

EGUZKILORE

Número 29.
San Sebastián
2015
289-294

EL EQUILIBRIO EN LA DISCRECIONALIDAD E INDEPENDENCIA OPERATIVA EN LA POLICÍA Y LA PREVENCIÓN DE ABUSOS¹

Ignacio MUÑAGORRI LAGUIA

*Catedrático de Derecho penal
Universidad del País Vasco UPV/EHU*

Resumen: El presente artículo, derivado de la ponencia del autor en la Jornada sobre “La Rendición de Cuentas en la Institución Policial”, estudia las tensiones que se dan entre la discrecionalidad y la libertad de la actuación policial, por un lado, y la posible práctica abusiva en el ejercicio de dicha actuación, por otro.

Laburpena: Artikulu honek –zeina egileak “Kontu-ematea polizia-erakundean” Jardunaldian emandako ponentzian duen jatorria– honako bi alderdi hauen arteko tentsioak aztertzen ditu: batetik, polizia-jardunaren diskrezionaltasuna eta askatasuna ditugu, eta bestetik, jardun hori egikaritzean gerta daitezkeen gehiegikeriak.

Résumé: Le présent article, découlant de la communication de l’auteur au Congrès sur «La Responsabilité dans l’Institution Policière », examine les tensions entre le pouvoir discrétionnaire et l’indépendance de la police, d’une part, et une éventuelle pratique abusive dans l’exercice de l’activité de la police, d’autre part.

Summary: The present article, which derives from the author’s paper at the Conference on “Accountability within the Police Institution”, addresses the tensions between the discretion and freedom regarding police activity, on the one hand, and the possible abuses when policing, on the other hand.

Palabras clave: actividad policial, discrecionalidad, independencia, abusos, criminología crítica.

Hitz gakoak: polizia-jarduna, diskrezionaltasuna, independentzia, abusuak, kriminologia kritikoa.

Mots clés : Activité de la police, pouvoir discrétionnaire, indépendance, abus, criminologie critique.

Keywords: policing, discretion, independence, abuses, critical criminology.

1. Participación en la Jornada sobre “La Rendición de Cuentas en la Institución Policial”, Academia de Policía Autónoma Vasca, Arkaute, 23 abril 2015.

En relación al título de la Jornada, entiendo que va referido, como contenidos centrales, a dos cuestiones con gran peso teórico y práctico, “la rendición de cuentas policial” y los “derechos humanos”, cuestiones que hay que comunicar. Respecto a la ponencia que se me asignó, en particular, habría que contemplarla en relación con el contenido de la Jornada, e intentar concretar, desvelando determinados términos del título, las tensiones que se dan entre las dos expresiones del título, por un lado la discrecionalidad y la libertad de la actuación policial, “libertad” de un ámbito de la administración que está sometido a numerosas condiciones restrictivas en su actuación, y en segundo lugar la posible práctica abusiva en el ejercicio de su actuación.

Empezaré haciendo unas breves referencias al Título de la Jornada desde la perspectiva de los pensamientos criminológicos, dentro de la “criminología crítica”, especialmente del llamado “realismo de izquierdas”, para después centrarme en el contenido de la Ponencia.

