

UN JUEZ PARA LA DEMOCRACIA

LIBRO HOMENAJE A PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ

Directores

Guillermo PORTILLA CONTRERAS
Fernando VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ

Coordinadores

Esther POMARES CINTAS
Juan Luis FUENTES OSORIO

UN JUEZ PARA LA DEMOCRACIA

LIBRO HOMENAJE A
PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ



UN JUEZ PARA LA DEMOCRACIA

LIBRO HOMENAJE A
PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ

Directores

Guillermo PORTILLA CONTRERAS
Fernando VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ

Coordinadores

Esther POMARES CINTAS
Juan Luis FUENTES OSORIO

Dykinson, S.L.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

© Copyright by
Los autores
Madrid

© Copyright fotografía Antonio Remiro Brotons realizada por Carlos Espósito

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-1324-461-7

Preimpresión por:
Besing Servicios Gráficos S.L.
e-mail: besingsg@gmail.com

ÍNDICE

LAUDATIO	13
GUILLERMO PORTILLA CONTRERAS Y FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ	
NOTA CURRICULAR	31

PERFIL DEL JUEZ HOMENAJEADO

1. LAS DISIDENCIAS DE UN JUEZ	37
MANUEL ATIENZA RODRÍGUEZ, CARMEN JUANATEY DORADO, ENRIQUE ANARTE BORRALLO	
2. SUSTANCIALES APORTACIONES DE LA OBRA DE PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ	63
IGNACIO MUÑAGORRI LAGUÍA	

EL GARANTISMO EN EL PROCESO PENAL

3. LAS GARANTÍAS DE LA PRUEBA COMO FUENTE DE LEGITIMACIÓN DE LA JURISDICCIÓN	81
LUIGI FERRAJOLI	
4. INDEPENDENCIA, INTERPRETACIÓN Y CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO PENAL	97
GONZALO QUINTERO OLIVARES	
5. LAS CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DE NUESTRO PROCESO PENAL VIGENTE: SIN RUMBO DEFINIDO NI IDENTIDAD PROPIA....	123
JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER	

6. **JURISDICCIÓN E INCERTIDUMBRE: ALGUNAS NOTAS** 153
 JAVIER HERNÁNDEZ GARCÍA
7. **VALOR PROBATORIO DE LA AUTOINCULPACIÓN ANTE LA
 POLICÍA, NO RATIFICADA ANTE EL ÓRGANO JUDICIAL.
 COMENTARIOS A LAS SSTS 1215/2006, DE 4 DICIEMBRE, Y
 487/2015, DE 20 JULIO** 165
 FRANCISCO MUÑOZ CONDE
8. **EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD: MANIFESTACIONES E
 INSTITUCIONES CONEXAS**..... 187
 TERESA ARMENTA DEU
9. **LA PERSECUCIÓN DE LA TORTURA Y LAS ESTRATEGIAS DE
 NEGACIÓN** 205
 RAMÓN SÁEZ VALCÁRCEL
10. **¿HACIA UNA CULTURA DE LA BRUTALIDAD POLICIAL? LA
 ÉTICA JUDICIAL A PRUEBA** 237
 MARÍA LUISA MAQUEDA ABREU
11. **INTERDICCIÓN DE LA IMPUNIDAD Y COSA JUZGADA
 FRAUDULENTE EN EL PACTO DE SAN JOSÉ Y EN EL ESTATUTO
 DE ROMA** 253
 HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE
12. **GRACIA Y JUSTICIA: MÁS ALLÁ DEL INDULTO (UNA SÍNTESIS)** 269
 ALFONSO RUIZ MIGUEL

EL GARANTISMO PENAL

13. **LA FILOSOFÍA PENAL DE GAETANO FILANGIERI: UNA
 CONTRIBUCIÓN ILUSTRADA AL GARANTISMO**..... 285
 LUIS PRIETO SANCHÍS
14. **RACIONALIDAD INSTRUMENTAL DEL LEGISLADOR Y
 ESTEREOTIPOS SOCIALES SOBRE LA DELINCUENCIA:
 MODELOS DE ARGUMENTACIÓN PUNITIVISTA**..... 301
 JOSÉ MANUEL PAREDES CASTAÑÓN

15. **RETRIBUCIÓN Y JUSTIFICACIÓN DEL CASTIGO PENAL**..... 323
JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO
16. **SISTEMA DEMOCRÁTICO, PUNITIVIDAD Y LA OCTAVA TESIS DE WALTER BENJAMIN** 341
JOSÉ ÁNGEL BRANDARIZ GARCÍA
17. **UN SISTEMA PENAL PARA LA APOROFOBIA**..... 353
JUAN M. TERRADILLOS
18. **LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES DEL LEGISLADOR PENAL**..... 365
CARMEN LAMARCA PÉREZ
19. **LA AMBIVALENCIA DEL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA DEL DERECHO PENAL**..... 379
MARÍA ACALE SÁNCHEZ
20. **LO PÚBLICO Y LO PRIVADO EN LA PROTECCIÓN PENAL DE BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS** 397
MERCEDES GARCÍA ARÁN
21. **SOBRE LA DESOBEDIENCIA EN DEMOCRACIA: ¿DERECHO O ESTRATEGIA?**..... 415
JAVIER DE LUCAS
22. **LOS VIGENTES DELITOS POLÍTICOS Y LA PERVIVENCIA EN ELLOS DEL SIGLO XIX Y LA DICTADURA FASCISTA (EL CASO DE LOS ARTÍCULOS 589 Y SS. CP)** 429
FRANCISCO JAVIER ÁLVAREZ GARCÍA Y ARTURO VENTURA PÜSCHEL
23. **LA MANIPULACIÓN DE LOS DELITOS DE ODIO** 453
PATRICIA LAURENZO COPELLO
24. **LOS DELITOS DE DESÓRDENES PÚBLICOS TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LO 1/2015** 469
IGNACIO F. BENÍTEZ ORTÚZAR
25. **DELITOS DE POSESIÓN: ¿UNA RESPUESTA DOGMÁTICA ADECUADA PARA UN PLANTEAMIENTO POLÍTICO-CRIMINAL INADECUADO?** 487
EMILIANO BORJA JIMÉNEZ

