law”, *Edinburgh Review*, 63, 1836, pp. 487-537, p. 528; Lord Scarman, *The Scarman Report: The Brixton Disorders 10-12 April 1.981* (Harmondsworth: Penguin, 1982), s. 4.58.

³⁶⁰ Sanders y Young, *Criminal Justice*, p. 209.

oficiales de policía tiene, por ley, el derecho y el deber de hacer cumplir la ley según lo considere pertinente, lo que incluye la decisión de arrestar, interrogar y procesar, independientemente de las órdenes de sus superiores. “Lo irónico —observa Mike Brogden— es que son los menos de lo menos (el agente que patrulla las calles, a diferencia de otros “profesionales”) quienes pueden aplicar la máxima discrecionalidad en su labor”³⁶¹. Y tercero, porque identificando los aspectos que circundan la discrecionalidad se descubren las características claves del poder de policía. Muchos partidarios de izquierda han apuntado acertadamente a la forma en que la discrecionalidad conduce a la discriminación; ambas palabras comparten una misma raíz referida a la acción de separar, distinguir y juzgar. Por definición, mediante el ejercicio de la discrecionalidad policial se define quién se aparta de la norma en un contexto social dado y cómo se debe controlar tal apartamiento. Ciertas leyes pueden aplicarse con mayor rigurosidad a unos grupos que a otros, mientras que en otras ocasiones ciertas técnicas de mantenimiento del orden se aplicarán a grupos diferentes. Existen vastas pruebas de que los valores discrecionales vigentes son congruentes con los de la clase dirigente. Históricamente, y de acuerdo con el mandato policial, el poder discrecional de la policía discriminaba a los miembros de la clase trabajadora, a quienes los agentes tendían a considerar “contrarios al orden”. Las distintas Leyes de Policía, la legislación sancionada entre 1869 y 1871 sobre delincuentes “habituales”, diversos estatutos y, más notablemente, la Ley contra el Vagabundeo de 1824 dieron a la policía enormes poderes discrecionales. Como se mencionó en el capítulo anterior, la Ley contra el Vagabundeo dio a la policía la potestad de arrestar a quien merodeara con fines delictivos, mientras que la Ley contra Criminales Habituales (*Habitual Criminals Act*) de 1869 y la Ley de Prevención de Delitos (*Prevention of Crimes Act*) de 1871 concedieron a la policía el poder de arrestar a una persona simplemente por “haber

³⁶¹ Mike Brogden, *On the Mersey Beat: Policing Liverpool Between the Wars* (Oxford: Oxford University Press, 1991), p. 92. James Wilson, *Varieties of Police Behaviour* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1968), p. 7: “el departamento de policía cuenta con la característica especial [...] de que, dentro de él, la discrecionalidad aumenta a medida que disminuye la jerarquía”. Esto diferencia a la policía de sus parientes políticos más cercanos, los militares, cuyos rangos más bajos obedecen órdenes y prácticamente carecen de discrecionalidad.

sido condenada anteriormente por más de un delito (y por ser, en consecuencia, “criminales habituales”, miembros de la “clase de delinquentes”). Como comenta Gatrell, la aplicación de la discrecionalidad variaba según cada grupo en particular, y se suponía que así fuera. Las primeras órdenes policiales dejaban muy en claro con qué grupos debía hacerse uso de tales facultades, y exigían a la policía que se concentrara en la clase trabajadora³⁶². Más recientemente, numerosas investigaciones han revelado la dinámica racial inherente al ejercicio de la discrecionalidad policial, al demostrar que, estadísticamente, los negros son más propensos a ser detenidos que cualquier otro grupo. Por el contrario, cuando un cierto grado de discrecionalidad causa discriminación a partir de la excesiva aplicación de las leyes a ciertos grupos, al mismo tiempo, la insuficiente aplicación de otras leyes no logra proteger a otros grupos. El ejemplo más obvio implica las decisiones policiales de no intervenir, arrestar, presentar cargos ni procesar, en la gran mayoría de los casos, al hombre por actos de violencia doméstica contra la mujer³⁶³. De cualquier modo, la “discrecionalidad” implica, en la práctica, discriminación a partir de la aplicación selectiva de la ley y del mantenimiento del orden.

Al decir que “la policía hace cumplir la ley” se pasa por alto el enorme abanico de actos discrecionales de la policía que, en medida mucho mayor que los códigos legales, forjan el comportamiento de la policía³⁶⁴. En el caso del arresto, por ejemplo, no caben dudas de que es posible detener y registrar a los sospechosos en la calle y llevarlos a la comisaría; fuera de los arrestos efectuados bajo orden judicial, la facultad de arrestar radica exclusivamente en la discrecionalidad del oficial de policía. Asimismo, la policía puede, a discreción, disponer absolutamente del cuerpo y los bienes del sospechoso. La policía tiene facultades para decidir registrar bienes, disponer que el sospechoso quede detenido en la comisaría durante un periodo máximo de 36 horas, controlar el tiempo en que se resuelve el caso, interrogar sospechosos sin autorización,

³⁶² Gatrell, “Crime, Authority and the Policeman-state”, p. 278. Véase también Clive Emsley, *Crime and Society in England 1750-1900* (Londres: Longman, 1996), p. 23.

³⁶³ Duncan Campbell, “Police Stop Blacks Eight Times More than Whites”, *Guardian*, 27 de Julio de 1998; Susan Edwards, *Policing ‘Domestic’ Violence: Women, Law and the State* (Londres: Sage, 1989), pp. 81-110.

³⁶⁴ Carl B. Klockars, *The Idea of Police* (Londres: Sage, 1985), p. 92.

privarlos de sus efectos personales, quitarles su ropa, revisar los orificios de su cuerpo, tomarles las huellas digitales por la fuerza, tirarles del cabello, lavarles la boca y limpiar debajo de sus uñas; la policía puede, además, prohibirles que realicen ejercicio y el acceso a frazadas, cigarrillos, comida y bebida³⁶⁵. Para estar segura, la policía debe seguir los procedimientos adecuados al realizar tales actos, aunque estos, no obstante, ponen énfasis en que el poder radica casi exclusivamente en el Estado y es ejercido mediante el organismo de la policía. Debido a que la discrecionalidad puede incluir cualquier conducta, desde ignorar directamente un delito hasta los actos más atroces y brutales, incluso la clase de paliza propinada a Rodney King en Los Ángeles puede justificarse a partir de las facultades discrecionales de la policía³⁶⁶.

La naturaleza discriminatoria de la discrecionalidad, por lo tanto, se basa en la estructura permisiva del derecho y en los poderes concedidos a la policía para preservar el orden³⁶⁷.

Aquel ciudadano a quien se considere sospechoso se encuentra desprovisto de su palio de derechos, y la policía puede lícitamente tomar control y trabajar sobre su cuerpo y mente. La ley no prevé que los sospechosos tengan derecho a no ser detenidos, registrados, arrestados o demorados sin que medie presentación de cargos o juicio en su contra. La ley no proclama que los sospechosos tengan el derecho absoluto de no responder las preguntas formuladas por la policía, ni derecho a que la policía no los maltrate una vez efectuado el arresto. La ley, en cambio, establece fundamentalmente lo que la policía *puede* hacer al sospechoso³⁶⁸.

³⁶⁵ *The Police and Criminal Evidence Act 1984* (Londres: Sweet and Maxwell/Police Review, 1985), artículos 41, 42, 54, 55, 61, 62; circular 22/92 del Ministerio del Interior, y artículos 63 y 65 de la ley PACE según modificación efectuada por la Ley de Justicia Penal y Orden Público de 1994, cita publicada en Choong, *Policing as Social Discipline*, pp. 98, 219.

³⁶⁶ Tras el juicio, que se basó en gran medida en el video de prueba de los 53 golpes que recibió el cuerpo de King, el jurado decidió que no se había cometido ningún ataque. Como advierte P. A. J. Waddington, *Policing Citizens* (Londres: UCL Press, 1999), p. 179, “dar golpear a alguien prácticamente sin motivo es algo que la policía puede hacer con todas las de la ley si ello es pertinente o necesario para lograr un fin lícito”.

³⁶⁷ Doreen McBarnet, *Conviction: Law, the State and the Construction of Justice* (Londres: Macmillan, 1981), p. 35.

³⁶⁸ Choong, *Policing as Social Discipline*, p. 217.

Que la discrecionalidad sea una parte crucial del ejercicio de los poderes de la policía nos dice algo importante acerca de la policía y su relación con el poder del Estado, ya que la discrecionalidad es, en general, una característica del poder del Estado. Naturalmente, éste se ha convertido, por lo tanto, en uno de los temas más debatidos sobre las instituciones del Estado liberal moderno de bienestar en general y sobre las instituciones de administración política en particular. Si bien la jurisprudencia liberal tiende a tratar la discrecionalidad puramente a partir de su lugar en las decisiones judiciales³⁶⁹, la discrecionalidad de la policía en realidad solo puede entenderse viendo a la policía menos como una forma de poder jurídico, y más como una forma de administración política, ya que el ejercicio de la discrecionalidad es tanto una función ejecutiva como una judicial. En el caso *Shaaban Bin Hussein v. Chong Fook Kam* (1970), lord Devlin sostuvo que “[c]onceder la potestad de efectuar arrestos a partir de sospechas fundadas no quiere decir que se la deba ejercer siempre o siquiera habitualmente. Quiere decir que existe discrecionalidad en la ejecución”. Esto nos permite incorporar la discrecionalidad policial al concepto general de administración. En el caso *Holgate-Mohammed v. Duke* (1984), los Lores confirmaron que la potestad de efectuar arrestos constituía una discrecionalidad ejecutiva y que el ejercicio de la discrecionalidad por parte de la policía (en este caso relativo a una pretensión de arresto ilícito) no es distinta de la ejercida por otros funcionarios administrativos. Se determinó que el agente había hecho uso de “una discrecionalidad ejecutiva” prevista en la ley (artículo 2, inciso 4, de la Ley de Derecho Penal de 1967, actual artículo 24, inciso 6, de la ley PACE) y, por lo tanto, sus actos se regían por los principios de arbitrariedad aplicables a los actos administrativos. Como advierte Lustgarten, aquí se estaba tratando al oficial como a un funcionario ejecutivo, sujeto al mismo análisis legal que cualquier autoridad dotada de poderes discrecionales. En lugar de ver al agente de policía como a un simple ciudadano uniformado que hace cumplir la ley, se lo debe reconocer por lo que es: un funcionario del estado que hace uso de facultades administrativas o ejecutivas, una forma de “administración

³⁶⁹ Véase, por ejemplo, Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Londres: Duckworth, 1978), pp. 31-9.

callejera³⁷⁰. Y volviendo sobre nuestros pasos por un momento, lo importante acerca de las actividades policiales analizadas anteriormente no es que ciertos actos policiales hayan sido técnicamente ilegales y luego se los haya transformado en legales, sino que los actos en cuestión se regían de acuerdo a procedimientos y normas administrativas. Las Reglas Judiciales *no* formaban parte del derecho, sino que eran principios administrativos orientadores aprobados por el poder judicial y el ejecutivo, condición con la que los jueces mismos siempre estuvieron familiarizados³⁷¹. El tipo de cambios derivados de la práctica policial que representaron cambios importantes en el procedimiento penal implicaron el uso extraordinario de la potestad de elaborar normas administrativas.