En un texto de los años 90, (1993), publicado en castellano en el año 2001 y denominado “Qué hacer con la ley y el orden” de los autores John Lea y Yock Young se recoge específicamente un capítulo denominado “La lucha por una fuerza policial que rinde cuentas”, como una propuesta eminentemente democrática. Esta dirección de reflexiones y propuestas se remite básicamente, como señalan los autores, a las décadas de los 80 y 90 del siglo pasado. Comentan que “Los gobiernos influidos por el New Deal estadounidense y el Estado del bienestar social en Gran Bretaña, fueron sucedidos por un nuevo conservadurismo neoliberal y agresivo, ejemplificado por Reagan en Estados Unidos y Margaret Thatcher en el Reino Unido. Esta ‘nueva derecha’ abandonó la idea de que el delito fuera consecuencia de la pobreza o de un conjunto de factores sociales. Las características biológicas y psicológicas del individuo pasaron nuevamente a ser consideradas las principales causas del delito. El delincuente fue visto como una persona normal y ‘racional’ que calculaba los costos y los beneficios de la criminalidad. La fuente no estaba en las formas de las relaciones sociales sino en la conducta antisocial del individuo. Este fenómeno se acompañó del abandono de la rehabilitación social y del retorno a un sistema de justicia penal represivo, orientado a castigar por el castigo carcelario, básicamente. El problema mayor de la injusticia social, de la desigualdad, se fue olvidando. Se invocó el deterioro de la moralidad como causa del aumento de delitos sin admitir que la nueva moralidad de un individualismo rabioso podría tener sus raíces en las estructuras de un neoliberalismo desbordante y libre de los viejos controles de la democracia social” (J. Lea, Y. Young, 2001, 5.)

Esta corriente criminológica del ‘realismo de izquierdas’, sin embargo, ve al delito como un resultado endémico de las características patriarcales y, en general, de las estructuras desigualitarias del neoliberalismo moderno. Es en las instituciones fundamentales de la sociedad donde nace el delito, en las relaciones entre grupos sociales y entre sexos, en la marginación, en general, y por razones étnicas, en particular, en la desatención de la juventud, especialmente de la más desfavorecida socialmente, en la cultura que está en su origen, así como en los valores y en las prácticas del individualismo. El delito no es un producto de la anormalidad, sino del funcionamiento normal de la sociedad desigualitaria. No es un resultado del ‘pánico moral’ orquestado por los medios masivos de comunicación para desviar nuestra atención de problemas reales como la pobreza. Sin embargo, a diferencia de ver simplemente el delito como una consecuencia de la pobreza y de la privación absoluta, como el “idealismo de izquierdas”, esta corriente del “realismo de izquierdas” considera que el delito tiene su origen

en la privación relativa, en la creciente desigualdad de oportunidades y de nivel de vida que se suma a expectativas cada vez mayores que aparentemente son compartidas por gran parte de la sociedad. Decía privación relativa, y no absoluta como si se diese con una causalidad mecanicista, porque no todos los participantes de las zonas sociales carentes y más desfavorecidas, optan “automáticamente” por la delincuencia. El delito es tan endémico en las salas de dirección de las compañías multinacionales como en los barrios degradados de los pobres. Es una de las maneras en que se perpetúa a sí mismo el sistema al crear división y agresión y al inculcar los modelos de la ambición y el egoísmo. El delito perjudica a los sujetos sociales más frágiles, lo que resulta de mucha importancia para ellos que sufren tanto las consecuencias de los actos ilícitos de lo poderosos, de las grandes corporaciones industriales y financieras, como de sus compañeros (2001, pp. 2, 3, 6 y 7.), como realidades concretas y en continuo movimiento.

Antes de referirme a la ‘rendición de cuentas de la policía’ señalar que junto a estas consideraciones, la solución al problema del delito está indisolublemente vinculada a la democratización, proyecto realizable en su gran complejidad, destacando que solo un sistema de justicia penal democrática puede ir resolviendo con cierta eficacia el problema del delito, entendido también como problema estructural. En particular, solo una policía democrática en un contexto de proyección social y estructural democrático, podrá recibir y atender información de la comunidad que le lleve a conocer sus necesidades. La democracia no es un obstáculo para la eficiencia del sistema de justicia y de control del delito sino que es un requisito previo y presente (2001, pp. 3, 4.). La cuestión de la democracia incluye la presencia de una policía que responda a las necesidades de la comunidad.

En relación a la ‘rendición de cuentas’ tras las anteriores referencias, lo que se plantea es que resulta indispensable y rigurosa. La ‘rendición de cuentas policial’ democrática y local se precisa positivamente para incrementar, o en su caso, devolver la confianza y el respeto mutuo entre policía y comunidad, activando el flujo de información entre ambos, a la vez que resulta necesario para crear una estructura política en que los sectores con más carencias sociales puedan expresar con claridad sus intereses y sus demandas, que en gran medida tendrán que ver con la actividad policial (2001, pp. 235, 236.).

