

LAS FUNCIONES DE LA POLICÍA Y LA LIBERTAD Y SEGURIDAD DE LOS CIUDADANOS

Dr. Juan Bustos Ramírez *

Nuevo Foro Penal, N. 32, 1986, p. 165

La acción policial aparece expresa y directamente ligada a la Constitución¹, pues la policía es parte del sistema de control del Estado y, específicamente, del control formal. Más aún, es pieza esencial de la intervención del Estado sobre los ciudadanos en relación con un efectivo control: la policía constituye el órgano inmediato de aplicación del control penal y uno de los más importantes del control en general.

Ello implica, necesariamente, poner a la policía en relación con los derechos humanos, en general, y con los derechos fundamentales, en especial². En verdad no tendría sentido práctico hablar de derechos humanos o fundamentales, si estos no se pusieran en relación con la función policial. Una indagación de la función policial de carácter neutro o técnico, que no la ponga en conexión con todo el sistema político, significa simplemente pasar por alto los derechos humanos y fundamentales y, en definitiva, prescindir de la propia Constitución. Ahora bien, para poder precisar estas relaciones entre función policial y sistema constitucional, habría que distinguir los siguientes aspectos: 1) papel de la policía dentro de la intervención penal del Estado; 2) papel de la policía dentro de la intervención general sancionatoria del Estado, y 3) las relaciones entre estos cometidos y la libertad y seguridad de los ciudadanos.

1. Papel de la policía en el control penal. Este primer aspecto es el más específico del control e intervención del Estado sobre los ciudadanos. En su configuración, ciertamente, ha influido el desarrollo de la concepción de la pena, aunque haya una cierta tendencia a desvincular el estudio del sistema penal en general, y del derecho penal en especial, con el de la policía.

Así se indica que la policía tiene una función represiva³ y, en los hechos, la tiene. No se trata solo de un problema meramente conceptual, sino constatable en la práctica. Ahora bien, esta finalidad represiva de la policía está ligada a una (p. 166) concepción absoluta de la pena de carácter retributivo. Esto es, que la pena tiene un fin en sí, cual es devolver mal por mal⁴. Y, en este sentido, la policía sería el órgano directo del sistema penal en relación con los malos ciudadanos, para aplicarles ese mal. Concepción propia de un Estado absoluto, o bien, de un Estado democrático inicial, concebido como Estado guardián o Estado mínimo, preocupado solo por los deberes negativos (no matar, no robar, no hurtar, etc.) y en que la democracia no aparece profundizada hacia todos los ciudadanos; de ahí la no consideración de la proyección social del Estado. La única nota distintiva que diferenciaría este tipo de función de la de una tiranía, es que en un Estado de Derecho aparece tal aplicación del mal, sujeto al límite de justicias. El mal que se aplica no tiene que ser superior al efectuado.

Pero esta concepción de la policía en su función represiva no se aviene con un Estado democrático y social, pues no basta que esa función sea justa, sino que es necesario que esté legitimada y para ello se requiere que de alguna manera todos los ciudadanos estén de acuerdo con ella y acorde con sus propios fines. Y, ciertamente, todos los ciudadanos saben que el Estado no está para crear su infelicidad, sino para buscar y lograr las condiciones para su felicidad⁵. Por tanto, una policía con función represiva no logra encontrar justificación. Se podría pensar que tal justificación surgiera

* Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Chile.

¹ Cfr. sobre el punto MANUEL BALLBE, "La policía y la Constitución", en *Policía y sociedad democrática*, Madrid, Alianza Universidad 357, 1983, págs. 89 y ss.

² Cfr. sobre el punto D. G. GUARNERI, *Policía y derechos humanos*, edición mimeografiada de la Escuela de la Guardia Urbana de Barcelona.

³ Así se señala en la mayoría de los reglamentos de la policía y en los estudios sobre ella. Sirva por vía de ejemplo: ANA ALABART y JULI \$ABATE, *La policía local a Catalunya*, 1983, (Edición Direcció Geenal de Seguretad Ciutadana Departament de Governació Generalitat de Catalunya 3), que entre las funciones de la policía destaca la de represión de la delincuencia, págs. 157 y ss.

⁴ Sobre las teorías absolutas de la pena, cfr. JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal español*, Barcelona, Edic. Ariel, 1984, págs. 23 y ss.

⁵ Cfr. JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Manual*, ed. cit., pág. 25.

porque el mal se ha de aplicar solo sobre los malos. Pero el problema es entonces quién determina quiénes son malos, si tal determinación es netamente política y no neutral como lo plantea el positivismo, con base en las ciencias de la naturaleza, o como lo hace el funcionalismo, con base en la sociología⁶. Por tanto, una determinación política dada por una minoría a una mayoría será siempre una dictadura de la minoría sobre los demás. Y, aún más, como en definitiva se trata del control por el aparato estatal, este posteriormente no está en situación de distinguir en la aplicación de la represión (así sucede aun en relación con leyes penales especiales, como la antiterrorista, en que la policía, como el sistema penal en general, aplica la represión también al no terrorista).