26. **EL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE COSA PROPIA A SU UTILIDAD SOCIAL O CULTURAL**..... 507
 JAVIER MIRA BENAVENT
27. **ENTRE LA ‘RESISTENCIA HEROICA’ Y LA ‘VIS GRATA PUELLIS’: NOTAS ACERCA DE LA INTERPRETACIÓN DE LA VIOLENCIA SEXUAL EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA**..... 523
 ANTONIO MADRID PÉREZ
28. **CRITERIOS JUDICIALES DE DETERMINACIÓN DEL CONCEPTO DE ABUSO SEXUAL**..... 539
 ESTEBAN PÉREZ ALONSO
29. **LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS AGENTES DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL: ENTRE LA FICCIÓN Y UNA REALIDAD QUE SE APROXIMA**..... 561
 RICARDO POSADA MAYA
30. **EL DOLO EVENTUAL COMO FORMA AUTÓNOMA DE REALIZACIÓN SUBJETIVA DEL TIPO** 583
 JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA
31. **LA CONCEPCIÓN LISZTEANA DE LA POLÍTICA CRIMINAL ENTRE LAS CIENCIAS PENALES** 599
 JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS
32. **DE NUEVO SOBRE LA HETEROPUESTA EN PELIGRO CONSENTIDA**... 615
 ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG
33. **LA DIFÍCIL UBICACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS RESPONSABLES DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER DENTRO DE LA AUTORÍA O LA PARTICIPACIÓN DELICTIVAS** 633
 LORENZO MORILLAS CUEVA
34. **AMBOS Y ZAFFARONI: ¡HACIA UN DEBATE CON ALTURA Y SIN OLVIDOS!** 667
 FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ

JUSTICIA TRANSICIONAL

35. **EL PRECIO POR LA MUERTE ANIQUILA EL VALOR DE LA VIDA: EJECUCIONES EXTRAJUDICIALES, MAL NOMBRADAS “FALSOS POSITIVOS” EN COLOMBIA (2002-2010)** 683
HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRÍO
36. **JUSTICIA EN HORAS DIFÍCILES. RECONSTRUIR EL ESTADO DE DERECHO A TRAVÉS DEL PROCESO PENAL** 713
CRISTINA GARCÍA PASCUAL
37. **LA JUSTICIA CRIMINAL TRANSICIONAL EN COLOMBIA Y LA POLÍTICA COMPLEMENTARIA BAJO EL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL** 727
JOHN A. E. VERVAELE
38. **LA FISCALÍA Y LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN BRASIL (ALGO MÁS QUE LA RECENSIÓN DE UN INFORME)** 759
IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE

¿HACIA UNA CULTURA DE LA BRUTALIDAD POLICIAL? LA ÉTICA JUDICIAL A PRUEBA*

MARÍA LUISA MAQUEDA ABREU

Catedrática de Derecho Penal Universidad de Granada, España.

“El esfuerzo transformador de la cultura del juez tiene que desbordar los límites de lo estrictamente jurídico y proyectarse directa e intensamente sobre las fuertes implicaciones éticas de la función”.

Perfecto Andrés Ibáñez,

Derecho y justicia en el siglo XXI. Más difícil todavía.

SUMARIO: 1. ¿Qué está pasando? 2. La legalidad internacional fue el principio. 3. Un recorrido revelador por la praxis judicial española. 3.1. El ingrediente vejatorio en los comportamientos de brutalidad policial. 3.2. La gravedad y otros criterios distintivos de la tortura y los demás atentados a la integridad moral. 3.3. La clamorosa invisibilidad del abuso de poder en la argumentación judicial. 4. La ética judicial a prueba. Bibliografía.

1. ¿QUÉ ESTÁ PASANDO?

Hace tres años escasos que el magistrado de la Audiencia Nacional, José Ricardo De Prada fue denunciado ante el Consejo General del Poder Judicial por la “infame” e “indigna” afirmación¹ de que en el Estado español la tortura se había producido de manera clara y que había conocido muchos casos de sospecha fuerte de su existencia sin que los tribunales le hubieran dado la respuesta que corresponde a un Estado de Derecho². El asunto originó no pocas críticas institucionales y recusaciones personales a pesar de que quedó zanjado poco después con una resolución del órgano de los jueces donde “se disculpaba” al magistrado por no poder

* Artículo realizado en el contexto del Proyecto de Investigación DER 2017-84178-P, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España.