En todo caso cabe señalar que la ‘rendición de cuentas de la policía a nivel local’ contiene problemas y argumentos diversos. Se pueden indicar los problemas de comunicación en relación con los intereses sociales cuando estos se presentan por grupos no representativos o cuestiones que surgen de los aspectos técnicos de la actividad policial que requieren cierto grado de discreción y ciertos límites en relación con la comunicación comunitaria (2001, p. 237). Estos posibles conflictos en la comunicación entiendo que llevan a que dicha comunicación sea un proceso en construcción permanente y permanente revisión y actualización. Las siguientes ponencias irán expresamente dedicadas a la rendición de cuentas policial y aportarán distintas informaciones técnicas más allá de lo que solamente he esbozado.

Paso ahora al tema de la Ponencia sobre “El equilibrio en la discrecionalidad e independencia operativa en la policía y la prevención de los abusos”

Entiendo que el propio enunciado contiene ciertos términos que pueden ser enigmáticos o de contornos difusos o imprecisos, o en la práctica entenderlos como

un compromiso permanente, en la enorme casuística de la actividad policial, permanentemente perfilándose en la variedad de supuestos, revisándose, aprendiendo de la práctica y de sus limitaciones y, en términos de realidad teórica y práctica, relativizando también los discursos teóricos, las grandes palabras, como “equilibrio”, “discrecionalidad”, “independencia”, “prevención” y “abusos”, termino, este último, que suele remitir a “usar mal”, “de manera excesiva, impropia o indebida” pero que también puede significar una actuación injusta o ilícita, de un miembro de un servicio público dirigido precisamente a garantizar los derechos y las libertades fundamentales de los ciudadanos. Estas palabras proceden de la atribución de la llamada “violencia legítima”, una especie de inicial presunción de legalidad en el actuar policial, pero, solo como apunte, la legitimidad formal de la “autóritas” no conlleva necesariamente su legitimidad material o práctica.

La ST del Tribunal Supremo, Sala 2ª, Penal, de 2 de febrero de 1996, recoge que los “funcionarios policiales, por razones profesionales, tienen o deben tener, una “especial capacidad” para detectar la presencia de presuntos delincuentes a la hora de actuar en su importantísima función preventiva de la delincuencia”. Doctrinalmente, García Amado (2003, p. 181), catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de León, ha comentado que esa “capacidad especial” para ser un “ponderador de precisión”, “supone una capacidad o cualidad cuasi mágica de los policías, hermosa como marca de referencia del cuerpo, pero irreal en su pretensión y sumamente insegura como pauta para juzgar concretos actos”.

Acudiendo a la legislación, el artículo 5.2. c) de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, señala que “En el ejercicio de sus funciones deberán actuar con la decisión necesaria y sin demora cuando de ello dependa evitar un daño grave, inmediato e irreparable; rigiéndose al hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad, en la utilización de los medios a su alcance”. El autor citado anteriormente comenta que lo que se recoge en ese precepto es que “la policía ha de correlacionar seis variables, tres referidas a la entidad del daño que se quiere evitar y tres a los medios que para ello elija. Ha de juzgar la gravedad del daño, su posible producción inmediata y su irreparabilidad, si acontece. Si de ese juicio resulta que la entidad del daño justifica su actuación, por su gravedad y su acaecer inmediato, debe también calcular que los medios que use sean congruentes con la situación, oportunos para ella y proporcionales, esto es, no desmedidos, y, en cierta medida, proceder a unas tomas de decisión en cierta manera bajo la incertidumbre. Las situaciones se pueden contemplar como una amplia franja de casos muy claros, por su evidencia o mero sentido común, tanto de legitimidad como de ilegitimidad, y otra, no pequeña, zona borrosa en la que el juicio policial se mueve en la incertidumbre, similar, me parece, al juicio judicial, pues tanto una opción como la contraria, en esta zona borrosa, puede contar con muy buenos argumentos”. (García Amado, 2003, p. 183)