Para una concepción utilitaria del sistema penal, basado en el liberalismo económico, aun antes de un planteamiento intervencionista del Estado⁷, se llegó a considerar que la pena tenía una finalidad preventiva y no represiva. Si bien, como el liberalismo económico partía de una intervención mínima, solo se postuló la llamada prevención general, esto es, que la pena debía tener por función llevar a cabo una coacción psicológica sobre todos los ciudadanos, para evitar que cometiesen delitos⁸. Tal planteamiento concordaba también con una concepción del Estado (p. 167)

guardián o mínimo, pues la pena actúa simplemente de modo general y, por otra parte, coincidía con la perspectiva política en relación con la criminalidad, esto es, que en un sistema democrático deberían establecerse fines en relación con el control penal del Estado. De ahí que ya en el siglo XIX, y más aún en el XX, se haya planteado con insistencia -sobre todo con el rebrote de las tendencias utilitaristas por el resurgimiento del liberalismo económico- la idea de la prevención como función de la policía⁹. Si el sistema ha de ser preventivo, lógicamente la acción de la policía al ejecutarlo también ha de ser preventiva. Y de hecho también la labor de la policía ha sido preventiva; más aún, se ha señalado que la prevención efectiva no puede ser de la pena sino solo de la acción policial.

Pero un sistema penal basado en la pura y absoluta prevención general lleva a un sistema penal del terror penal, donde la preocupación es solo por la eficacia y las técnicas de manipulación, sometimiento y obediencia de los ciudadanos¹⁰. Y ello al realizarse por la policía convierte al Estado en un Estado policial, que es todo lo contrario de un Estado democrático y en el que tal control carece ya de total legitimidad, pues se basa en la obediencia y no en la decisión autónoma de los ciudadanos. Esta función preventiva llega a convertirse en algo peor que la represiva, pues ni siquiera tendría que quedar sujeta al principio de justicia, por no ser consustancial a ello; todo lo contrario, pues lo único que se persigue es la eficacia y no simplemente retribuir un mal con otro mal. De ahí que, si no se quiere llegar a esos extremos, inevitablemente se debe llegar a reducir la función preventiva general a un nivel puramente ideológico y no práctico. Por ello en relación con el sentido de la pena se ha dicho que su función preventiva es fortalecer la conciencia en el derecho¹¹. Y en esa dirección, entonces, la prevención como función policial radicaría en que su presencia pondría en acción tal efecto ideológico. El estar presente significaría que el Estado existe, que la pena existe, que hay capacidad de llevarla a cabo. Con lo cual se fortalecería la conciencia en el Derecho. Pero esto jugaría en el plano puramente ideológico y resultaría totalmente indemostrable desde un punto de vista empírico, a pesar de la raíz utilitaria y economicista de este planteamiento. Solo se podría decir que si no hay policías, ciertos sujetos delinquirían. Pero al mismo tiempo habría que destacar, contraargumentando, que no todos y que, además, otros con o sin policía. En definitiva, pareciera que lo fundamental de este tipo de pensamiento preventivo es solo poner de relieve un sentimiento

⁶ Sobre los planteamientos positivistas y funcionalistas, cfr. ROBERTO BERGALLI, JUAN BUSTOS RAMÍREZ y TERESA MIRALLES, *El pensamiento criminológico*, 1, Barcelona, Ed. Península, 1983, págs. 31 y ss., 35 y ss., 91 y ss., 133 y ss.

⁷ Sobre el problema de las llamadas teorías relativas de la pena, cfr. JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Manual*, ed. cit., págs. 26 y ss.

⁸ Cfr. JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Manual*, ed. cit., págs. 26 y ss.

⁹ Cfr. JAUME CURBET, "El modelo policial español", en *Policía y Sociedad*, ed. cit., págs. 75 y ss.; del mismo, "La policía y la prevención de la criminalidad", en *Policía y Sociedad*, ed. cit., págs. 99 y ss.; ANDRE BROSSARD, "Las funciones policiales", en *Policía y Sociedad*, págs. 101 y ss.

¹⁰ Cfr. JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Manual*, ed. cit., págs. 27 y ss.

¹¹ Cfr. JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Manual*, ed. cit., págs. 35 y ss.

de seguridad de aquellos que, en principio -lo cual es dudoso¹²-, no delinquirían en ningún caso y que esperan que los demás no delincan.

La prevención queda reducida entonces a un sentimiento de seguridad por una parte de la población. Más aún: este predominio de lo ideológico sobre la acción (p. 168) preventiva misma queda ratificado por una serie de investigaciones que señalan que la policía en relación con el delito generalmente llega tarde, esto es, después de haberse cometido, y que no puede ser de otra manera, pues no puede estar en todas partes y no sabe dónde se van a cometer los delitos¹³. Ciertamente sabe que hay determinadas zonas más propensas a los hechos delictivos, pero también una vigilancia preventiva mayor sobre ellas tendería a un desplazamiento de las conductas punibles hacia otros sectores, lo cual provocaría un mayor sentimiento de inseguridad, que es el objetivo de la prevención desde un punto de vista ideológico.