¹ Según palabras del entonces ministro de interior, Jorge Fernández Díaz, que había solicitado por ella, junto a la Asociación de Víctimas del Terrorismo, la aplicación al juez de medidas disciplinarias <http://www.elmundo.es/espana/2016/06/29/5773871fe2704ea1498b4666.html>).

² Casi literalmente, http://www.naiz.eus/eu/hemeroteca/gara/editions/2016-04-21/hemeroteca_articulos/la-caza-de-brujas-por-acreditar-la-tortura-llega-al-juez-de-la-an-de-prada.

apreciar “una finalidad diferente que el mero traslado a los asistentes al acto de una opinión sobre un tema de interés jurídico, social o político, y nunca la intención o voluntad de afirmar la existencia probada de torturas y menos su imputación directa a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado”³.

Sin embargo, es una realidad bien explícita que en el Estado español se tortura. Hay informes fiables que, desde el interior o fuera del país, denuncian una práctica continuada de violencia institucional que durante años ha tenido como escenario la actuación policial o penitenciaria contra terroristas. Organismos internacionales como la ONU o el Comité para la Prevención de la Tortura (CPT) del Consejo de Europa han llamado reiteradamente la atención sobre la existencia de malos tratos no esporádicos ni incidentales a los detenidos por causas de terrorismo⁴ y lo confirman distintas decisiones sobre casos concretos por parte del Comité de Derechos Humanos de la ONU⁵ y también del Comité contra la Tortura cuando, en su informe de 2015, declaraba su temor a que esas prácticas de violencia contribuyeran a crear “una cultura de impunidad entre las fuerzas del orden”⁶.

Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre causas por delitos de terrorismo y otros contra el orden público representan otra muestra contundente de ese clima alarmante de tolerancia en el ámbito nacional, a veces interrumpido por la concesión de amparo por parte del Tribunal Constitucional ante el incumplimiento judicial del deber de investigación eficaz y suficiente de las denuncias de tortura que reciben⁷. Una última sentencia de la Corte Europea, de fecha 13 de febrero de 2018, vuelve a evidenciar esa situación de connivencia institucional al reconocer, otra vez, la violación del artículo 3 de la Convención por los tratos inhumanos infligidos en el curso de una operación antiterrorista⁸.

Pero hay mucho más. En nuestros estados autoritarios de derecho, la violencia policial ya no se detiene en ámbitos concretos, como el del viejo terrorismo de ETA, sino que amenaza con generalizarse. Instituciones tan reconocidas como Amnistía Internacional o la Coordinadora para la prevención y denuncia de la tortura –que aglutina a más de 43 asociaciones dentro del Estado español– han documentado innumerables casos de maltrato policial en las calles y en el interior de centros de detención o penitenciarios, en contextos tan variados como conciertos o concentra-

³ <http://www.lavanguardia.com/vida/20160607/402343556780/fiscalia-apoya-apartar-al-juez-de-prada-de-2-causas-eta-por-hablar-de-tortura.html>.

⁴ Véanse http://www.papelesdesociedad.info/IMG/pdf/informes_de_naciones_unidas_sobre_la_tortura_en_espana.pdf y <http://www.eldiario.es/norte/euskadi/Tribunal-Estrasburgo-condena-Espana-torturas-investigacion-> También, <https://asapa.files.wordpress.com/2013/05/informe-2011-2013-cpt-consell-deuropa.pdf> .

⁵ Inf. FAE, 2016, p. 22.

⁶ Inf. FAE, 2016, p. 21.

⁷ Inf. FAE, 2016, pp.14, 15. Para un recorrido por esas condenas que comienzan en 2004 con Martínez Salas y otros v. España y que llegan hasta 2016 (Caso de Xabier Beortegui Martínez), véase <https://www.google.es/search?q=informe+fundaci%C3%B3nAbogacia+espa%C3%B1ola&oq=informe+fundaci%C3%B3nAbogacia+espa%C3%B1ola&aqs=chrome..69i57.12837j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>

⁸ STEDH-3_2018_02_13_PORTU y SARASOLA c. ESPAÑA_tratos inhumanos y degradantes_absolución TS obvia existencia lesiones_reexamina pruebas personales sobre sumario_Indemnización_VPD.docx.

ciones callejeras de jóvenes, movilizaciones sociales de protesta urbana, estudiantil, ecologista, sindical..., sobre personas migrantes y extranjeras, sobre menores o mujeres bajo custodia, sobre presos en centros penitenciarios, sobre quienes denuncian maltrato o de cualquier otro modo evidencian su defensa de los derechos humanos, sobre quienes han cometido un delito por leve que sea o quebrantan las ordenanzas municipales consumiendo hachís, orinando o bebiendo en las calles, tocando en la vía pública o realizando venta ambulante... Basta aproximarse a los informes de estos organismos para poner nombres y apellidos a las víctimas de esa violencia que se extienden de modo alarmante⁹. El último comunicado del Comité Europeo para la prevención de la Tortura (CPT), publicado en 2017, confirma esos datos cuando afirma tener conocimiento de ciertas acusaciones creíbles de uso excesivo de la fuerza en el momento de la detención, una vez que la persona en cuestión estaba ya reducida (como bofetadas, puñetazos, patadas en la cara y tobillos o el ajuste demasiado fuerte de las esposas), así como golpes con la porra o comportamiento irrespetuoso con los detenidos tras llegar a la comisaría¹⁰.