Insistiendo en la dificultad de la “operación ponderadora”, continúa este autor, que se puede contemplar en relación con la exigente de cumplimiento de deber que sea dará en casos de violencia y su uso esté en abstracto justificado. Recurre el autor a la STS, Sala 2ª, de 21 de septiembre de 1999 en la que se recoge que la violencia ha de ser “la menor posible para la finalidad pretendida, esto es, por un lado que se utilice el medio menos peligroso y, por otro, que ese medio se use del modo menos lesivo posible, todo ello medido con criterios de orden relativo, es decir teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso, entre ellas las posibilidades de actuación de que

dispusiera el agente de la autoridad”. Como se ve, se le pide al policía que desee una actuación legítima, no ilícita, que sea capaz de calcular cuatro cuestiones: 1ª. Cuántos y cuáles medios dispone para evitar la actividad delictiva en cuestión. 2ª. Cuál de ellos es el menos peligroso. 3ª. De cuántos modos puede emplear ese medio, 4ª. Cuál de esos modos es el menos lesivo” En esta misma STS se destaca por el comentarista “que el policía ha de poseer la muy loable virtud de la ‘prudencia’ lo que resulta un bonito deseo pero probablemente muy evanescente para ponderar las actuaciones policiales en casos mínimamente complejos” (García Amado, 2003, p. 184 y 185)

En sucesivas páginas, este autor reiteradamente citado, diferencia los casos claros “por lo desproporcionado de la acción policial, visible por el más desinformado en leyes, en los que estas reservas pueden ser innecesarias, pero cuando el caso es difícil porque exige criterios muy precisos de ponderación, las expresadas referencias no los aportan. Categorías como racionalidad, proporcionalidad, debida cautela, etc, etc, no son al menos en los casos difíciles, más que recursos dudosos y de falsa certeza. No quiere decir que estas categorías desaparezcan, a pesar de que su imprecisión, sino que su uso este presidido por una sólida conciencia metodológica” (García Amado, 2003, 188) referencia esta última a una base de conocimiento nuclear y soporte rector del actuar policial, que entiendo prioritario, y sustentado en los derechos fundamentales de los ciudadanos, que trazarán las líneas del rigor necesario para los modelos operativos. Entre estos derechos, cita el autor, el fundamental a la presunción de inocencia, al que se pueden añadir, el de la libertad y seguridad personal, la prohibición de los malos tratos o la libertad de expresión entre otros, con base en la dignidad de las personas entendiéndose al ser humano como finalidad en sí misma y no como mero instrumento. Un primer paso que propone este autor consistiría en “renunciar a toda pretensión de asociar a los referidas expresiones un metro exacto y una rigurosa capacidad de medida. El lugar de pensar o soñar o fingir que se posee una pauta de racionalidad en sentido fuerte, capaz de decirnos con rigor en los casos difíciles (...) tendríamos que lo racional o lo proporcional solo es lo evidentemente racional o proporcional para cualquier observador simplemente normal, con lo que caigo también en la imprecisión” (2003, p. 188). Para finalizar las citas de este autor, propone “Una recomposición permanente del modelo de policía con el que trabaja la judicatura y que es el que se presenta a los ciudadanos. Se entiende así la continua exigencia jurisprudencial de que se extremen los controles en la formación y durante la situación de servicio” (2003, p. 189)

Por lo expuesto, cabe deducir que el proceso, permanente, de formación estará centrado en formación en los derechos fundamentales de los ciudadanos, entendiéndose la ciudadanía como una compleja titularidad de derechos. Sin embargo, desde la Criminología puede precisarse en “no hacer abstracción de las relaciones económicas, sociales, culturales y políticas que conducen a la criminalidad y a la victimación limitándose solo a analizar los síntomas de los problemas conectados con la criminalidad y la inseguridad y no aislando a los autores de los delitos y a las víctimas de su contexto biográfico y reducir el control del delito a una simple aproximación a los síntomas cuando son más bien problemas de carácter estructural, no tanto problemas situacionales de control del crimen, sino cuestiones más amplias de justicia social” (P. Hebberecht, 2003, p. 360).