Así, mientras la discrecionalidad *surge estructuralmente* de los poderes legales, para lograr comprenderla es necesario analizarla en el contexto del *derecho administrativo* en particular. En el caso *Holgate-Mohammed v. Duke*, lord Diplock expresó que, por su carácter de función ejecutiva, la discrecionalidad debía ejercerse de acuerdo con el principio clave del derecho administrativo que exigía que su aplicación fuera razonable. Ahora, no se ha considerado que el ejercicio de esta discrecionalidad policial esté inmediatamente sujeto al derecho administrativo, especialmente porque los tribunales se han mostrado renuentes a restringir la libertad operativa. Pero, tal como ha expresado Kenneth Culp Davis hace algún tiempo en su clásica versión sobre el poder discrecional, si bien las clasificaciones legales tradicionales tales como “derecho administrativo”

³⁷⁰ Laurence Lustgarten, *The Governance of Police* (Londres: Sweet and Maxwell, 1986), pp. 10,15, 30,68-70; véase también Christopher L. Ryan y Katherine S. Williams, “Police Discretion”, *Public Law*, 1986, pp. 285-310; Michael Lipsky, *Street-Level Bureaucracy: Dilemmas of the Individual in Public Services* (Nueva York: Russell Sage Foundation, 1980).

³⁷¹ Lord Devlin, por ejemplo, advirtió en 1960 que “las Reglas Judiciales se habían elaborado para brindar orientación a la policía y no para limitar el poder judicial”. En el caso *R. v. Prager* (1972) también se sostuvo que una confesión voluntaria efectuada en contravención de las Reglas no podía considerarse inadmisibles ya que ello “importaría ascender las Reglas Judiciales a la categoría de reglas del derecho”; cita publicada en McBarnet, *Conviction*, p. 67. Sanders y Young, *Criminal Justice*, p. 124, advierten que la obligación de la policía de informar a los sospechosos acerca de su derecho de recibir asesoramiento legal, al formar parte de las Reglas Judiciales, constituía una simple “instrucción administrativa”. Véase también Sanders y Young “Rule of Law, Due Process and Pre-trial Criminal Justice”, pp. 128-9; Dixon, *Law in Policing*, p. 135; Choong, *Policing as Social Discipline*, pp. 13-18.

y “organismos administrativos” generalmente han excluido la institución de la policía, debido a que la mayor concentración de poder discrecional yace en manos de los oficiales de policía, se las debe interpretar según los principios del derecho administrativo³⁷². La discrecionalidad policial difiere de la de otros funcionarios públicos únicamente por el carácter específico del elemento de las relaciones humanas y los lugares en que se la ejerce, y no porque sea de algún modo un proceso más “legal”.

La incertidumbre legal que rodea la discrecionalidad no es contraria al derecho administrativo, sino producto de los caprichos de éste. El derecho es lo suficientemente flexible como para dar a la policía vastos poderes discrecionales bajo el principio de “sospecha razonable” —la potestad de arrestar, detener y registrar, por ejemplo, se rigen solo por el estándar de “sospecha razonable”—. Sin embargo, no existe una definición de “sospecha razonable” ni en la ley ni en la jurisprudencia. El concepto de “razonable”, en cambio, se interpreta de acuerdo con las “reglas de *Wednesbury*” establecidas en el caso *Associated Provincial Picture Houses § v. Wednesbury Corporation* (1948), se lo evalúa de acuerdo con los estándares aplicables a funcionarios ejecutivos y se lo mide según los principios básicos del derecho administrativo³⁷³. Esto da a la policía prácticamente carta blanca: se ha dicho que el concepto de “arbitrariedad” se aplica “a una decisión que resulta tan escandalosamente contraria a la lógica o a los estándares morales aceptados que una persona sensata, haciendo uso de sus facultades, [...] no podría haber llegado a ella”³⁷⁴. No resulta sorprendente, por lo tanto, que el acusado cuente con pocos argumentos para objetar los “fundamentos razonables de la sospecha” encontrándose detenido y sujeto al poder de registro: un importante estudio determinó que el criterio de la sospecha razonable incluía “paso ligero” y “paso lento”.³⁷⁵ Al igual que otras categorías según

³⁷² Kenneth Gulp Davis, *Discretionary justice: A Preliminary Inquiry* (Urbana: University of Illinois Press, 1971), p. 222.

³⁷³ Dixon, *Law in Policing*, p. 142; Sanders y Young, *Criminal Justice*, p. 99.

³⁷⁴ *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* (1984), cita publicada en D. J. Galligan, *Discretionary Powers: A Legal Study of Official Discretion* (Oxford: Oxford University Press, 1986), p. 263.

³⁷⁵ David Smith y Jeremy Gray, *Police and People in London, Vol. IV: The Police in Action* (Londres: Policy Studies Institute, 1983), p. 232. Dada esta amplia interpretación y uso del concepto de “sospecha razonable”, quizá no debería sorprendernos la cantidad de registros

las cuales la policía tomaba control de los ciudadanos, tales como “ayudar a la policía con sus averiguaciones”, “obstaculización” y “resistencia al arresto”, la “sospecha razonable” no es más que otro eufemismo de la aplicación del poder de policía, que ofrece potestades discrecionales suficientes para que la policía estructure un determinado enfrentamiento. Lejos de representar los puntos débiles del sistema, tales factores son, en realidad, fuentes de fuerza operativa, ya que quieren decir que la policía, más que intentar identificar nuevas infracciones a determinadas leyes, utiliza la ley como parte del mandato general de mantenimiento del orden³⁷⁶. La discrecionalidad permite el ejercicio del poder, manteniéndose alejada del derecho, y se somete al poder del gobierno aunque utilizando su propia significancia simbólica y política para confirmar ese mismo poder.

Esto es totalmente congruente con el rol de la discrecionalidad dentro de las demás instituciones de seguridad social. El surgimiento y el desarrollo de nuevas formas de administración política a partir de 1834 han implicado la proliferación de poderes discrecionales concedidos a una amplia gama de autoridades y funcionarios, de los cuales la policía es sólo uno. Para las nuevas formas políticas, los poderes discrecionales han sido fundamentales para administrar el desempleo en el siglo veinte, por ejemplo. En otra oportunidad manifesté que la creación, en 1934, de un Consejo Consultivo de Desempleo (UAB) formó parte del intento de “quitar de la esfera política” la asistencia por desempleo, de subsumir la lucha de la clase trabajadora en una nueva forma administrativa y de evitar los tribunales generando una maquinaria de apelaciones bajo una forma cuasijudicial³⁷⁷. Ya en 1934 era evidente que el Programa de

aleatorios efectuados: en 1998, la policía británica detuvo y registró a 1.050.700 personas, de las cuales sólo un diez por ciento fueron arrestadas; “Stop and Search at Record Level”, *Guardian*, 23 de enero de 1999. Mike Davis, *City of Quartz: Excavating the Future in Los Angeles* (Londres: Vintage, 1992), p. 272, advierte que en Los Ángeles usar calzado con cordones rojos constituía un fundamento razonable para efectuar un arresto.

³⁷⁶ Véase McBarnet, *Conviction*, p. 167; y “Legal Form and Legal Mystification: An Analytical Postscript on the Scottish Criminal Justice Act, the Royal Commission on Criminal Procedure, and the Politics of Law and Order”, *International journal of the Sociology of Law*, Vol. 10, 1982, pp. 409-17; Mike Brogden, “Stopping the People - Crime Control versus Social Control”, en Baxter y Kofman (eds.), *Police*, p. 94.

³⁷⁷ Véase Mark Neocleous, *Administering Civil Society: Towards a Theory of State Power* (Londres: Macmillan, 1996), p. 159.

Seguro por Desempleo de 1911 era inadecuado en épocas de recesión y que existían numerosas contradicciones en cuanto a los “pagos transicionales”. Al mismo tiempo, el gobierno estaba decidido a implementar un riguroso control del gasto. La verificación del ingreso familiar implicaba decisiones discrecionales en casos particulares, y los poderes discrecionales otorgados por las Disposiciones Asistenciales por Desempleo (*Unemployment Assistance Regulations*) de 1934 eran amplios³⁷⁸. Los cambios muestran cómo la discrecionalidad de un organismo aparentemente independiente del control del ejecutivo —el UAB se creó como un organismo corporativo con funciones ejecutivas que no estaba sujeto al control de un ministro, aunque el Ministro de Trabajo podía modificar las disposiciones del UAB y debía aprobar las disposiciones para aplicar la verificación del ingreso familiar— daba la imagen de una entidad que funcionaba, en forma más general, al margen del poder del Estado. La existencia de esta discrecionalidad permite al Estado en general y al gobierno en particular situarse, en apariencia, a cierta distancia de los procesos administrativos y, en consecuencia, del control de la sociedad civil. La discrecionalidad promueve la idea de que el gobierno y el control son, de cierto modo, ajenos a la política. Por lo tanto, cualquier crítica u objeción al sistema se puede focalizar sobre instancias particulares del ejercicio de la discrecionalidad más que en la existencia más fundamental del poder del Estado detrás de las instituciones en cuestión. Así, la crítica y las objeciones al sistema de bienestar se concentran en cuestiones de la administración deficiente del ejercicio del poder discrecional, mientras que las críticas y las objeciones a la policía se transforman en debates sobre los actos individuales de cada oficial y si utilizan su discrecionalidad en la forma más “razonable”.