Hay, desde luego, causas explicativas de ese avance imparable de la brutalidad policial. Cuenta, de un lado, el amplio espacio de autonomía que las leyes y la práctica judicial conceden a los agentes de policía y penitenciarios en el ejercicio de sus funciones, pero, sobre todo, la inmunidad a que conduce la habitual complicidad de los distintos poderes del Estado, ya sea por ausencia de investigaciones internas que les censuren, ya sea por el persistente trato de favor que reciben de parte del sistema de justicia criminal. Amnistía Internacional, en un informe de 2007, sistematizaba esos motivos en diferentes apartados que documentaba detalladamente con la ayuda de casos no resueltos por los tribunales pese a la evidencia de violencia policial: desde la presentación de obstáculos a la presentación de denuncias (vgr. exigir el nombre y el número de identificación de los agentes implicados) o la intimidación a que se somete a los que toman la iniciativa mediante una recíproca acusación policial de resistencia o atentado para presionar la retirada de sus denuncias o menoscabar la credibilidad de sus testimonios (un “hábito automático” que sigue a las detenciones ilegales) hasta la ausencia de imparcialidad, prontitud y rigurosidad en las investigaciones judiciales (normalmente mínimas o nulas) que, a menudo, finalizan con el sobreseimiento o con pronunciamientos favorables al comportamiento policial merced a una presunción de veracidad de sus declaraciones¹¹ y a la ayuda de pruebas siempre insuficientes o de informes médicos y forenses a menudo incompletos o inexactos¹².

Últimamente, los sucesos acontecidos en las calles de muchas ciudades españolas, a plena luz del día y ante nuestros espantados ojos, son testigo de prácticas policiales abusivas y arbitrarias, cada vez más normalizadas, que parecen haber venido para quedarse. Tras los sucesos acaecidos el 27 de mayo de 2011 en

⁹ AI, 2007, pp. 21 ss.; CPDT, 2010 a 2015.

¹⁰ Inf. CPT, 2017, pp. 16, 33, 86.

¹¹ Desoyendo la doctrina constitucional enunciada en sentencias como la 224/2007, 52/2008 y 40/2010, donde propone invertir los términos de esa “presunción de veracidad” en favor del ciudadano.

¹² Inf. AI, 2014, 54.

Barcelona o en la concentración de 25 de septiembre de 2012 en Madrid¹³, los últimos producidos en Cataluña el 1 de octubre de 2017, con motivo del referéndum de independencia, masivamente transmitidos por distintos medios de comunicación y por las redes sociales, hablan por sí mismos. Hasta 893 personas resultaron lesionadas en este último evento según el Departamento de Salud de Cataluña¹⁴, muchas de las cuales presentaron denuncia en los distintos Juzgados de la capital y las otras ciudades que constan en las diligencias previas abiertas en ellos, según datos facilitados por el Consejo General del Poder Judicial. A fecha 19 de diciembre de 2017, numerosos procedimientos habían sido ya archivados “por autor desconocido”¹⁵, una práctica más que habitual en la instrucción judicial de las causas por maltrato policial que concuerda, por cierto, con otras noticias aireadas últimamente por la prensa, donde se describen los serios esfuerzos de algunos titulares de los Juzgados de Instrucción catalanes por investigar a fondo, previa petición de los números de identificación de los agentes que estuvieron presentes en los lugares donde hubo cargas policiales, las denuncias presentadas por los hechos sucedidos en veintiséis colegios electorales de la ciudad, pese a la oposición de la Fiscalía, más preocupada por avalar la posición exculpatoria del gobierno¹⁶.

Son noticias extremadamente inquietantes que sitúan en primer plano la preocupación por una praxis institucional empeñada en ignorar los episodios de brutalidad policial que transcurren en el espacio público y en garantizar la impunidad de sus culpables. Pese a su evidencia –porque transcurren ante nuestra vista– no hay rastros de ellos ni de su enjuiciamiento en las bases de datos digitales que habitualmente proporcionan información sobre la jurisprudencia penal (Aranzadi, Tirant on line...) y sólo salen de su exasperante invisibilidad a cuentagotas, gracias a ocasionales e imprescindibles fuentes empeñadas en sacarlos de su inexistencia oficial¹⁷.

Aunque algo significativo está pasando. La negación de la tortura encontró siempre explicación en la clandestinidad de su práctica, en “su eliminación de la mirada pública..., al decir de FERRAJOLI, porque se consume en secreto, en los cuarteles, en las cárceles, en las comisarías de policía, en el *tête a tête* entre inquisidor e inquirido”¹⁸, pero ahora, cuando se hace visible y continúa negándose, parece indicar que ha pasado a constituirse en cultura, en algo que se percibe como natural o inevitable, amenazando con legitimarse a sí misma. Porque no hay cultura sin prácticas de poder normalizadas, sin guías de actuación institucionalizadas, sin discursos de legitimación...Y no otra es la función de esa “violencia cultural”, a que

¹³ Inf. AI, 2014, pp.27, 29, 50, 52.