En relación con esta complejidad que afecta a todo el sistema de justicia penal, en el que se incluye la policía, Eligio Resta, Filósofo de Derecho italiano en un trabajo denominado “El tiempo y el espacio del jurista”, publicado en castellano en el año 2004, y citado por Rodríguez Gonzalo (2015, pp. 141-152), nos recuerda que Leibniz

en uno de sus discursos explicaba que “también el jurista debe construir orden en las cosas, debe establecer conexiones, dar sentido a universos variados. No es casual, pero viene dicho solo incidentalmente, que la palabra “orden”, ordenamiento, frecuente en el léxico jurídico, proviene del arte textil (la urdimbre) que es actividad de reconducción de los hilos aislados dentro de un sistema complejo”.

Para terminar, retorno de manera muy breve a la “policía democrática” a la que me refería al comienzo. El empeño de permanente reforma de la policía, ha señalado Máximo Sozzo, sociólogo del derecho argentino, (2005, p. 202) “solo puede encauzarse en acciones “democratizadoras” que se ubican en unos campos de fuerza que presentan fuertes dosis de inercia y de resistencia. En este contexto es preciso impulsar el objetivo realista de minimizar el sufrimiento que la actividad policial puede producir, generando alternativas que estén siempre dispuestas a ser revisadas autocrítica y reflexivamente para alertar ante sus posibles efectos perversos. Este autor recoge una cita de Stanley Cohen, criminólogo crítico, que planteaba, “los dilemas de la relación en el campo del delito y el control del delito, entre el “compromiso político” que impulsa a actuar, y el “excepticismo intelectual” que impulsa a dudar descubriendo el efecto perverso de las acciones. Esos dos mundos están divorciados () Todo lo que podemos hacer es encontrar la mejor guía para cada uno de ellos, para luego enfrentar la tensión que surja entre ambos. En definitiva las únicas vías que poseemos son, primero, nuestro sentido de la justicia social y, segundo, todo el tiempo que tengamos en las veinticuatro horas del día” (en Sozzo, 2005, p. 202, y S. Cohen, 1994, p. 28).

BIBLIOGRAFÍA

- COHEN, St., (1994), *Excepticismo intelectual y compromiso político: la criminología radical*, en Delito y Sociedad, nº. 4 y 5, pp. 3-31. Cit. Por Sozzo, M., (2005), *Policía, Violencia, Democracia. Ensayos sociológicos* Ed. Universidad Nacional del Litoral, Argentina.
- GARCÍA AMADO, J. A., (2003), *Anatomía de un imposible. La imagen jurisprudencial de la policía*, en AA.VV., *La seguridad en la sociedad del riesgo*, Ed. Atelier, pp. 181-190, Barcelona.
- HEBBERECHT, P., (2003), *Sociedad del riesgo y política de seguridad*, en AA.VV., *La seguridad en la sociedad del riesgo*, Ed. Atelier, pp. 353-362, Barcelona.
- LEA, J, YOUNG, Y, (2001), *¿Qué hacer con la ley y el orden?*, Editores del Puerto, Argentina.
- RESTA, E, (2004), *El tiempo y el espacio del jurista*, en, Rivero Sánchez, J. M., Llovet Rodríguez, J., (Compiladores), *Democracia, Justicia y Dignidad Humana*, Ed. Jurídica Continental, Costa Rica. Citado por Rodríguez Gonzalo, N., (2015), en *Sobre el Resentimiento*, en *Crítica Penal y Poder*, nº 8, pp. 141-152.
- SOZZO, M, (Director), (2005), *Policía, Violencia, Democracia: Ensayos sociológicos*, Editorial Nacional del Litoral, Argentina.