En definitiva, la prevención bien se convierte en pura represión, si solo es eficacia, o bien se convierte en algo pobre y frágil si el acento está en el sentimiento de inseguridad, pues este es muy manipulable y sensible a cualquier cambio. Ello sobre todo porque ese sentimiento de inseguridad depende de un marco social muy restringido, que es el de la delincuencia callejera, ya que la policía penal actúa preventivamente en la calle. Lo cual hace, por una parte, que se estigmatice a un determinado sector de la población y, por otra, que todo se fundamente sobre un nivel más sensible a las crisis, a los cambios, a la manipulación política y de cualquier otra clase (así, aun netamente policial, para lograr mayores recursos)¹⁴. La reducción de la prevención al sentimiento de inseguridad (de por sí ya no objetivo sino subjetivo y, por tanto, sometido a todo tipo de influencias, y a su vez estas conectadas necesariamente solo a ciertos hechos y marcos sociales -el de la criminalidad de la calle-), restringe todo el problema policial, aparentemente, a una cuestión puramente técnica o de eficacia y no política. Además, concentra el problema solo sobre un determinado grupo de personas, tanto actuantes como afectados -siempre las mismas- y lleva al error de pensar que solo allí reside la criminalidad y que se puede entonces distinguir un sector de los malos y otro de los buenos, cuando en la realidad el problema criminal se da también, en y desde el sector de los buenos, solo que de otro tipo. La reducción del problema criminal conduce a un fraude de etiquetas.

Luego, desde un punto de vista democrático tal concepción de la función policial no puede sostenerse, pues introduce a la democracia en una camisa de fuerza que puede llevarla a su propia destrucción: sobre la base del sentimiento de inseguridad se exige cada vez solo una mayor eficacia y con ello se inicia el camino del Estado policiales¹⁵.

Ahora bien, la concepción del Estado intervencionista surgida a fines del siglo XIX y asentada en el siglo XX, conforme a la cual el Estado ha de resolver las disfunciones que se produzcan en el sistema, desde el punto de vista del sistema (p. 169) penal implica la finalidad de prevención especial de la pena. Esto es, la actuación sobre el individuo mismo para que no delinca o no vuelva a delinquir, lo que necesariamente lleva a la idea de la peligrosidad intrínseca de ciertos sujetos. Tal planteamiento, como se sabe, llevó a la aplicación de medidas predelictuales (Ley de Vagos y Maleantes de 1933 y Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 1970) de corte claramente autoritario y en contra de todas las garantías del ciudadano frente al Estado. También la función policial ha sido considerada desde esta perspectiva como preventivo especial y así su actuación sobre vagos, prostitutas, jóvenes rebeldes, alcohólicos, toxicómanos, etc. Pero si ya las bases teóricas de la prevención especial dentro del sistema penal no son sostenibles¹⁶, con menor razón la acción de la policía sobre ciertos ciudadanos por tener ciertas características personales que pueden

¹² Prueba de ello son los hurtos en los supermercados, que se producen desde todos los sectores, también por parte del "buen" ciudadano o ciudadana.

¹³ Cfr. JUAN BUSTOS RAMÍREZ, "La instancia policial", en *El pensamiento criminológico*, II, Barcelona, Ed. Península, 1983, págs. 67 y ss.

¹⁴ Cfr. J. FEEST y R. BLANKENBURG, *Die Definitionsmacht der Polizei. Strategie der Straverfolgung und soziale Selektion*. Düsseldorf, Bertelsmann Universität Verlag, 1972, págs. 35 y ss., 114, 117.

¹⁵ El Estado policial tendrá su base en lo que se ha llamado la configuración de una cultura policial, justamente por la falta de controles democráticos de la policía. Cfr. PIERRE DEMONQUE, *Les policiers*, Paris, Maspero, 1983, págs. 91 y ss.; y en especial TAYLOR BUCKNER-NILS CHRISTIE-EZZAT FATTAH, "Policía y cultura", en *Policía y Sociedad*, ed. cit., págs. 166 y ss.

¹⁶ Cfr. JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Manual*, ed. cit., págs. 33 y ss.

desagradar a otros: ser joven, vago, prostituta, etc. De ahí que tal función no aparezca compatible con un Estado de Derecho democrático (y todavía menos la forma radical de la prevención especial, como sería la inocuidación o eliminación del mal, que desde el punto de vista policial se ha practicado y se practica con la llamada "ley de la fuga").