¹⁴ Un informe recogido, entre otras fuentes, por Human Rights Watch que estuvo *in situ*, en <https://www.hrw.org/es/news/2017/10/12/espana-la-policia-utilizo-la-fuerza-de-manera-excesiva-en-cataluna>.

¹⁵ <file:///C:/Users/Usuario/Desktop/MIRAR%20AQUIC.G.P.J%20-%20Noticias%20Judiciales.html>.

¹⁶ Véase el Auto del Juzgado de Instrucción nº 7 de Barcelona, por ejemplo, en https://www.ara.cat/2017/10/06/INSTRUCCIO_7-_auto_obertura_diligencies.pdf?hash=fd37bcc570f65c31872ff6be94c10507aae962af0.

¹⁷ Entre esas fuentes, merecen consultarse los informes de AI, 2007, pp. 21 ss. y CPDT, de 2010 a 2015.

¹⁸ FERRAJOLI, 2008.

se refiere GALTUNG, la de promover un marco justificativo de la violencia directa – expresada aquí en la represión policial– mediante la interiorización y la aceptación de sus reglas de juego y de la legitimidad del estado para imponerlas ¹⁹ Y en esta tarea de “culturización”, que algunos han calificado felizmente de “normalización patológica”²⁰, el poder del derecho –y de sus operadores– se ha hecho imprescindible, no solo para hacer opaca la realidad de esa violencia, ignorándola, sino para desfigurarla mediante fórmulas que encubren su sentido más profundo e incisivo como, por ejemplo, la de obviar su nombre. No en vano, como violencia simbólica que es, la transformación conceptual –el “saneamiento del lenguaje”, como dice ese mismo autor²¹– es un recurso privilegiado que se ha evidenciado altamente útil para aligerar el peso histórico de una noción como la tortura en favor de otros términos más ambiguos y más manipulables, como los de trato cruel, inhumano o degradante o los más asépticos de malos tratos o vejación o incluso el de simple lesión²² que buscan –y consiguen– ocultar la realidad de un abuso de poder en toda regla. El legislador penal fue el primero en crear esa ficción al incorporarlos al lenguaje jurídico, pero no hubiera sido posible alcanzar los efectos de esa metamorfosis perversa sin el espaldarazo de muchos jueces –quizás demasiados– que han incorporado el vocabulario y el discurso idóneos para generar una ilusión de neutralidad que perturba y confunde la conciencia social de lo que sucede. Es ese poder de “dar forma” a que se refiere BORDIEU, de nombrar, de representar, de construir la realidad ... tan característico de la autoridad jurídica en tanto que instancia más representativa del poder simbólico. De este modo, la legalidad y la práctica judicial se constituyen en un modo de dominación formal²³, nada inocente ni banal porque, en su tarea de producción del derecho, esconden el sustrato político al que sirven en su apuesta legitimadora de la violencia estatal.

2. LA LEGALIDAD INTERNACIONAL FUE EL PRINCIPIO

La legalidad internacional fue, en efecto, la que a mediados del siglo pasado introdujo esas primeras nociones de trato cruel, inhumano y degradante como acompañantes de la tortura y de su prohibición. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 sería la primera (artículo 5) y la que inspiró otros textos de enorme influencia mundial como el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 (artículo 3) o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 7). Pero hasta 1984 no existió ningún concepto legal de esos comportamientos “menores”, si es que puede llamarse así al que ofreció el Convenio Internacional contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes cuando se limitó a afirmar que la tortura era

¹⁹ De modo que “aparezcan como cargadas de razón o, al menos, que se sienta que no están equivocadas”, GALTUNG, 2016, p. 149.

²⁰ MAGALLÓN, 2005, p. 2.

²¹ GALTUNG, 2016, p. 156.

²² Que presentan la realidad con caracteres difusos, como afirma GALTUNG, 2016, p. 150.

²³ BOURDIEU 2001, pp. 40, 48, 49.

“una forma agravada y deliberada” de ellos (artículo 1, 2) ²⁴. Con semejante definición de expresiones tan vagas e indeterminadas, se explican las dosis de relativismo y subjetividad que han marcado su historia y que llegan hasta hoy ²⁵.

A falta de directrices más explícitas, las de la Comisión y el Tribunal de Derechos Humanos del Consejo de Europa durante la década de los ochenta han hecho fortuna. No es que su doctrina acerca del artículo 3 del Convenio de 1950 cumpliera con el objetivo –supuesto– de ofrecer garantías individuales frente a la violación estatal de esos derechos, más bien al contrario, pero hay que reconocerle la osadía de haber elaborado criterios propios para burlarlas. Las “necesidades de represión” para asegurar la defensa de los valores democráticos de las sociedades europeas entonces amenazadas por el terrorismo, fue la excusa que le sirvió para justificar altos niveles de tolerancia hacia la violencia institucional que se manifestaron en la relativización –cuando no negación– de la gravedad intrínseca de cualquiera de sus manifestaciones. Si la mayor o menor intensidad del sufrimiento era, en principio, el elemento que las diferenciaba en una escala jerarquizada en la que la tortura ocupaba el nivel más alto y le seguían por ese orden los tratos inhumanos y los tratos degradantes, la valoración de nuevos índices permitía rebajar hasta extremos insospechados su identificación como comportamientos contrarios a la Convención. Esos índices, llamados “criterios de apreciación relativa de los límites de intensidad”, entre los que primaban los de carácter externo sociológico referidos al ámbito socio-político en que se inscribía el asunto considerado (básicamente, el entorno democrático), eran los responsables de ponderar los intereses contradictorios del estado y del individuo favoreciendo siempre al primero. El pretexto fundamental para rebajar el nivel de gravedad era la ausencia de la severidad requerida –cualquiera que fuera– pero se ensayaron otros como la falta de pruebas o de intencionalidad deliberada de provocar sufrimientos, sobre todo cuando se trataba de detenidos que habían mostrado una actitud de provocación o de simple resistencia pasiva frente a la actuación policial ²⁶.