Es importante reconocer que, habiéndose originado a partir del surgimiento del Estado administrativo, el “derecho administrativo” se utilizó para referirse no solo a las leyes sobre los poderes del gobierno, sino a los cuerpos de leyes elaborados dentro del gobierno y aplicados por éste.

³⁷⁸ Véase Alan Booth, “An Administrative Experiment in Unemployment Policy in the Thirties”, *Public Administration*, Vol. 56, 1978, pp. 139-57; Tony Prosser, “The Politics of Discretion”. Aspects of Discretionary Power in the Supplementary Benefits Scheme”, en Michael Adler y Stewart Asquith (eds.), *Discretion and Welfare* (Londres: Heinemann, 1981), p. 157.

Esto generó un *continuo de derecho y gobierno*. Un aspecto de este continuo es que la administración política puede funcionar de manera cuasilegislativa y cuasijudicial. La cuasilegislación funciona mediante leyes delegadas o pronunciamientos de los distintos ministerios del gobierno; el accionar cuasijudicial se da en los tribunales, los cuales ejercen funciones judiciales o, bien, funciones administrativas en forma judicial. El desarrollo de la gestión cuasilegislativa y cuasijudicial se dio a partir de 1834 y contribuyó a desdibujar la línea trazada entre lo judicial y lo administrativo en cuanto al control de la sociedad civil³⁷⁹. Aquí se argumenta que esto tiene un equivalente directo en el desarrollo de la institución policial: por representar una forma de administración política, la policía actuaba también de manera cuasijudicial. Son más las decisiones judiciales, en cuanto a la interpretación y la determinación del régimen de derecho, tomadas por la policía que por el poder judicial y los tribunales. El poder judicial de la policía tiene varios usos importantes. Las decisiones discrecionales de hacer o no cumplir determinadas leyes son, en verdad, decisiones judiciales, y el Estado las reconoce como tales: el Comité de Donoughmore sobre Poderes Ministeriales en 1932 sostuvo que existía una diferencia entre la función judicial y cuasijudicial, la cual consistía en el elemento de la discrecionalidad, que se creía que residía únicamente en esta última. Y si bien el proceso de arresto seguido del procesamiento del sospechoso alguna vez fue parte del proceso judicial, actualmente forma parte del proceso ejecutivo con características cuasijudiciales. La decisión de hacer cumplir la ley —mediante advertencia o procesamiento— también queda afuera de la concepción democrática liberal de la separación de poderes y de la autonomía del poder judicial, mientras que la selección de los cargos es también una forma de decisión judicial. Y un juez ha observado que, en cuanto a las investigación policial, “la policía tiene el deber de efectuar averiguaciones en sentido cuasijudicial”, lo que quiere decir que se espera que las averiguaciones policiales se realicen en pro de la equidad judicial, incluso aunque no formen parte del proceso judicial³⁸⁰. Asimismo, la institución policial

³⁷⁹ Véase Neocleous, *Administering Civil Society*, Capítulo 5, para conocer la versión completa.

³⁸⁰ Patrick Devlin, *The Judge* (Oxford: Oxford University Press, 1979), pp. 71, 83. Resulta interesante que Devlin también distinga los distintos tipos de interrogatorios que la

comenzó rápidamente a ejercer funciones cuasijudiciales bajo ciertas leyes, como por ejemplo el artículo 4 de la Ley contra el Vagabundeo de 1824 y “poderes de registro aleatorio”, consagrados en ciertas Leyes del Municipio Local. Los poderes de policía previstos en tales leyes revirtieron el tradicional precepto de inocencia del acusado —los oficiales de policía determinaban la culpa del sospechoso según estas leyes, y recaía sobre el sospechoso la carga de probar su inocencia—. Dado que la mayoría de los encuentros en la vía pública se estructuran a partir de la legislación de registro aleatorio y quedan afuera de toda regulación legal sistemática, esto concede a la policía una considerable autonomía cuasijudicial. Por último, la ley es, en gran medida, producto de la policía, como hemos visto³⁸¹.

La clásica réplica a esto desde la perspectiva que destaca el régimen de derecho es que, en última instancia, los tribunales tienen la potestad de ejercer control judicial sobre la policía, fundamento que refleja la perspectiva de que, en última instancia, los tribunales tienen la facultad de ejercer un control judicial sobre el gobierno. El supuesto del que se parte es que el poder judicial puede normalmente reconfirmar el régimen de derecho y, por lo tanto, el derecho tiene el poder último sobre el gobierno/la policía. Pero en ambos casos los tribunales han cedido constantemente ante el poder del gobierno y la policía. El efecto causado por la naturaleza cuasijudicial del accionar policial es similar al producido por la naturaleza cuasijudicial de muchas de las otras instituciones de gestión política, como los tribunales administrativos. El hecho de que sean *cuasijudiciales* genera lo que Jeffrey Jowell describe como “seguridad simbólica”³⁸². La aseveración de que los procesos en cuestión son *de cierta forma* legales, combinada con la deferencia de los tribunales mismos

policía puede efectuar a partir de que algunos de ellos son de tipo judicial y otros de tipo administrativo. “Existe una distinción, lo suficientemente clara en un principio aunque difícil de aplicar, entre solicitar la información necesaria para una investigación y obtener los reconocimientos necesarios para presentar pruebas. Los interrogatorios de la primera categoría tienen carácter administrativo, mientras que los de la segunda tienen carácter judicial” (p. 80).

³⁸¹ Brogden, *Police: Autonomy and Consent*, pp. 24-5; Waddington, *Policing Citizens*, p. 186.

³⁸² Jeffrey Jowell, “The Legal Control of Administrative Discretion”, *Public Law*, 1973, pp. 178-220, p. 217.

hacia las prácticas de control utilizadas por las instituciones en cuestión, invoca los mitos y los símbolos que rodean al derecho y logra aplacar las fuerzas opositoras.

Decir que la policía es una entidad tanto administrativa como judicial es congruente con el hecho de que su ubicación en la separación democrática liberal de poderes nunca ha sido clara. La legislación original que creó la policía moderna en Gran Bretaña no especificaba la situación legal de los nuevos oficiales de policía, ni tampoco cuál era la fuente de sus potestades. De cierta forma, entonces, la situación jurídica de la policía había quedado en un vacío de ambigüedad. Los primeros Comisarios Generales de Policía de Londres prestaron juramento no como oficiales de policía, sino como Jueces de Paz; en otras palabras, quienes estaban a cargo de la policía eran funcionarios judiciales. Pero la Ley de la Policía Metropolitana de 1829 de inmediato subordinó los Comisarios Generales al poder ejecutivo (al Secretario del Interior), y desde el principio la Secretaría del Interior reconoció que “la policía se encontraba bajo el control del Ministerio del Interior”³⁸³. Si bien eran funcionarios judiciales, sus poderes judiciales nunca estuvieron bien delimitados, como tampoco lo estuvo el papel que debían desempeñar frente al poder ejecutivo o al judicial³⁸⁴. Si bien la policía y los políticos británicos difundían el mito de la independencia policial frente al control del ejecutivo, al fin de cuentas queda en claro que el ejercicio del poder de policía se lleva adelante de acuerdo con los lineamientos, las decisiones y los intereses del poder ejecutivo del Estado. Lustgarten advierte que el mayor poder concedido en 1919 al Secretario del Interior para dictar disposiciones para todas las fuerzas con respecto a remuneración,

³⁸³ La frase se formuló como una pregunta al Secretario del Interior, lord Melbourne, en 1833 en el marco de una pesquisa judicial sobre una manifestación contra la policía realizada en Clerkenwell que se había transformado en una revuelta en la que un oficial de policía falleció como producto de una herida de puñal. La respuesta de Melbourne a la pregunta fue un rotundo “sí”. El dictamen de 1834 elaborado a partir de la averiguación proclamaba la “necesidad de separar de una vez las funciones judiciales y ejecutivas de los Magistrados Policiales”. Véase David Ascoli, *The Queen's Peace: The Origins and Development of the Metropolitan Police 1829-1979* (Londres: Hamish Hamilton, 1979), p. 106.

³⁸⁴ Los primeros Comisarios Generales, Rowan y Mayne, no tenían en claro cuál era su situación frente a los poderes judicial y ejecutivo. Ascoli, *Queen's Peace*, p. 103, sostiene que entre abril y noviembre de 1832 solamente, Mayne escribió once cartas a la Secretaría del Interior acerca de este tema.

términos y condiciones de promoción laboral y disciplina ha significado que la Secretaría del Interior “logró un poder jurídico y una capacidad administrativa sin precedentes que le permitiría influir en la evolución del sistema de control en Inglaterra y Gales”³⁸⁵. También queda bastante claro que, en términos operativos, el poder ejecutivo juega un papel clave en las actividades policiales, en particular en lo concerniente al control de la lucha organizada de la clase trabajadora. El sistema de control del conflicto industrial ha demostrado, mejor que nadie, cuán estrecho es el vínculo de la Secretaría del Interior con las cuestiones operativas referentes al accionar policial en las distintas autoridades policiales. Los Secretarios del Interior han utilizado consistentemente la Asociación de Oficiales Jerárquicos de Policía (ACPO) como un mecanismo para coordinar las actividades policiales de todas las fuerzas. El mito liberal de que una fuerza nacional sea inherentemente totalitaria ha encubierto el control nacional *de facto*, sino incluso *de jure*, de la policía ejercido por la Secretaría del Interior, como lo demuestra el abanico de unidades policiales “nacionales” —Centro Nacional de Informes, Computadora Nacional, Departamento de Identificación Nacional, etc.—³⁸⁶.