Sin embargo, hay otras dos posibilidades de la prevención especial que resultarían menos problemáticas. Una, es la de información -recogida en todo reglamento de policía-, esto es, explicar a la ciudadanía las maneras de prevenir posibles hechos delictivos en su contra, ya sea de manera general o, más formativa, a través de la escuela. Si bien ello aparece como posible, presenta también ciertos problemas, que obligan a reducir su intensidad o presencia. En primer lugar, se confunde con la prevención general y puede provocar entonces -por los hechos y sector a que se reduce- un gran sentimiento de inseguridad, con lo cual la policía misma resulta dañada en su imagen y no se cumple con el objetivo propuesto. En segundo lugar, la de tipo formativo en especial, es decir, aquella llevada a cabo en la escuela, resulta dudosa desde un punto de vista democrático y constitucional, pues podría perturbar el libre desarrollo de la personalidad del niño, a quien se le sometería ya a ciertas fobias, temores o miedos. De modo que si bien la información aparece compatible con un sistema democrático, lo es solo de manera puntual y dentro de límites muy estrictos.

La otra modalidad de prevención especial compatible con un sistema democrático es la de asistencia social, también llevada a cabo efectivamente por la policía y señalada en todos sus reglamentos. Se trata de plasmar la idea de que el Estado no solo debe preocuparse por los deberes negativos, sino también por los positivos, es decir, no solo porque no se mate, sino asimismo por mejorar las condiciones de vida o promover la vida de todos. Pero ciertamente este tipo de asistencia social (ayudar a enfermos, apagar incendios, etc.) sería siempre solo de carácter subsidiario, esto es, cuando no estén las instituciones competentes. El Estado, si va a asumir tales deberes positivos, debe crear las instituciones adecuadas para ello y que por supuesto no es la policía, si bien esta puede auxiliar y aun servir en ciertos casos subsidiariamente en alguna de estas tareas. Si el Estado es democrático y (p. 170) social de derecho, el promover las condiciones necesarias para que todos puedan gozar de todos los derechos humanos y fundamentales, no puede ser tarea de la policía. Resumiendo lo hasta aquí dicho respecto de la policía en el ámbito criminal, habría que señalar que si el problema criminal es considerado una cuestión técnica y no política, la policía tenderá a actuar antidemocráticamente, pues solo se preocupará por la eficacia, por lo policial, y no será un instrumento más de política criminal¹⁷. Más aún, la no consideración política del problema criminal necesariamente llevará a que la policía quede sobrepasada por el problema criminal y reaccione de un modo exclusivamente represivo o preventivo antidemocrático. Naturalmente también un mal enfoque político del problema llevará a las mismas consecuencias y en ese sentido la acción policial resulta un barómetro de las fallas políticas de un sistema, fallas que busca cubrir mediante la represión, con lo cual se criminaliza lo que es un problema político.

Pero este análisis del ámbito criminal de la policía quedaría cojo si solo presentáramos las críticas y no también las alternativas.

Si, como hemos sostenido, la pena es antes que nada autocomprobación del Estado¹⁸, es decir, de su propio sistema, y al ser este democrático y social, ello implica que esa autocomprobación sea la de los bienes jurídicos producto de la participación de todos y para todos, entonces la primera función de la policía tendrá que ser totalmente diferente.

Así como la función de la pena es proteger los bienes jurídicos, la función de la policía será la de llevar a ejecución tal protección. Su función es protectora, no represiva ni preventiva (aunque aspectos de esta última pueden quedar comprendidos dentro de la protección). Y la protección es respecto de todos, el concepto de bien jurídico, es un concepto relacional y dinámico, del que no se puede excluir o segregar a algunos. No hay malos ni buenos, solo hay ciudadanos que merecen igual protección, pues los bienes jurídicos son para todos. Por eso, desde un punto de vista democrático, la policía ha de tener un carácter civil, pues tiene que ejercer necesariamente una función participativa, propia a la de los ciudadanos. No puede por ello constituirse en un cuerpo aparte, burocratizado, centralizado o militarizado. En una sociedad democrática, abierta, plural, basada en

¹⁷ En este sentido de planteamiento propiamente de una política criminal, resulta importante destacar el llamado "Informe Sosías", de la Comisión Técnica de Seguridad Ciudadana del Ayuntamiento de Barcelona, salido a la luz pública el 14 de marzo de 1984.

¹⁸ JUAN BUSTOS RAMEREZ, Manual, ed. cit., págs. 39 y ss.

diferentes patrones culturales, como en general las del capitalismo postindustrial, la policía tiene que participar de las características de la sociedad civil. Ser un civil con una función específica, con una determinada profesionalización.

De ahí que lo esencial, desde el punto de vista de su función protectora, es su disponibilidad respecto de todos los ciudadanos y no solo de algunos -con lo cual la concepción es completamente diferente de aquello del sentimiento de seguridad-. Disponibilidad que está, por ello mismo, más allá de una pura presencia en las calles, que además puede dar la impresión de un Estado policial. Ahora **(p. 171)** bien, para que la policía esté disponible, al alcance de todos, tiene que estar inmersa en la sociedad civil¹⁹ y no ser ajena a ella, como sucede con un médico, un asistente social, etc. Ahora bien, esta función de protección se lleva a cabo en relación con situaciones concretas y sujetos concretos, por eso la función de protección²⁰