Lo cierto es que esa práctica tolerada de sufrimientos alcanzó a hacer desaparecer la tortura de las decisiones de los órganos de la Convención y a reservar la calificación de trato inhumano e incluso de trato meramente degradante para situaciones excepcionales cuando se franqueaban grados de intensidad escandalosos. El resto de “brutalidades” que no alcanzaban el mínimo de gravedad requerido pasaban al campo residual de “moralmente condenables” y eran excluidas del ámbito de prohibiciones del artículo 3, por entender que eran consideradas “normales” por la mayor parte de los detenidos (bofetadas o golpes en la cabeza o la cara...) ²⁷.

Casi cuatro décadas después, esas pautas interpretativas permanecen vigentes en el contexto de derechos nacionales como el nuestro. Las necesidades siempre crecientes de autoafirmación del estado y de sus claves represivas no necesitan ya pretextar la lucha antiterrorista para poner a prueba la seguridad de los derechos

²⁴ RODRÍGUEZ MESA, 2000, pp. 47, 48.

²⁵ BUENO, 2003, p. 616.

²⁶ Ampliamente, con el examen de casos, MAQUEDA, 1986, pp. 434 ss.

²⁷ MAQUEDA, 1986, pp. 433, 435 ss. Más noticias en PORTILLA, 1996, p. 287.

de todos, cualquier excusa es bastante. Sirva como ejemplo revelador este recorrido por la jurisprudencia española de los últimos diecisiete años acerca de una brutalidad policial que se extiende peligrosamente desde la clandestinidad al espacio público.

3. UN RECORRIDO REVELADOR POR LA PRAXIS JUDICIAL ESPAÑOLA

Partiendo de una realidad normativa que diversifica los delitos contra la integridad moral cometidos por las fuerzas de seguridad en tortura (art. 174 CP) y otros atentados contra la integridad moral (art. 175 CP), siguen sin existir reglas seguras que garanticen un enjuiciamiento mínimamente previsible de ellos. Al no ser la gravedad, aparentemente por lo menos, uno de sus criterios distintivos –pues esas figuras legales contemplan los mismos grados de medición en graves y menos graves–, el peso de la diferenciación se dice recaer entonces sobre la incierta prueba de especiales ánimos del autor y, a veces, de una cierta permanencia en el ejercicio de la violencia²⁸ que eventualmente estarían en condiciones de justificar la pena, comparativamente superior, que se reserva para la tortura. En la práctica, sin embargo, la valoración de esos elementos a menudo se hace imprecisa y la incertidumbre aumenta cuando se trata de identificar el campo de aplicación propio de los tratos degradantes y, especialmente, el de aquéllos otros comportamientos “residuales” que, por ausencia de un nivel de intensidad bastante de sufrimiento o por carecer del ingrediente de vejación o humillación que se predicen de cualquier atentado a la integridad moral o por otros diferentes motivos, quedan a merced de la improvisación judicial.

La interpretación constitucional del artículo 15 de la Constitución española, empeñada en seguir las pautas valorativas de los operadores jurídicos internacionales, aporta escasa luz a este panorama confuso. En su doctrina acerca de la tortura y los tratos inhumanos y degradantes, como “naciones graduadas de una misma escala”, el Tribunal Constitucional afirma que “denotan en todos sus tramos, “la causación, sean cuales sean los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto ”... “siempre que acarren sufrimientos de una especial intensidad o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado de gravedad”²⁹. A falta de una verdadera voluntad clarificadora acerca del abuso de poder que implican y de cualquier forma de autonomía en sus respectivas esferas de actuación, los términos de la diferenciación entre esas nociones permanecen inseguros y queda sin definir la naturaleza inhumana de esos otros comportamientos que, presentando un alto componente de arbitrariedad policial, siguen siendo una muestra representativa de la violencia del estado. El examen de la jurisprudencia de los tribunales ordinarios permitirá conocer sus contenidos y poder alcanzar, quizás,

²⁸ ROIG, 2014, p. 309.

²⁹ Da cuenta con detalle de esa doctrina jurisprudencial ROIG, 2014, p. 303, notas 17 y 19.

algunas conclusiones fiables. Varios apartados de esa incierta definición constitucional merecen ser analizados.