El motivo por el cual es difícil “ubicar” a la policía dentro de las instituciones del Estado no se debe a la peculiaridad de la fusión británica más que a la separación de poderes, ya que el doble apoyo a la policía por parte de los poderes ejecutivo y judicial es característico de todas las democracias³⁸⁷. Lejos de quedarse incómodamente en las esferas judicial y ejecutiva, la institución policial se encuentra entre estas esferas naturalmente, operando con mayor comodidad en la “frontera abierta” entre las esferas del poder del Estado y dando a la policía un aura de independencia que ninguna otra institución del Estado parece tener.

³⁸⁵ Lustgarten, *Governance of Police*, p. 43.

³⁸⁶ Reiner, *Politics of the Police*, pp. 239-48.

³⁸⁷ Bittner, “Police on Skid-row”, p. 699. Véase el comentario sobre la “profunda confusión administrativa” creada por el desdibujamiento de la distinción entre la policía como un organismo ejecutivo o judicial en Australia en Mark Finnane, *Police and Government: Histories of Policing in Australia* (Oxford: Oxford University Press, 1994), pp. 14-17.

“Cosas grandiosas y maravillosas”: la mitología de la ley y el orden modernos

Varios autores, al escribir sobre la policía, han respondido a los problemas planteados anteriormente exigiendo un “regreso a la legalidad” y el sometimiento a un régimen de derecho debidamente funcional no sólo de la policía, sino de todas las prácticas administrativas del Estado moderno. En cuanto a la discrecionalidad, por ejemplo, el debate acerca de su aplicación tanto en la burocracia de bienestar como en la institución de policía es notablemente similar. En ambos casos, el tema central tiene que ver con el interrogante de si el ejercicio de poderes discrecionales yace de algún modo “fuera” o “más allá” de la ley, y, luego, si debiera existir un mayor control jurídico de tales poderes. La discrecionalidad se considera un problema, algo que se interpone en el camino de los derechos. El tema, por lo tanto, se ha interpretado como una competencia entre el ejercicio potencialmente arbitrario del poder ejecutivo —que se da frecuente aunque no exclusivamente mediante el ejercicio de la discrecionalidad— y la equidad formal del régimen de derecho: la opción de “discrecionalidad o derechos”, según las palabras de un autor, y de “discrecionalidad o legalidad”, según las palabras de otro³⁸⁸. La discrecionalidad *como gobierno* parece socavar los derechos *como ley*. En el caso de la policía social, los derechos se entienden como derechos sociales; en el caso de la policía, los derechos son los derechos legales consolidados en el régimen de derecho. Por otro lado, hay quienes han sostenido que el derecho como mínimo inhibe o restringe la discrecionalidad. Galligan, por ejemplo, comenta que “el régimen de derecho ha constituido una poderosa base para condenar el uso de poderes discrecionales y, así, para limitar las actividades del Estado”³⁸⁹. Se

³⁸⁸ La primera cita corresponde a David Donnison, *The Politics of Poverty* (Oxford: Martin Robertson, 1982), p. 93, la segunda, a Julian Fulbrook, *Administrative Justice and the Unemployed* (Londres: Mansell, 1978), p. 201. Véase también Christopher Ham y Michael Hill, *The Policy Process in the Modern Capitalist State* (Brighton: Harvester, 1984), p. 156; Michael Adler y Stewart Asquith, “Discretion and Power”, en Adler y Asquith (eds.), *Discretion and Welfare*, p. 9. Y obsérvese Roscoe Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law* (New Haven: Yale University Press, 1954), p. 54: “Casi todos los problemas de jurisprudencia se reducen en el problema básico de régimen y discrecionalidad”.

³⁸⁹ Galligan, *Discretionary Powers*, p. 91.

puede argumentar que éste ha sido el tema central de los debates sobre política social y policía en las últimas décadas del siglo veinte. Pero cualquiera sea el “lado” del que uno se encuentre, el principio general es que existe una clara separación entre la discrecionalidad, como el ejercicio del poder en forma cotidiana, y el régimen de derecho. Este principio tiene una mayor repercusión dentro del pensamiento social y político. Los liberales han sostenido, desde hace mucho tiempo, que el régimen de derecho y la discrecionalidad son conceptos contradictorios. A. V. Dicey, por ejemplo, manifiesta que “el régimen de derecho contrasta con cualquier sistema de gobierno a partir de la aplicación por parte de autoridades con poderes amplios, arbitrarios o discrecionales”, mientras que F. A. Hayek define los límites legales de la discrecionalidad administrativa como el “aspecto crucial” de la constitución de la libertad y observa una separación radical entre el régimen de derecho y la discrecionalidad: “el principio del régimen de derecho, en efecto, significa que las autoridades administrativas no deberían tener poderes discrecionales”. Desde una postura política diferente, Bob Jessop ha advertido que “el régimen de derecho es reemplazado en el estado intervencionista por la discrecionalidad administrativa”³⁹⁰.

El amplio trasfondo teórico de esto es, de hecho, una errónea concepción del régimen de derecho, concepción íntimamente vinculada con una confusión acerca de la base jurídica de la relación policial. El problema del argumento de que todo lo que se necesita es una reconfirmación del régimen de derecho y un regreso a la legalidad —la realización de la ley correcta en contraposición a las leyes malas— es que incurre en lo que podría describirse como fetichismo (Balbus) o una patología del

³⁹⁰ A. V. Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, décima edición (Londres: Macmillan, 1959), p. 188; F. A. Hayek, *The Constitution of Liberty* (Londres: Routledge, 1960), p. 213; Bob Jessop, “The Transformation of the State in Post-war Britain”, en Richard Scase (ed.), *The State in Western Europe* (Londres: Croom Helm, 1980), p. 62. Como comentario en *Administering Civil Society*, p. 162, demasiados autores cuando analizan el derecho trabajan con dicotomías simples —contrato vs. Estado, derecho vs. administración, cortes vs. tribunales— y nos alientan a verlos como “etapas” históricas, a considerar uno más “moderno” que el otro y a aceptar que cosas tales como la administración ocurren de algún modo *afuera de la esfera del derecho*. Peor aún, tales posturas consideran que todo aquello que no coincide con el concepto liberal del derecho de cierta forma constituye un problema.

legalismo (Titmuss)³⁹¹ en donde el derecho se transforma en una mítica respuesta a los problemas presentados por el poder. En el proceso, se ignoran los problemas inherentes al derecho. El derecho se considera una realidad “independiente” o “autónoma”, que se explica a partir de su propia dinámica, una materia cuya misma existencia requiere que los individuos y las instituciones se “conviertan en objeto” de ella. Esto genera la ilusión de que el Derecho tiene vida por sí mismo. Desarrollaré este argumento a través del breve análisis de una declaración efectuada por E. P. Thompson.

Hacia el final de su relato sobre el origen de la Ley Negra y el papel que jugaba el derecho en el desarrollo de una opresiva serie de relaciones sociales en el siglo dieciocho, Thompson comenta que el régimen de derecho es “un logro cultural de importancia universal [...] un bien humano absoluto”³⁹². En cierto sentido, lo que Thompson quiere decir con esto es que el régimen de derecho es indudablemente mejor que el régimen autoritario (aunque, como señala Bob Fine, no es necesario que el régimen de derecho constituya un bien humano absoluto para que sea mejor que el autoritarismo)³⁹³. Pero en un sentido más amplio, el argumento de Thompson —común entre la ideología de Izquierda— parte del supuesto de que el régimen de derecho es el mejor régimen que existe. Al hacerlo, sin embargo, hace una interpretación esencialmente liberal del régimen de derecho, incurre en una veneración excesiva de la ley e ignora una parte fundamental de la realidad del régimen de derecho. Como vimos en el capítulo 2, si bien el régimen de derecho surgió como parte del ataque liberal contra el arbitrario y excesivo poder del Estado, su contracara fue que se lo utilizó como parte del ataque ideológico contra el poder que retenía “el populacho”, es decir, la clase trabajadora. Si bien el régimen de derecho ha sido utilizado contra el poder del Estado, es también en su nombre que se profundizó y fortaleció el autoritarismo

³⁹¹ Isaac D. Balbus, “Commodity Form and Legal Form: An Essay on the ‘Relative Autonomy’ of the Law”, en Charles Reardon y Robert Rich (eds.), *The Sociology of Law: A Conflict Perspective* (Toronto: Butterworths, 1978), p. 84; y Richard Titmuss, “Welfare ‘Rights’, Law and Discretion”, *Political Quarterly*, Vol. 42, 1971, 113-32, p. 124. Véase también Hugh Collins, *Marxism and Law* (Oxford: Oxford University Press, 1982), p. 10.

³⁹² E. P. Thompson, *Whigs and Hunters: The Origin of the Black Act* (Harmondsworth: Penguin, 1977), pp. 265-6.

³⁹³ Bob Fine, *Democracy and the Rule of Law* (Londres: Pluto Press, 1984), p. 175.

del Estado y el poder del capital³⁹⁴. Ver el régimen de derecho como un bien humano absoluto, o incluso como un orden fundamentalmente distinto de las prácticas del poder ejecutivo, los actos discrecionales y las decisiones policiales es abstraerlo de sus orígenes de opresión y dominio de clases y oscurecer la mistificación ideológica de estos procesos en los claros pronunciamientos del régimen de derecho.

Asimismo, los argumentos como el de Thompson parten del precepto de que, cuando la ley actúa en términos de clases, ello constituye una desviación de sus estándares ideales. “El derecho, cuando se lo toma como una institución (los tribunales, con su teatro y procedimientos de clase) o como personas (jueces, abogados, Jueces de Paz) bien puede asimilarse a las de la clase dirigente”, pero para Thompson esto es un problema de la institución o de las personas más que del derecho como tal.

Todo lo que cae dentro del concepto de “derecho” no se subsume en estas instituciones. El derecho también puede tomarse como una ideología, o como determinadas normas y sanciones que guardan una relación definida y activa (en general, un campo o un conflicto) con las normas sociales; y, por último, se lo puede ver en cuanto a su propia lógica, normas y procedimientos, es decir, simplemente como el derecho³⁹⁵.