ha de quedar complementada por la de resolución de conflictos sociales puntuales. Se ha destacado que la policía actúa en cierto modo como un juez²¹, es decir, entra a decidir en una situación de conflicto a diferentes niveles. Puede señalar alternativas a los sujetos en determinadas situaciones de conflicto, esto es, señala los caminos que se deben seguir y cuáles pueden implicar un choque con el ordenamiento jurídico social. También puede decidir el conflicto y conceder una opción a un sujeto, o sea, no dar curso al procedimiento criminal propiamente tal, dado el carácter del conflicto y el mutuo acuerdo entre las partes. Por último, también puede resolver el conflicto mediante la utilización del procedimiento criminal propiamente tal, pero teniendo siempre en cuenta que se trata de la resolución de un conflicto social y que el uso del procedimiento criminal no es sino otra forma más de resolución, que debería abrir otras alternativas y opciones a las partes en conflicto. Este planteamiento es ajeno, entonces, a una consideración represiva o preventiva pura, pues se parte de que la cuestión criminal es de carácter político y, por tanto, la actuación de la policía ha de ser la de entrar a ejecutar reglas político-criminales de resolución de tales conflictos que se dan en la sociedad.

2. El papel de la policía en el control sancionatorio general. Como señala la Constitución en el art. 25 (y confirma en el art. 9.3) no sólo la pena afecta los derechos individuales, sino también otro tipo de sanciones. Se podría decir que hay un control suave sancionatorio frente al duro de carácter criminal. Este último tiende a estigmatizar a ciertos sujetos; en cambio, el otro principio no lleva tal tendencia. También la policía entra a jugar en la aplicación de este control, así en lo referente a las sanciones del tráfico (la guardia urbana), sanciones aduaneras (guardia civil) y aun se entra en ciertos terrenos especializados, que, aunque policiales, pueden quedar entregados a otros servicios (evasión de tributos, evasión de capitales, cuidado de bosques, etc.).

2.1. El papel de la policía en el control sancionatorio de orden administrativo. Como se trata ahora simplemente del orden administrativo dentro de la sociedad civil, que las relaciones se den dentro de determinado marco para evitar posteriores perturbaciones a los bienes jurídicos, en caso alguno se plantea la cuestión de separar entre buenos y malos, amigos o enemigos, peligrosos o normales; por ello no tiene cabida la función represiva en caso alguno y tampoco una preventiva general o especial pura.

(p. 172) En cuanto a la prevención como tal, esta, además, tiene las mismas limitaciones ya vistas, esto es, que no puede tener un carácter muy amplio, pues la policía no puede estar en todas partes y solo, entonces, puede tener un carácter puntual. Mayor incidencia, en cambio, tiene aquí la labor preventiva, informativa y asistencial; pero estas formas en verdad caben dentro de una concepción de la función de protección. Se trata de proteger a todos los ciudadanos y de ahí ese determinado orden en las relaciones, de ahí la necesidad de información, organización, auxilio y asistencia al ciudadano. La sanción y la acción policial en relación con ella solo tiene un sentido de orden y no de resolución de conflictos. Pero si, por el carácter eminentemente administrativo de la actuación policial

¹⁹ Cfr. PIERRE DEMONQUE, *Les policiers*, ed. cit., págs. 26 y ss.; ALBERTO BERNARDI, *La riforma della polizia*, Torino, Einaudi, 1979, págs. 4 y ss.

²⁰ Cfr. L. H. C. HULSMANN-JOSÉ M. RICO-ZAMIR RIZKALLA, "Fonctions et tâches de la police", en *Police, Culture et Société*, Presses de L'Université de Montréal, 1974, págs. 11 y ss.; cfr. también sobre el problema general del conflicto social y el sistema de control. ELIGIO RESTA, *Conflitti sociali e giustizia*, Bari, De Donato, 1977, págs. 9 y ss., 95 y ss.

²¹ Cfr. J. FEEST y R. BLANKENBURG, ob. cit., págs. 35 y ss.

en este caso, ha de regir el principio de la necesidad; aplicar la sanción solo cuando realmente sea necesaria e intervenir solo cuando sea realmente necesario.

Ciertamente en los límites resulta difícil deslindar este campo del anterior, pues la situación de puro orden administrativo se puede convertir en penal fácilmente²²: así la infracción del tráfico en accidente de tránsito, la introducción clandestina de mercaderías que pasa de determinada cantidad, igual en la evasión de capitales, etc. Por eso, en la práctica, ambos papeles pueden superponerse.

2.2. El papel de la policía en el control sancionatorio de orden público. El control alcanza también otro nivel en que la policía aparece igualmente como órgano ejecutor, es el del orden público²³. Mientras el control penal es un problema político (porque el delito surge de definiciones políticas) y el control de orden administrativo es solo político por ser una red anterior al penal y por la afeción de derechos, el control de orden público es directamente político, pues está referido, además de su relación con el control penal, a la estabilidad del sistema en su conjunto. Tratándose de un problema eminentemente político, la función de la policía no puede ser represiva, pues no encontraría legitimidad. Sin embargo, en el último tiempo la doctrina de la «seguridad nacional», sobre la base de aplicar al orden público interno la concepción de la guerra y de la defensa externa del Estado, ha convertido al disidente interno en un enemigo que hay que reprimir y aniquilar, y basa su legitimidad en esa propia concepción de la guerra²⁴. Pero tal concepción que se ha plasmado en una serie de leyes penales especiales en Europa (la antigua Ley de Casseurs y la Peyrefitte en Francia, las leyes Reale en Italia, las leyes antiterroristas en España, etc.) contradicen las bases de un Estado democrático de derecho, que no permite esta división de sus ciudadanos en amigos y enemigos (que constituye una continuación ideológica de la división en normales y anormales o desviados, llevada a cabo por positivistas y funcionalistas).