3.1. El ingrediente vejatorio en los comportamientos de brutalidad policial

No es de extrañar que, con esas pautas constitucionales de partida, toda la praxis judicial española centre sus esfuerzos interpretativos en desentrañar la esencia de lo degradante como única vara de medir el ejercicio de violencia policial. A ello ha contribuido seguramente la ausencia de la expresión “trato inhumano” en la nomenclatura legal ordinaria y, desde luego, la decisión –desafortunada– de regular esas formas de expresión de la violencia estatal como delitos contra la integridad moral en vez de situarlas en un lugar preferente entre los atentados más graves contra el orden constitucional³⁰. De ahí que sean innumerables las sentencias que exigen el componente vejatorio y la intencionalidad de degradar y humillar para identificar las prácticas constitutivas de tortura y de esos otros abusos infligidos por las fuerzas de seguridad con la importante consecuencia –quizás buscada o, por lo menos, aceptada– de excluir de su ámbito de aplicación un buen número de conductas que, conteniendo un explícito exceso en el ejercicio de la función policial, se consideran sin embargo neutrales y constitutivas de simples faltas (de lesiones, amenazas...) o de meros delitos contra la integridad física o psíquica (arts. 147 y ss.) por considerar que no afectan supuestamente a la inviolabilidad personal de sus víctimas. Un juicio altamente inseguro que demasiadas veces se traduce en pronunciamientos judiciales arbitrarios y verdaderamente alarmantes.

Valgan como ejemplo los que niegan carácter vejatorio a conductas calificadas como (antiguas) faltas tales como coger al detenido del cuello contra la pared, zarrandeándolo y golpeándolo a consecuencia de que fue sorprendido dedicándose a venta ambulante prohibida *porque la acción de los acusados de golpear fue puntual y, pese a que haya de calificarse de excesiva o innecesaria..., ni cabe apreciar la permanencia ni revela el ánimo de menosprecio y humillación que cabe exigir en el atentado a la integridad moral penado en el art. 175 del Código Penal pues no se ha dado un trato ni empleo de la violencia especialmente degradante, sino que más bien resulta producto de la desconsideración y enojo producido por la inobservancia presentada por la víctima a las indicaciones de los Agentes, sin un específico ánimo vejatorio* (SAP Huelva, secc. 29, n. 264/2000, de 1 de julio); o golpear reiteradamente con las manos abiertas en cara y cabeza con amenaza de darle dos tiros a un joven que celebraba en Granada la fiesta de la primavera porque *la acción amenazadora no puede tildarse de grave si se tiene en cuenta las circunstancias, ya que evidentemente el que la pronunció tenía pistola hábil para disparar, pero no era ni sospechable siquiera en la más libre imaginación que tal acción pudiera llevarla a cabo el acusado, la multitud de personas allí existente..., la propia profesionalidad del pronunciante... hace pensar que hubiera el más mínimo atisbo de verosimilitud en lo dicho* (SAP Granada, secc. 1, n.374/2004, de 10 de junio); o dar un puñetazo en un ojo a quien solicita el número de placa a una agente porque *el tipo delictivo previsto en el art. 175 del C. Penal*

³⁰ MAQUEDA, 1986, pp. 449 y 450. También, con matizaciones, PORTILLA, 1996, p. 279. Algo que tiene que ver con la identificación del bien jurídico protegido en este contexto relacional ciudadano-Estado. Ampliamente sobre ello, RODRÍGUEZ MESA, 2000, pp. 192 ss.

no solamente requiere la causación de un padecimiento físico o psíquico en la víctima, sino un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito y la causación de una lesión en este caso, ni por el modo de infligirla ni por las circunstancias que rodean al hecho puede entenderse que comporta una humillación que vaya más allá de la que ... va implícita en toda lesión que causa una persona a otra (SAP Madrid, secc. 7, n. 65/2011, de 17 de mayo); o dar dos bofetadas e insultar a alguien del que se sospechaba que había causado daños en la motocicleta del policía acusado con el deseo de averiguar si había sido o no el autor porque, pese a tratarse de una actitud, impropia y fuera de lugar, por innecesaria, en cuanto que para nada había intervenido ... en la realización de esos daños... por ningún lado aparece ese concepto humillante que exige el tipo penal objetivo del delito cuya aplicación se pretende (SAP Zaragoza, secc. 1, n. 305/2011, de 27 de septiembre); o saltar sobre el detenido que había tocado de forma causal y no intencional a uno de los acusados procediendo a su reducción violenta mediante golpes propinados con los pies porque ... no se observa que el detenido haya sido rebajado a la condición de una mera cosa. Ciertamente ha sido objeto de un trato no justificado por el exceso... pero ello no implica todavía que de esa manera haya sido afectada la dignidad que le corresponde por el hecho mismo de ser una persona (STS n. 59/2011, de 28 de febrero); o propinar una bofetada a un detenido que tarda en firmar el acta de información de derechos en comisaría porque, pese a reconocer que sin duda supone para este un padecimiento físico, no puede afirmarse que además tuviera para él un carácter humillante o vejatorio distinto o diferente al que supone para cualquiera y en cualquier momento recibir una bofetada (SAP Madrid, secc. 7, n. 118/2012, de 26 de noviembre); o dar un bofetón y coger a la detenida por el cuello en el curso de un registro en comisaría porque si bien la agente se extralimitó no es más que un uso excesivo de fuerza en un contexto de tensión ... ni reviste la nota de gravedad mínima para equipararse a las conductas que normalmente se contemplan como tendentes a la instrumentalización de la persona o de humillación, ni las circunstancias anteriores, concomitantes y posteriores que concurriera en el ánimo de la agente el humillar o denigrarla (SAP Barcelona, secc. 21, de 30 de marzo de 2012); o agarrar con una mano la camiseta del detenido sacando un revólver que el policía nacional empuñó poniendo la boca del cañón en su frente al tiempo que le decía: “La has cagado, listillo”, porque si bien constituye un ataque a la libertad (falta de amenazas) por tratarse de un claro acto intimidatorio dirigido a provocar un evidente temor de sufrir un ataque contra la vida, en tanto la pistola es un arma eficiente y capaz de causar la muerte, más aún en el lugar en donde se dirige, la frente, lo cierto es que dicha actuación del acusado no atentó contra la integridad moral de la víctima pues duró escasos segundos, ya que inmediatamente fue apartado por su hermano y por sus amigos ... sin que conste que el funcionario persistiera en su actitud intimidatoria con la pistola (SAP Madrid, secc. 17, n. 469/2014, de 27 marzo).