Según esta perspectiva, el derecho *como derecho* tiene una lógica independiente del proceso social (una “lógica de equidad”, como la denomina Thompson). Es decir, una lógica independiente del dominio de clases. Así, al servir a un cierto tipo de dominio de clase, la Ley Negra no fue más que una *mala* ley, en el sentido de que no logró satisfacer la lógica de la equidad que el Derecho debe generalmente contener. “Si

³⁹⁴ Fine, *Democracy and the Rule of Law*, p. 175; Bob Fine y Robert Millar, “Introduction: The Law of the Market and the Rule of Law”, en Bob Fine y Robert Millar (eds.), *Policing the Miners’ Strike* (Londres: Lawrence and Wishart, 1985), p. 11. Cabe mencionar que, en verdad, el mismo Thompson ha revelado en su propia obra sobre este tema la clásica base del régimen de derecho, la cual torna sus comentarios sobre el bien absoluto incluso más extraños, pero no corresponde abordar aquí tales problemas.

³⁹⁵ Thompson, *Whigs and Hunters*, p. 260.

expreso que la Ley Negra es, en mi opinión, atroz, no lo haría únicamente a partir de una cierta postura de justicia natural, y no sólo desde la postura de aquellos que fueron oprimidos por la Ley, sino también de acuerdo con cierta noción ideal de los estándares que «la ley», como reguladora de los conflictos humanos de interés, debe cumplir³⁹⁶. Si algo no funciona bien en el sistema de derecho, entonces, el problema radica en su administración, en las personas o simplemente en la sanción de leyes deficientes, y no en el Derecho en sí. Es precisamente esta clase de presupuestos la que constituye el núcleo de la mayoría de los debates sobre la naturaleza del sistema de control y los poderes de la policía (y del poder del Estado en general), ya que el fetichismo jurídico en cuestión se magnifica drásticamente en lo que respecta a la policía. Como ha observado Doreen McBarnet, en muchos estudios de policía, se parte de una vaga noción de “derecho” como presupuesto inicial, la cual funciona como un estándar ambiguo del cual se presume que la policía, como “autoridad de aplicación de la ley”, se desvía.

El presupuesto consiste, en efecto, en que el derecho incorpora los derechos del acusado, y el problema ha sido simplemente preguntar por qué y cómo la policía y los tribunales los anulan, deniegan o transgreden [...]. En estudios sociológicos convencionales sobre justicia penal, entonces, el “derecho” se presenta meramente como una supuesta norma de la cual las autoridades de aplicación de la ley habitualmente se apartan; se *supone* simplemente que los procedimientos legales incorporan los derechos civiles. El “derecho en la práctica” se analiza, pero lo que el “derecho de los libros” realmente dice simplemente se lee; queda allí sin que se lo objete ni analice³⁹⁷.

Es debido a tales presupuestos que muchos consideran que el aspecto central del sistema de control consiste en cómo hacer que éste sea más

³⁹⁶ Thompson, *Whigs and Hunters*, p. 268. La postura de Thompson guarda relación con su opinión de que “en cualquier sociedad conocida, algunas de las funciones de la policía son tan necesarias y legítimas como las de los bomberos y conductores de ambulancias” (“The Secret State” [1976], en *Writing by Candlelight* [Londres: Merlin, 1980], p. 174).

³⁹⁷ McBarnet, *Conviction*, pp. 4-5.

acorde con el sistema de derecho. John Baxter ha advertido que se da un importante cambio entre “la ley y el orden” en el sentido de cumplimiento y “la ley y el orden” en sentido cualitativo (donde este último es otra denominación del régimen de derecho)³⁹⁸. Esta disminución juega un rol ideológico crucial, ya que permite que el mito de la *aplicación* de la ley (y el *mantenimiento* del orden) por parte de la policía se presente y entienda en *defensa* del régimen de derecho. Es poca la distancia que separa la creencia de que la policía *hace cumplir* las leyes del presupuesto de que la policía hace cumplir *la ley*, lo que lleva a la noción aun más errónea de que “policía”=“ley”³⁹⁹. Ello ocasiona que las categorías “policía” y “ley” se entreveren. (No por nada los jóvenes de la clase trabajadora suelen referirse a la policía como “la ley”). Tales aseveraciones representan, en efecto, el triunfo del liberalismo por sobre la definición del concepto de policía, ya que se basan en la reformulación liberal del concepto de policía. En el capítulo 1, cité el comentario de Eduard Lasker efectuado a mediados del siglo diecinueve de que la ley y el régimen de policía son dos formas diferentes a las que apunta la historia, dos métodos de desarrollo entre los cuales debe elegir un pueblo. Sugerir una distinción entre el régimen de derecho y el régimen de policía ahora parecería contrario a todo lo que escuchamos acerca de la policía, ya que la postura ideológica predominante relativa a la policía es que ésta constituye el bastión del Estado democrático, toda vez que, al defender la ley y el orden, la policía es la principal defensora del régimen de derecho. La iniciativa liberal de hacer prevalecer la ley —la ley burguesa, el régimen de derecho— por sobre el Estado implicó convertir “policía” en un término liberal, lo que implicó *equiparlo* con “derecho” y *separarlo* de “Estado” (aparte de la categoría negativa “Estado policía”, la cual retomaré en breve hacia el final de este capítulo). El genio de la clase dirigente era utilizar esta reformulación liberal para confundir gradualmente la distinción entre régimen de derecho y régimen de policía. La policía pasó a

³⁹⁸ John Baxter, “Policing and the Rule of Law”, en Baxter y Kofman (eds.), *Police*, p. 41.

³⁹⁹ A pesar de las numerosas investigaciones que sugieren que la ecuación “policía = ley” es básicamente errónea, ésta todavía se suele véase en algunas obras académicas. La entrada de “policía” en Barry Buzan, *People, States and Pear*, segunda edición (Londres: Harvester Wheatsheaf, 1991), dice: véase ley. Y ello a pesar de que al hacer referencia a la policía, el autor no lo hace en el marco de un análisis de la ley (pp. 90, 100).

representar la Ley. Por el contrario, la ideología predominante insiste en que la policía, a su vez, se rige por la ley⁴⁰⁰. En otras palabras, parte del triunfo de la reformulación liberal del concepto de policía consistió en hacer que la policía pareciera ser congruente con el régimen de derecho, pero también en transformar a la policía en la delgada línea azul que separa, por un lado, el régimen de derecho y, por el otro, la desobediencia generalizada (la ausencia de leyes y de orden). La delgada línea azul, en otras palabras, entre el orden y el caos. El resultado fue una motivación mucho mayor a equiparar la policía con el “Derecho” en sus términos más generales, abstractos y mistificados.

Uno de los motivos por los cuales el fetichismo jurídico se ha popularizado tanto es que muchos han sucumbido ante el mito liberal de que el Derecho es la base de la justicia. Por lo tanto, cualquier orden fundado en el régimen de derecho se supone justo. Sin embargo, en la sociedad burguesa, la justicia no ha sido nunca el valor *primario* al que se somete la ley. El valor primario al que se ha dedicado todo el derecho es el orden. Mantener el régimen de derecho a toda costa es, por lo tanto, defender la permanencia de dicho orden y resistirse a la innovación, el cambio y la transformación políticos —decir “todavía no” a la revolución—⁴⁰¹. Debido a que se considera que el régimen de derecho implica justicia, y dado que policía se considera equivalente de ley, “justicia” y “policía” se vinculan tan estrechamente que se supone que, para que exista justicia (es decir, para que exista un orden justo), es necesaria la policía. Los preceptos que caracterizan el fetichismo jurídico —que el orden jurídico es una condición necesaria del orden y que la ley es un

⁴⁰⁰ Sir Robert Mark, *Policing a Perplexed Society* (Londres: George Allen and Unwin, 1977), p. 56: “El hecho de que la policía británica deba responder frente a la ley, de que actúemos en nombre de la comunidad y no bajo el emblema del gobierno, nos convierte en la policía menos poderosa, más expuesta y, por lo tanto, más aceptable del mundo”. Por supuesto que aquí interviene un ligero anglocentrismo: la presunción suele ser que es la policía *británica* la verdaderamente congruente con el régimen de derecho, mientras que las extranjeras deben lidiar con todo tipo de organizaciones policiales antidemocráticas (de allí su tendencia hacia los “estados policías”). Como observa Lustgarten, *Governance of Police*, p. 1, hay quienes creen que “la democracia sólo entiende el inglés de la Reina”.

⁴⁰¹ V. A. C. Gatrell, *The Hanging Tree: Execution and the English People 1770-1868* (Oxford: Oxford University Press, 1994), p. 519; Paul W. Kahn, *The Reign of Law: Marbury v. Madison and the Construction of America* (New Haven: Yale University Press, 1997), pp. 67, 96-9, 178, 187.

fenómeno singular, la solución a todos los problemas— se repiten, de esta forma, en el *fetichismo policial*. Lo que Peter Manning ha descrito⁴⁰² como el sentimiento de lo sagrado o poder extraordinario que transmite la policía se encuentra íntimamente vinculado con el carácter de sagrado y el poder extraordinario que contiene el régimen de derecho. El palio sagrado cubre tanto la policía como el Derecho. Considerado en su conjunto, como veremos, este palio está íntimamente vinculado con el *fetichismo general del Estado*.

De que es necesario separar analíticamente la policía de la ley, no caben dudas. Como observa Walter Benjamin:

La aseveración de que los fines de la policía [...] son siempre idénticos a los de la ley general, o que están incluso vinculados con estos, es totalmente falsa. Por el contrario, la “ley” de la policía marca realmente el punto en donde el Estado, ya sea por impotencia o por las inmanentes conexiones existentes dentro de cualquier sistema legal, ya no puede garantizar, mediante el sistema jurídico, los fines empíricos alcanzar, cualquiera sea el precio. Por lo tanto, la policía interviene “por razones de seguridad” en innumerables casos en donde no existe una situación jurídica clara, cuando no están simplemente, y sin la más mínima relación con fines jurídicos, escoltando al ciudadano como un enorme obstáculo por una vida regida por ordenanzas, o simplemente supervisándolos⁴⁰³.