(p. 173) Tampoco se podría hablar de prevención, ya sea general o especial, pues no se trata de atemorizar o enmendar a nadie, pues ello atentaría contra los derechos de manifestación y expresión de los ciudadanos. La función tiene que ser eminentemente política y, por tanto, de compatibilizar los derechos de los unos con los otros dentro de los marcos del sistema establecido y del que todos son partícipes. Con mayor fuerza que en el caso del control penal, una consideración puramente técnica del orden público lleva a que la policía quede totalmente sobrepasada y tienda a una acción puramente represiva²⁵, e, igualmente, su acción resulta un claro índice de los yerros políticos y las crisis puntuales o constantes del sistema.

Ciertamente, junto al problema de control de orden público puede surgir uno de control penal (si se producen daños, robos, hurtos, lesiones, etc.). Pero una simple sumatoria de problemas tampoco es fundamento para un planteamiento puramente represivo (como se pretendió en Francia con la Ley de Casseurs o la Ley Peyrefitte de "Liberté et sécurité"), sino que son problemas para considerarlos cada uno en su entidad y tratarlos conforme a ella. Nunca la existencia de un problema en una democracia podría legitimar, dejar de lado los principios democráticos. Sería un contrasentido.

3. Relación entre las funciones de control analizadas y la libertad y seguridad de los ciudadanos. Se trata ahora de retomar los principios establecidos en la Constitución y la concepción de Estado inherente a ella. El control, evidentemente, es inmanente al Estado: desde el momento en que los hombres deciden organizarse, establecer un determinado sistema de relaciones entre sí, desde ese momento también están dispuestos a ceñirse a un determinado control, a regirse por determinadas pautas que sirvan para el mantenimiento de esa organización. Pero como hablamos de un Estado de Derecho, el control mismo ha de estar sometido a una regulación jurídica, no puede ser arbitrario ni

²² Al respecto hay que señalar también, como ha destacado ZAFFARONI, que la reducción de lo penal a lo puramente de orden administrativo puede también servir a una concepción puramente represiva penal; cfr., "Sistema contravencional de la ciudad de Buenos Aires. La minimización formal para la represión material", en *Criminología Crítica*, Universidad de Medellín, 1984, págs. 103 y ss.

²³ Sobre el problema del orden público en el último hay una gran literatura; cfr. en especial ROMANO CANOSA, *La polizia in Italia del 1945 a oggi*, Bologna, 11 Mulino, 1976, págs. 210 y ss.; FRANCO FEDELLI, *Polizia e democrazia*, Studio Tesi, 1978, págs. 3 y ss.

²⁴ Cfr. JUAN BUSOS RAMIREZ, "Estado y control: la ideología del control y el control de la ideología", en *El pensamiento criminológico*, t. I, ed. cit., págs. 23 y ss.

²⁵ Al respecto cfr. la evolución en Italia: ROMANO CANOSA, *La polizia in Italia dal 1945 a oggi*, ed. cit., págs. 205 y ss.

ejercido a voluntad del jefe de Estado o del Gobierno, sino que está sometido a determinados límites y formas, impuestos por la regulación jurídica. Es el primer nivel del control del control. La juridización del control -el gobierno de las leyes, como dice BOBBIO²⁶- implica una formalización de las vías por las cuales se ejerce el control. Pero se trata, además, de un Estado democrático, es decir, que aquellos principios generales que informan el sistema estatal y consecuentemente también el funcionamiento del aparato de control, requieren de una constante renovación y reafirmación por parte de todos los ciudadanos. Este es el segundo nivel del control del control. Y los dos niveles son dinámicos, es decir, están en continua realimentación y profundización, que es lo propio de una sociedad democrática -abierta y pluralista- y aún más: se trata de un Estado social, esto es, que responda a las necesidades de todos, con lo cual hay una revisión crítica de los niveles anteriores, en cuanto la generación de ellos puede haber estado orientada a la satisfacción de las necesidades de unos pocos o de muchos o solo de la mayoría. Es el tercer nivel del control del control.

(p. 174) En última instancia el control aparece legitimado en su ejercicio en la medida que aparece sujeto a regulación, a constante revisión y reafirmación y conforme a las necesidades de todos.