Sin embargo, el motivo por el cual es tan difícil separarlos yace en la paradójica unidad de la ley y el orden, presente en el discurso político de la modernidad. El orden, como ya sabemos, está conectado regular, y casi universalmente, con la idea de derecho; “ley y orden” se suelen concebir como una sola palabra. Se ha dicho, por cierto, que ley y orden constituyen un sólo término en la conciencia de la policía y, para

⁴⁰² Peter Manning, *Police Work: The Social Organization of Policing* (Cambridge, MA: MIT Press, 1977), pp. 7, 101.

⁴⁰³ Walter Benjamin, “Critique of Violence” (1920-1), en *One Way Street and Other Writings*, trad. Edmund Jephcott y Kingsley Shorter (Londres: Verso, 1985), pp. 141-2.

gran parte de la retórica política, ley y orden son sinónimos⁴⁰⁴. La “ley” viene a representar la mayor imparcialidad e independencia, al punto de situarse por encima del campo de la política. Debido a que el régimen de derecho viene a defender el *orden* social, cualquier obstáculo a él es signo de desintegración social —de *desorden* social—. Es por tal motivo que la clase burguesa tiende a desechar, por “ilegal”, toda forma de orden que parezca representar una amenaza para la sociedad de clases. Como Lukács comenta sobre la respuesta burguesa a la revolución soviética: “con la misma complacencia inocente con la que [la burguesía] antes contemplaba la legalidad de su propio sistema de derecho, ahora rechaza por ilegal el orden impuesto por el proletariado”⁴⁰⁵.

Esta perspectiva de la ley como el defensor supremo del orden no podrá nunca ser más fuerte con respecto a las leyes que protegen la seguridad del estado en sí. Como observa Gatrell:

la especial vehemencia de la represalia judicial por traición, sedición, etc., deriva de la convicción de que estos actos desafían el fundamental valor social del *orden* —fundamental porque todos los demás valores (inclusive la justicia y la libertad) dependen de él [...]. El Estado en vías de industrialización se garantiza su estabilidad mediante leyes que prohíben la sedición y las maquinarias militar y judicial para exigir el cumplimiento de ellas. Éstas eran las primeras líneas de la defensa contra el desorden⁴⁰⁶.

Pero son las defensas “secundarias” que brinda la ley lo que más condiciona la vida diaria de la población mediante las sanciones penales

⁴⁰⁴ Véase R. N. Berki, *Security and Society: Reflections on Law, Order and Politics* (Londres: Dent and Sons, 1986), p. 113; C. Vick, “An Introduction to Aspects of Public Order and the Police”, en J. R. Thackrah (ed.), *Contemporary Policing: An Examination of Society in the 1980s* (Londres: Sphere Reference, 1985), p. 169; Roger Cotterrell, *Law's Community: Legal Theory in Sociological Perspective* (Oxford: Clarendon Press, 1995), p. 250; Stuart Hall, Chas Crichton, Tony Jefferson, John Clarke y Brian Roberts, *Policing the Crisis: Mugging, the State, and Law and Order* (Londres: Macmillan, 1978), p. 208.

⁴⁰⁵ Georg Lukács, “Legality and Illegality” (1920), en *History and Class Consciousness*, trad. Rodney Livingstone (Londres: Merlin, 1971), p. 268.

⁴⁰⁶ V. A. C. Gatrell, “The Decline of Theft and Violence in Victorian and Edwardian England”, en V. A. C. Gatrell, Bruce Lenman y Geoffrey Parker (eds.), *Crime and the Law: The Social History of Crime in Western Europe since 1500* (Londres: Europa, 1980), pp. 254-5.

aplicadas a quienes cometen incluso el más trivial de los delitos contra la propiedad y el orden público: dado que el delito es símbolo de una condición de *desorden*, incluso el más insignificante delito se trata como símbolo de *alteración del orden*.

Dado que, como hemos visto, la aplicación de la ley es sólo una parte secundaria y derivada del trabajo de la policía y dado que, tal como observara Lustgarten, la policía invariablemente aplica la ley en forma insuficiente, la ecuación del poder de policía con la aplicación de la ley es a las claras insostenible⁴⁰⁷. La policía aplica la ley debido a que ello entra dentro de sus obligaciones más amplias de regular el orden que, en un círculo ideológico de admirable ingenuidad, luego se justifica en términos de control del delito y la necesidad de ‘defender la ley’. En otras palabras, la aplicación de la ley se convierte en una parte del trabajo de la policía en la misma proporción que cualquier otra cosa en la cual pueda tener que ejercerse la fuerza para mantener el orden y sólo en esa proporción. Las prácticas policiales están diseñadas para ajustarse y priorizar no a la ley, sino al orden, como desde hace mucho tiempo lo saben los jueces y la policía⁴⁰⁸. La aplicación de la ley es por lo tanto un medio para un fin más que un fin en sí mismo, como se puede ver por el hecho de que, por ejemplo, la policía con frecuencia prefiere establecer el orden sin realizar arrestos. El precepto central para el régimen de derecho de que la gente no debe tomar la ley en “sus propias manos” nos recuerda no sólo que el propósito de la ley es que la utilicen y controlen manos elegidas, como lo dice Bauman⁴⁰⁹, sino que la policía en realidad *maneje*, más que hacer cumplir, la ley. La ley es un recurso para enfrentar problemas de desorden más que un conjunto de reglas a seguir y hacer cumplir. El tipo de comportamiento policial que ofende las sensibilidades de los libertarios civiles o que parece no corresponderse con los presupuestos de la concepción democrática liberal del régimen de derecho, de hecho, resulta estar dentro de la ley y ejercerse de acuerdo con

⁴⁰⁷ Lustgarten, *Governance, of Police*, p. 15; Jerome H. Skolnick, *Justice Without Trial: Law Enforcement in Democratic Society*, Second edition (Nueva York: John Wiley, 1975), pp. 6-7.

⁴⁰⁸ Scarman, *The Scarman Report*, s. 4.58. En el párrafo anterior, Scarman racionaliza tal prioridad describiendo el orden como “el estado normal de la sociedad”.

⁴⁰⁹ Zygmunt Bauman, *In Search of Politics* (Cambridge: Polity Press, 1999), p. 14.

la necesidad de tratar con aquello que se considera contrario al orden. La policía sigue reglas, pero son reglas *policiales* más que reglas legales. Por lo tanto, al ejercer su criterio, la policía nunca lo utiliza para hacer cumplir la ley, como podría hacérsenos creer. Por el contrario, los oficiales deciden qué quieren hacer y luego adaptan sus poderes legales a esa decisión. Por lo tanto, la principal “Ley” que los oficiales de policía se proponen aplicar es la “Ley de los modos y los medios”, un conjunto de poderes imaginarios que utilizan para desconcertar y confundir a los sospechosos y la pregunta de si un oficial debería detener a un sospechoso por motivos legales queda desplazada por la pregunta “qué razón legal utilizaré para justificar el arresto de esta persona”. Las reglas, ejercidas de acuerdo con criterios policiales más que criterios legales específicos, son reglas para la supresión del desorden ejercidas por la policía y *permitidas* por la ley. Los delitos con definición poco clara como ‘estar borracho y producir desorden’ hablan del carácter mismo de la función de la policía. “Si sabes qué estás haciendo”, ha comentado un oficial en servicio, “si conoces la ley lo suficiente [...] puedes hacerla hacer cosas increíbles y estupidas”⁴¹⁰. Por lo tanto, el derecho penal se convierte en sólo uno de los muchos recursos que utiliza un oficial de policía, un medio entre muchos para lograr una sociedad civil bien ordenada, lo cual prueba que el ejercicio del poder del estado en una democracia liberal es menos una forma de régimen de derecho, como lo sostiene la mitología liberal, y más una forma de gobierno de hombres que *utilizan* la ley para legitimar el ejercicio del poder⁴¹¹. El agente es un oficial del orden más que un oficial de la ley.

Por lo tanto, “tememos al policía”, como comenta Slavoj Žižek, “en la medida en que no es sólo él, una persona como nosotros, dado que sus actos son actos de poder, es decir, en la medida que se lo considera una representación del gran Otro, del orden social”⁴¹². Y es debido

⁴¹⁰ El comentario pertenece a un oficial de policía de New South Wales, cita publicada en Dixon, *Law in Policing*, p. 49; véase también McConville, Sanders y Leng, *Case for the Prosecution*, pp. 175, 188-9.

⁴¹¹ Ericson, *Reproducing Order*, pp. 16, 197. Como éste advierte (p. 200), la campaña por la ley el orden en realidad debería decir “orden, y ley”; véase también McConville, Sanders y Leng, *Case for the Prosecution*, p. 43.

⁴¹² Slavoj Žižek, *Tarrying with the Negative: Kant, Hegel, and the Critique of Ideology* (Durham: Duke University Press, 1993), p. 234.

a que el oficial de policía es la representación del orden social que el orden social es el tropo central en torno del cual se conduce incluso el policía más insignificante. Tal como ha testificado una buena cantidad de ex oficiales de policía, los mismos oficiales están obsesionados con el orden por estar institucionalizados para lograrlo en todo momento y en todos los contextos. Malcom Young ha comentado cómo una carpeta que contiene un registro de las órdenes de un conjunto de oficiales superiores revela “el modo en que todo en este mundo tiene un lugar ordenado y, por lo tanto, se lo podría controlar, ordenar, disciplinar, verificar, examinar”. De igual manera, el ex sargento de policía Simon Holdaway ha señalado la forma en la que se trata a los prisioneros como “evidencia visible del desorden”. Dada la necesidad de detectar y poner fin al desorden entre los ciudadanos, la policía no puede hacer frente a la ambigüedad de ninguna manera⁴¹³. Al tratar con cualquier situación particular un oficial de policía toma una decisión sobre qué es lo que no está en orden, de haberlo, y toma una decisión sobre cómo solucionarlo. Dado que cada oficial está institucionalizado para lograr el orden en todo momento, la institución policial debe tener un firme sentido del orden que debe reproducir, reflejado en las actividades que se le enseña a realizar, las técnicas que utiliza para realizarlas y compuesto por una

⁴¹³ Malcolm Young, *In the Sticks: Cultural Identity in a Rural Police Force* (Oxford: Clarendon Press, 1993), p. 177; Simon Holdaway, *Inside the British Police: A Force at Work* (Oxford: Basil Blackwell, 1983), p. 82; también Ericson, *Reproducing Order*, p. 9. Malcolm Young, *An Inside Job: Policing and Police Culture in Britain* (Oxford: Clarendon Press, 1991), p. 175, observa un caso en que los oficiales entrevistaron a un hombre acerca de un caso de exhibición obscena, en el cual una mujer había denunciado que un hombre había salido de entre los arbustos en un parque blandiendo lo que describió como “su arma”. El arma en cuestión resultó estar hecha de nailon y rellena de algodón. Esto planteó el problema de qué cargos podrían presentarse, de ser posible, dado que un exhibicionista, según la ley, es aquel que ha “expuesto su cuerpo de forma deliberada, directa y obscena”. El problema con que se encontraron los oficiales fue que el acto parecía ser *contrario al orden*, pero era *ambiguo* según los términos de la ley. Young comenta que un oficial planteó a su superior el siguiente problema: “¿quizá tengamos una mujer agredida, señor, pero no tenemos al malhechor, entonces ¿cuál es el delito?”. Entonces, los oficiales buscaron diligentemente en los libros de referencia para *determinar* la conducta (“traten de buscar la ley Waggling of Wool Willies Act”, comentó un oficial). Los oficiales intentaban hacer que el acto en cuestión “coincida con los patrones conocidos de alteración del orden” y, en consecuencia, eliminar la ambigüedad imponiendo un sistema de clasificación para ordenar los delitos según un factor conocido anterior. Los oficiales no podían trabajar sin ordenar aquello que fuera contrario al orden.

visión unitaria y absolutista del comportamiento humano y la organización social⁴¹⁴. Entonces, por ejemplo, la falta de respeto a un oficial aumenta en una proporción significativa la posibilidad de ser arrestado, dado que se entiende como una muestra de falta de respeto a la exigencia de orden de un oficial. Cualquier hostilidad contra ellos se trata como un ataque contra su autoridad y su poder para poner orden y, por ende, un ataque contra la autoridad y el orden en general, mediado por una supuesta hostilidad contra la Ley. El comportamiento antagonista es un rechazo simbólico de su intento autorizado de reconstruir el orden en una situación desordenada. Es esto lo que puede producir métodos más formales (es decir, legales) de control⁴¹⁵. Más allá de los problemas legales pertinentes a la situación, es probable, por lo tanto, que la incapacidad de mostrar respeto haga de uno tanto un *objeto de la ley* como persona arrestada cual un *medio para reproducir el orden*.

Preocuparse por el (des)orden significa que la policía hace un aporte importante a la mitología del orden moderno. La institución policial es ya un mecanismo clave para el enmascaramiento del hecho de que, más allá de cuán ordenada esté la sociedad moderna, se basa sobre las profundas inseguridades y formas de estratificación producidas por un sistema erigido sobre la propiedad privada y el nexo monetario. La condición del temor, la inseguridad, el desorden y la amenaza en el corazón de la sociedad civil es el estado permanente de emergencia sobre el cual debe presidir la policía⁴¹⁶. Aun así, el desorden y la inseguridad de la sociedad civil se enmascaran, desde el punto de vista ideológico, al presentarla como *la* forma de orden más elevada. Al tratar a la sociedad civil como situación de orden que debe preservarse, la policía, al igual que el Estado en general, en esencia reniega de la contradicción endémica de

⁴¹⁴ G. W. R. Hegel, *Lectures on Natural Right and Political Science* (1817-1819), trad. J. Michael Stewart y Peter C. Hodgson (California: University of California Press, 1995), p. 213: "Para el agente de policía, soy un individuo subjetivamente extraño".

⁴¹⁵ Douglas A. Smith y Christy A. Visser, "Street-level Justice: Situational Determinants of Police Arrest Decisions", *Social Problems*, Vol. 29, N° 2, 1981, pp. 167-77, p. 172; McConville, Sanders y Leng, *Case for the Prosecution*, pp. 25, 197.

⁴¹⁶ Walter Benjamin, "Theses on the Philosophy of History" (1940), en *Illuminations*, trad. Harry Zohn (Londres: Fontana, 1973), p. 259; Giorgio Agamben, "The Sovereign Police", trad. Brian Massumi, en Brian Massumi (ed.), *The Politics of Everyday Fear* (Minneapolis: University of Minnesota Press, 1993), p. 62.

la sociedad capitalista liberal⁴¹⁷. Todo el sistema policial está orientado al “consenso” —la precondition ideológica de la sociedad burguesa mientras se niega el hecho de que, por definición, dicho consenso no puede existir—. El mundo policial, al igual que el mundo burgués del cual es parte, es un mundo en el cual el conflicto y el desorden están presentes por necesidad y, aun así, se lo trata como disfuncional y, por lo tanto, como algo que es necesario erradicar.

Esto se debe a que la preocupación por el “desorden” cumple una función ideológica específica que enmascara la naturaleza jerárquica del orden. El propósito de la defensa policial del “orden”, que reniega de la parcialidad antes admitida públicamente contra la clase trabajadora, es funcionar como una defensa de la “sociedad” y el “bien común”. Pero hacer hincapié en la policía como exigencia de orden en la sociedad civil, como con razón ha hecho Allan Silver⁴¹⁸, exige que también reconozcamos las divisiones jerárquicas que operan dentro de la sociedad civil. El concepto de orden debe ya tanto a los presupuestos liberales burgueses que sus connotaciones de unidad y homogeneidad han llegado a ocultar antagonismos y contradicciones subyacentes. La “igualdad” supuestamente encarnada en el régimen de derecho siempre está ya determinada por la naturaleza jerárquica del orden que se espera que la policía defienda. Detrás del “bien común” sigue habiendo un interés particular: con todo su discurso del deseo universal de orden, la policía protege la universalidad *imaginaria* de intereses particulares dentro de ese orden⁴¹⁹. La exigencia de orden en la sociedad civil es, por lo tanto, una *exigencia de orden de clases*. Por el contrario, el temor permanente al “desorden” actúa como una metáfora conveniente para las tensiones sociales que acompañan a la reproducción continua de la sociedad de clases y la preocupación subyacente del estribillo de “la ley y el orden” es un conjunto de preocupaciones muy sobredeterminadas sobre la fabricación de

⁴¹⁷ McConville, Sanders y Leng, *Case for the Prosecution*, pp. 203-4.

⁴¹⁸ Allan Silver, “The Demand for Order in Civil Society: A Review of Some Themes in the History of Urban Crime, Police, and Riot”, en David Bordua (ed.), *The Police: Six Sociological Essays* (Nueva York: John Wiley, 1967).

⁴¹⁹ Véase Karl Marx, “Critique of Hegel’s Doctrine of the State”, en *Early Writings*, trad. Rodney Livingstone y Gregor Benton (Hammondsworth: Penguin, 1975), p. 107.

consentimiento y comportamiento ordenado de la clase trabajadora⁴²⁰. Así, casi siempre se considera que la principal amenaza del desorden proviene de quienes son renuentes a someterse a la disciplina del trabajo asalariado o de quienes desafían el orden del capital y el Estado: en la sociedad de clases “el contenido de la palabra «orden» siempre indica represión”⁴²¹.

Poder informe y presencia fantasmal: el Estado de la policía

En 1929, la Comisión Real de Procedimientos y Poderes de Policía sostuvo que “nunca se ha reconocido a la policía, ni en el derecho ni en la tradición, como una fuerza independiente del conjunto general de ciudadanos [...] los policías poseen pocos poderes de los que no gozan los ciudadanos comunes [...]. Los policías [...] son sólo personas a las que se les paga para realizar, por obligación, actos que, de haber tenido la predisposición, harían de manera voluntaria”. Y en 1962 la Comisión Real de Policía reiteró el principio de que “los poderes de la policía se encuentran en su mayoría fundamentados por el derecho consuetudinario y difieren poco de los de los ciudadanos comunes”⁴²². Se dice que, al igual que los agentes medievales, los profesionales modernos practican formas de arresto y procesamiento como ciudadanos uniformados. Los informes oficiales y los informes conservadores ortodoxos de la policía gustan de describir el poder de policía como un poder ciudadano a mayor escala.

Dicha identificación no sólo ignora la realidad legal y la práctica material del trabajo de la policía en Inglaterra (si bien los ciudadanos pueden realizar arrestos y promover procesamientos, los oficiales de policía poseen derechos conferidos por ley, como poder entrar a viviendas por

⁴²⁰ Geoffrey Pearson, *Hooligan: A History of Respectable Fears* (Londres: Macmillan, 1983), p. 230; véase también Gatrell, “Crime, Authority and the Policeman-state”, p. 244; Gatrell, ‘Decline of Theft and Violence’, p. 249; McConville, Sanders y Leng, *Case for the Prosecution*, p. 208.

⁴²¹ Roland Barthes, “Writing Degree Zero”, en *A Barthes Reader*, ed. Susan Sontag (Londres: Jonathan Cape, 1982), p. 43.

⁴²² Véase Sanders y Young, *Criminal Justice*, p. 82; Dixon, *Law in Policing*, pp. 52-3. La disposición de la PACE, artículo 24, (6) y (7), rompe con este mito legitimizador.

la fuerza, así como también facultades para detener, registrar y arrestar a ciudadanos si tienen una sospecha razonable de que se ha cometido un delito grave. A diferencia de los ciudadanos, se espera que los oficiales de policía asuman un papel activo más que pasivo en la tarea de hacer cumplir la ley y, por esa razón, visten un uniforme que los señala como oficiales de policía y también llevan objetos que se considerarían armas ofensivas si las llevaran los ciudadanos comunes). También funciona como un recurso legitimador decisivo crucial que ayuda a preservar la “tradición histórica de que la policía es el público y el público es la policía”⁴²³. Y al identificar a la policía con el público, la institución policial a su vez se considera un sinónimo de sociedad civil, más que de estado. El resultado es que “la policía” y “el Estado” se mantienen a una distancia segura, lo cual implica que en las democracias liberales el estado y la policía no tienen conexión real. Esto está relacionado con una característica más importante de la mitología liberal en torno de la policía: “la policía” y “el Estado” sólo pueden pensarse juntos en términos de regímenes totalitarios (y, por ende, no liberales).