En el primer nivel, que es el de la juridización, se lleva a cabo una absorción de determinados valores regulativos dentro de la sociedad, a los cuales quedan todos sometidos -y el aparato estatal en primer lugar y en forma absoluta: esa ha sido la lucha desde la Carta Magna en adelante-. El primer valor fundamental en ese sentido es la libertad, de ahí que la Constitución le dé la jerarquía de valor superior en el art. 1.1, ya que en realidad todos los demás no son sino especificaciones mayores o menores de esa libertad²⁷ del individuo, y en ese sentido, en primer lugar, la vida. Luego la libertad así entendida implica muchas libertades o muchas especificaciones, a las cuales ha de quedar sometido el control del Estado y en forma específica la policía. De ahí que cualquier alteración de esta base fundamental lleve necesariamente a poner en entredicho el sistema democrático y a provocar una crisis en su interior (lo que sucedió en Francia con la Ley de Casseurs, en Italia con las Leyes Reale y en España con la ley antiterrorista, cuyas extralimitaciones tienen su origen en el art. 55.2 de la propia Constitución y, por eso, con razón, GIMBERNAT ha planteado que este precepto es inconstitucional, pues contradice los valores fundamentales asentados en la Constitución)²⁸. Por tanto, toda alteración en la regulación valorativa vulnera la concepción de Estado democrático y social de derecho que informa a la Constitución, y, con ello, se trastocan o pervierten los principios regulativos que rigen todo el sistema. El control tiende a ser totalizador, a convertirse en un principio metajurídico²⁹, bueno en sí. Por eso la policía al ejecutar un control de este tipo, de carácter metajurídico, necesariamente sobrepasará los límites regulativos (así el propio Defensor del Pueblo, a pesar de no recurrir como inconstitucional la ley antiterrorista, ha tenido que reconocer la existencia de torturas con posterioridad o como consecuencia de la ley antiterrorista). Con este modo de legislar se subvierte la posibilidad del control del control, que la policía quede sujeta a una juridización de los valores que informan el sistema.

La policía ha de estar sometida al principio de libertad, como principio supremo, que engloba a todos los demás, y ha de actuar conforme a ese principio. Y ello tiene que ser coadyuvado y no socavado mediante otros principios y leyes (coadyuvan las garantías constitucionales, en especial las referentes a la detención -como también el establecimiento del delito de práctica ilegal de la detención por el funcionario público en el art. 184 del C. P., o el delito de tortura en el art. 204 bis-; no coadyuvan el ya señalado art. 55.2 de la propia Constitución, las disposiciones abusivas de las leyes antiterroristas, la militarización de la policía -por su aislamiento de la sociedad civil y su tendencia a dividir los ciudadanos entre amigos y enemigos-, **(p. 175)** los cambios y retrocesos apresurados a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, etc.). La policía es un instrumento muy sensible a todas estas variaciones y trastornos, por ser justamente un organismo eminentemente ejecutor.

²⁶ NORBERTO BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 1984, págs. 148 y ss. (pág. 170).

²⁷ Cfr. GREGORIO PECES BARBA, "Reflexiones sobre la teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución", en *Revista Fac. de la U. Complutense de Madrid*, núm. 2, 1979, pág. 101.

²⁸ ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, "Constitución y Derecho Penal", en *La Constitución española de 1978: un análisis comparado*, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, 1982, pág. 97.

²⁹ Cfr. G. FRANKENBERG, "Angst im Rechtsstaat", en *Kritische Justiz*, 4, Colonia 1977, págs. 366 y ss.

Ahora bien, se tiende a contraponer libertad y seguridad, que ciertamente no son conceptos contrapuestos ni en la Constitución (art. 17) ni en el Código Penal (título XII). Pues se trata de especificaciones del valor supremo «libertad». Quien está sujeto al miedo, al terror, a la intimidación o a la falta de asistencia mínima, ciertamente está afectado en su libertad, en el sentido de seguridad. Luego, el control ha de estar sometido también a este principio regulativo básico y con él la acción policial. Por eso no es posible plantear como función policial la represión, pues con ello se contraviene el principio de seguridad de los ciudadanos; tampoco aparece compatible la prevención general, ya que ella tiene como función intimidar o aterrorizar, y menos aún la prevención especial, que tiende a cambiar la personalidad del sujeto -con lo cual se afecta el principio de dignidad personal del art. 10.1 de la Constitución-. La policía no puede producir temor, con lo cual también ello implica un rechazo a la militarización de la policía, pues el militar actúa contra enemigos y el ciudadano no es un enemigo.

En verdad lo que sucede en esta problemática es que se confunde el derecho fundamental de seguridad con un concepto de carácter instrumental o funcional, como es el de la seguridad ciudadana, que se usa cuando se habla de fuerzas de seguridad. Y de ahí, entonces, la contraposición que se pretende establecer entre libertad y seguridad (así claramente en el título de la Ley Peyrefitte en Francia Liberté et Sécurité). Seguridad significa aquí orden público, o bien, aquel sentimiento de seguridad del cual hablamos en el control penal cuando se pone el acento en la prevención. Pero tales significaciones -dejando por el momento de lado la discusión en torno a ellas-, en todo caso, han de quedar sometidas a las libertades; no se puede plantear su relación en términos de contraposición, como lo uno o lo otro, ya que no están en términos de igualdad y los derechos fundamentales han de tener un carácter absoluto en la relación Estado y ciudadanos en un sistema democrático; no hay un derecho de libertad o de vida adjetivado, condicionado o circunstanciado -en cambio, el planteamiento de contraposición entre libertad y "seguridad", lo que pretende es convertir el control de orden público y el preventivo en un principio rector metaderechos fundamentales-. Ni siquiera se podría dar toda la razón a la fundamentación del antiguo proyecto de ley de seguridad ciudadana, el cual decía que el presupuesto de ella era establecer un "perfecto equilibrio entre las libertades reconocidas y las facultades atribuidas al Estado...", pues no se trata del equilibrio entre unas y otras, sino de establecer las perfectas relaciones de sujeción a las libertades del ciudadano con respecto a la intervención del Estado, pues, como decía BECCARIA, el Estado no está para la infelicidad de estos, sino para su mayor felicidad³⁰. La seguridad ciudadana es, pues, un concepto funcional, vinculado al ciudadano, con sus libertades, y que implica entender a la policía al servicio de estos, es decir, como un servicio público más, y por **(p. 176)** ello que su característica fundamental deba ser su disponibilidad respecto de todos los ciudadanos y atendiendo las necesidades de protección de todos.

.Pero no solo hay que considerar el control sobre la policía desde el punto de vista de la juridización de valores, sino también en relación con el carácter democrático del Estado. La policía, en cuanto es justamente el órgano básico de ejecución del control intervencionista formal del Estado sobre los ciudadanos, ha de estar sometida a un control democrático. Ciertamente ello resulta sumamente amplio y general si se considera el sistema. democrático solo desde una perspectiva vertical centralizada, ya que entonces el control democrático quedaría circunscrito solo al programa de gobierno, y en específico al futuro Ministro del Interior, o a la intervención del Parlamento y del Defensor del Pueblo. De ahí que sea necesaria una descentralización de la policía y una horizontalidad en el control democrático. Solo así el policía no aparecerá como algo ajeno al ciudadano, será un ciudadano más, estará integrado en su propia comunidad y participará necesariamente de todos los derechos y obligaciones de un ciudadano. Por ello mismo debería establecerse que en los gobiernos autónomos y en los ayuntamientos, el Encargado de la policía sea un civil elegido y que por tanto responda por su labor ante la respectiva comunidad.

Por último, como recalcábamos anteriormente, la policía ha de ser considerada desde el aspecto social del Estado. La institución ha de quedar regida por el concepto de servicio público y, por tanto, atender a las necesidades de todos los ciudadanos -en ese sentido el concepto de seguridad ciudadana es acertado-, pues pone el acento en el ciudadano, en la idea de servicio público y no en la seguridad del Estado, pues esta se dará justamente en la medida en que haya seguridad de los ciudadanos y no al revés. Todo lo contrario.

³⁰ CESARE BECCARIA, De los delitos y de las penas, Madrid, Alianza Editorial, 1968, págs. 105, 106, 110.

Conscientemente hemos dejado un último punto de la actuación policial para el final de este análisis, porque es quizá el aspecto más conflictivo y que afecta necesariamente a los diferentes ámbitos examinados, aunque con diferente intensidad según se trate del control penal, el control de orden administrativo o el control de orden público. Se trata de que la policía, en cuanto órgano de intervención del Estado, entra también a aplicar la fuerza como atributo legal del Estado. El control y la capacidad de control significa en último término el ejercicio de la fuerza. Lo importante, sin embargo, es que ella no se convierta en violencia estatal. La violencia implica la institucionalización de la fuerza, su uso amplio y generalizado para solucionar los problemas políticos y sociales de una sociedad.

El ejercicio de la fuerza por parte del Estado en su intervención ha de ser, por tanto, de carácter puntual y en caso alguno aplicable para resolver problemas políticos y sociales. De ahí que la fuerza solo se pueda legitimar en dos niveles. Uno, como fuerza defensiva, se trata del uso de la fuerza suave (p. ej. barricadas o cierre de una calle para impedir el paso de una manifestación ilegal, el chorro de agua, etc.) y cuyo ejercicio estará sometido siempre al principio de la menor lesividad posible -se, trata justamente de la misma fuerza que utilizan los movimientos no violentos o, por lo menos, análoga-. El segundo sería el uso de la fuerza ofensiva, el uso de la fuerza o violencia propiamente tal (p. ej. uso de bastones o armas). **(p. 177)** La fuerza solo podría aparecer legitimada en las mismas situaciones que respecto de cualquier civil, es decir, en una situación de legítima defensa o bien de estado de necesidad que, naturalmente, podrá tener una mayor frecuencia en virtud de la función misma de la policía.

Si la fuerza no queda sometida a estos límites, se producirá un círculo vicioso, en realimentación continua de la violencia, entronizándose esta no solo en el aparato estatal sino también en la sociedad civil y, en definitiva, el Estado se convertirá en el ángel exterminador de Buñuel.