Una mirada somera a las razones de por qué ciertos regímenes se clasifican como “estados policía” sugiere que la categoría presenta varios problemas. Una de las razones más comunes tiene que ver con la suposición de que en los estados policía no existe un régimen de derecho y que la policía no es responsable ante la ley —la Comisión Real de 1962 sostenía que “el criterio del Estado policía [...] es si la policía es responsable ante la ley”. Pero como hemos visto, lejos está de quedar claro que la policía esté sometida al régimen de derecho de la manera que supone la teoría democrática liberal. Todos los criterios que proporciona Brian Chapman para medir la aplicabilidad del modelo de Estado policía (centralización, politización, penetración, determinación y militarización) nos recuerdan tanto las similitudes entre los poderes de policía en las democracias liberales y

⁴²³ Charles Reith, *A New Study of Police History* (Edinburgo: Oliver and Boyd, 1956), p. 287. El ya mencionado anglocentrismo suele estar presente en tales presupuestos. Reith, *The Blind Eye of History* (Londres: Faber and Faber, 1952), p. 20, distingue dos tipos de policía: “el sistema de policía anglosajona o de sangre, y la *gendermerie* designada por el mandatario o sistema de policía totalitario déspota. El primero representa, básicamente, la fuerza ejercida en forma indirecta, por el pueblo, desde abajo hacia arriba. El otro representa la fuerza ejercida, por la autoridad, desde arriba, hacia abajo”. Nunca se explica bien cómo es que el pueblo direcciona el poder de policía “hacia arriba”.

en otros regímenes como las diferencias. En términos de penetración, por ejemplo, Chapman observa que en el estado policía eso implica el

avance del aparato policial, con uno u otro pretexto, sobre los poderes generales de policía de otras instituciones del Estado y, en particular, sobre las del servicio civil para el otorgamiento de licencias, la inspección y el control del comercio, las profesiones, la educación, los medios de comunicación, las agencias de seguridad social y las agencias gubernamentales con intereses en el extranjero. Este avance se corresponde con abusos en el terreno judicial por los cuales el aparato policial obtiene facultades para arrestar, supervisar y detener y el derecho de infligir sanciones penales fuera del control de la maquinaria judicial normal⁴²⁴.

Aun así, no es más que una descripción de los poderes de policía de una democracia liberal. Que esto se aplique a todos los regímenes no debería sorprendernos, dado que el desarrollo del orden mediante las diferentes formas de derecho y de gobierno es una característica central de todos los estados.

Lo que quiero decir aquí no debería malinterpretarse en el sentido de que no existe diferencia entre los estados democráticos liberales y otros. No obstante, quiero decir: en primer lugar, que tenemos categorías para entender estos otros estados (“fascistas” o “estalinistas”, por ejemplo) y que no se pueden entender las diferencias entre las distintas formas de Estado con tan sólo describir algunas como “estados policía” y dejarlo en eso. En segundo lugar, que el concepto de “Estado policía” del siglo xx nos separa de otras formas de poder presentes en los estados que pertenecerían a esa categoría, entre ellas el poder del capital; describir regímenes fascistas como “estados policía denuncia su ataque a las libertades civiles pero no registra el poder social continuo del capital dentro del régimen”⁴²⁵. Y en tercer lugar, que para unir estos dos conceptos sólo para regímenes democráticos no liberales no nos permitirá entender ni a la policía ni al Estado.

⁴²⁴ Brian Chapman, *Police State*. (Londres: Macmillan, 1971), pp. 118-19.

⁴²⁵ Véase Mark Neocleous, *Fascism* (Milton Keynes: Open University Press, 1997), pp. 38-53.

Los problemas de la categoría “Estado policía” surgen de la reformulación liberal del concepto de policía. Parte de las necesidades del liberalismo de desarrollar el concepto de Estado policía en el siglo xx surge del deseo de realizar una diferenciación conceptual entre los mecanismos de bienestar de las democracias liberales y los del *Polizeistaat* del siglo xviii o los “estados policía” del siglo xx. Es decir, para distinguir entre formas positivas (liberales) y negativas (antiliberales) en las cuales podría lograrse la “seguridad social”.

Dados los vínculos históricos entre el bienestar y la policía y el bienestar como policía, identificado en el capítulo 1, esa fue siempre una tarea imposible. La lógica de este argumento sugiere que la idea del siglo xx del “Estado policía” —generada por un delirio ideológico liberal y sostenida por la histeria de la Guerra Fría— es una de las categorías más engañosas del pensamiento político. Es engañosa porque no llega a comprender la íntima conexión en la práctica entre el poder del Estado y el poder de la policía y, por ende, oculta la necesidad de confrontar esta conexión desde la teoría. Por ejemplo, la insistencia del liberalismo en que la policía es ‘no política’ se apoya en una concepción muy limitada de “política”. Como observa Reiner, la persistente afirmación de la neutralidad política de la policía en democracias no liberales es una referencia a su supuesta capacidad para permanecer por encima de la lucha de partidos políticos⁴²⁶. Se puede dudar en sí de esto, dado que existe vasta evidencia de la tendencia de la policía tanto como institución cual como conjunto de oficiales, de inclinarse a la Derecha. Pero ni bien se trabaja con un concepto ampliado de lo político que incluya las instituciones de administración política y esté relacionado con el ejercicio de poder del Estado en general, es imposible considerar la policía de democracias liberales en algún modo “despolitizada”. La institución policial es inherente e incuestionablemente política dado que se encuentra en el centro del funcionamiento del Estado⁴²⁷. La policía es política en el sentido en que es una criatura del Estado, creada por el Estado y utilizada por el

⁴²⁶ Reiner, *Politics of the Police*, pp. 2, 92-3, 121-4.

⁴²⁷ Como se determinó en un importante fallo judicial —*Fisher v. Oldham* (1930)—, el oficial de policía (the police officer) “is a servant of the State, a ministerial officer of the central power, though subject in some respects, to local supervision and local regulation”. The judgment has been confirmed in subsequent rulings.

Estado con fines de ordenamiento social. Hanna Arendt comenta que en un gobierno totalitario “la policía sueña que solo dar una mirada al mapa gigante de la pared de la oficina sea suficiente para establecer, en cualquier momento determinado, quién está relacionado con quién y con qué grado de proximidad”. Ese es también el sueño de la policía en una democracia liberal. No es más que el sueño del poder del Estado⁴²⁸. En un sentido, esto sólo nos remonta al mandato original de la policía, que obtuvo su poder no de la ley, y por cierto no del gobierno liberal del derecho, sino del Estado y su intento de fabricar el orden social. Dado que el Estado ha dado poder a la institución de policía para asegurar el orden de formas que parecen estar más allá de la ley, el intento liberal de hacer que “la ley” triunfe por sobre “el Estado” nunca ha sido totalmente exitoso y ésa es la razón por la cual el “proceso adecuado” nunca ha podido llegar a determinar y delimitar por completo el poder de policía⁴²⁹.

El sistema de policía en el sentido más general del término (tanto mediante el derecho penal como mediante los mecanismos más generalizados de administración política) es la forma más directa en la cual el poder del Estado se manifiesta a sus ciudadanos, la forma en la cual el Estado constituye y “asegura” la sociedad civil desde el punto de vista político⁴³⁰. Es por esa razón que la policía avanza en el ejercicio del poder de las otras instituciones con el propósito de lograr seguridad social, mediante la formación de una policía social unificada. El comentario de Brittner mencionado anteriormente, que no existe problema humano, o que no hay problema humano imaginable, sobre el cual se pueda decir de manera taxativa que no podría sin duda convertirse en un asunto propio de la policía, en realidad debería decir que no existe problema humano, o no hay problema humano imaginable, sobre el cual se pueda decir que no podría convertirse en un asunto propio del Estado. Esto se debe en parte a que la institución policial en general, pero en especial en las épocas de crisis, ofrece el poder coercitivo y la información para

⁴²⁸ Hannah Arendt, *The Origins of Totalitarianism* (1950), (San Diego: Harcourt Brace and Co., 1973), p. 435.

⁴²⁹ McConville, Sanders y Leng, *Case for the Prosecution*, p. 180.

⁴³⁰ Richard Quinney, “Crime Control in Capitalist Society: A Critical Philosophy of Legal Order”, en Ian Taylor, Paul Walton y Jock Young (eds.), *Critical Criminology* (Londres: Routledge, 1975), p. 196.

respaldar la actividad de otros órganos del Estado. El mandato de orden es inútil a menos que se lo combine con el potencial uso de la coacción y es la institución policial la que ha heredado parte del monopolio de los medios de violencia que posee el Estado. Mientras que el ejército utiliza su parte de esa herencia en el exterior (aunque no sólo en el exterior, por supuesto, como la historia de los conflictos industriales muestra), la policía la utiliza en el interior, dentro de la sociedad civil. La verdad fundamental de la policía es que opera con la violencia y la ejerce para proteger los intereses del estado⁴³¹. En la sociedad de clases, eso no significa sino que la policía ejerce violencia en nombre de la clase burguesa.

Sostener, como he hecho, que el poder del Estado está dirigido a la administración política de la sociedad civil es decir que el estado constituye, desde el punto de vista político, el orden burgués. Para que las prácticas constitutivas del orden tengan sentido, no se puede prescindir del concepto de policía. Así como, en el concepto burgués de orden, todos los caminos conducen a la propiedad, en el concepto de policía todos los caminos conducen al Estado. La observación de Benjamin de que “cualquier consideración de la institución policial no encuentra nada esencial en absoluto”. Su poder es informe, en el sentido de ser una presencia fantasmal, intangible en todo aspecto, que lo penetra todo, en la vida de los estados civilizados⁴³² de hecho captura la presencia fantasmal tangible, que penetra todo, del Estado en general. La lógica de este argumento es que es imposible dar sentido al concepto de policía sin alinearlos con el concepto de Estado y, a la inversa, sólo es posible dar sentido al poder del Estado si pensamos en las formas en que se utiliza ese poder para controlar la sociedad civil.

⁴³¹ Manning, *Police Work*, p. 361.

⁴³² Benjamin, “Critique of Violence”, pp. 141-2.