Otros atentados más graves a la integridad física o psíquica de los detenidos se saldan también con la imputación de meros delitos de lesiones a causa de la supuesta ausencia de dosis suficientes de humillación y envilecimiento. No merecen a los jueces el calificativo de degradantes, por ejemplo, comportamientos policiales tales como golpear reiteradamente con su defensa en brazos y piernas y en la cabeza a un sujeto que le había tratado despectivamente y le había propinado un manotazo para que le dejara en paz, propiciando que se cayera y se diera contra el suelo y sangrara abundantemente (STS n. 1682/2000, de 31 de octubre); o tirar al suelo

y *usar extrema violencia* con una mujer que había declarado contra el acusado en un juicio previo de faltas ... pese a reconocer la gravedad del *acometimimiento consistente en ponerle una esposa en la muñeca derecha, tirarla al suelo y golpearle en la cabeza y piernas, al tiempo que se le ponía la rodilla sobre la espalda* (SAP Madrid, secc. 6, n. 608/2002, de 12 de diciembre); o propinar en grupo – de cuatro– diversos golpes en zonas de riesgo vital tras un incidente nimio protagonizado por el detenido *porque no se había buscado de propósito sino que es consecuencia del ejercicio de su función por más que el mismo sea excesivo o desproporcionado* (SAP Alicante, secc. 10, n. 585/2012, de 20 de diciembre); o dar patada muy fuerte en el pecho en comisaría a un detenido por parte de un policía local aficionado al kárate que le ocasionan enfisema y rotura de costillas por considerar *ausentes los elementos objetivos y subjetivos propios de cualquier atentado a la integridad moral* (SAP Cádiz, secc. 8, n. 263/2012, de 13 de julio)...

3.2. La gravedad y otros criterios distintivos de la tortura y los demás atentados a la integridad moral

Por más que numerosas sentencias reconocen que no es la gravedad un criterio diferenciador de los delitos de tortura (art. 174 CP) y los tratos degradantes (art. 175 CP), dado que sus respectivos tipos penales contemplan formas graves y menos graves³¹, lo cierto es que en la práctica sigue siendo una guía interpretativa preferente que, en su evaluación, alcanza a excluir muchas veces las agresiones policiales que, a juicio de los tribunales, no presentan un mínimo de intensidad agresiva por entender que éste es un atributo implícito a cualquier delito contra la integridad moral en los términos en que aparece definido en el art. 173.1 CP³². Pero ni esa gravedad, que a menudo computa a la baja, ni las otras pautas orientativas que manejan a menudo los jueces, como el plus de perversidad o maldad³³, la permanencia en el maltrato o el elemento teleológico³⁴ –como características de la tortura–, acaban conformando un panorama clarificador. Más bien al contrario.

Unas veces porque las finalidades de la tortura, bien explícitas, se interpretan restrictivamente, en particular, las que valoran el ánimo de castigar recogido en la descripción legal (el art. 174 CP) que está presente en tantos ejemplos de brutalidad policial donde abundan los actos vengativos y de represalia³⁵. Fiel exponente de

³¹ Por todas, SAP Madrid n. 107/2002, de 11 de noviembre.

³² Así, STS n. 59/2011, de 28 de febrero.

³³ SAP Las Palmas, secc. I, n. 186/2000, de 1 de diciembre; SAP Madrid, secc. 6, n. 407/2002, de 10 de julio; STS n. 601/2013, de 11 de julio.

³⁴ STS n. 985/2012, de 27 noviembre o SAP Islas Baleares, secc. I, n. 33/2015, de 20 de marzo.

³⁵ Por ejemplo, por haberle denunciado con anterioridad en un juicio de faltas (SAP Madrid, secc. 6, n. 608/2000, de 12 de diciembre), por falta de respeto a la autoridad o por suponer que se burlaba de ellos (SAP Zaragoza, n. 77/2007, de 25 de abril y SAP Las Palmas, secc. I, n. 186/2000, de 1 de diciembre, respectivamente...), por haberle puesto la mano encima (STS n. 159/2011, de 28 de febrero) o haberles lanzado previamente golpes (STS n. 778/2007, de 9 de octubre o STS n. 978/2010, de 3 de diciembre), por haberse encarado con los agentes (STS n. 1685/2003, de 17 de diciembre o STS n. 153/2013, de 6 de marzo), por haber agredido previamente a un compañero o creer erróneamente que lo había hecho (respectivamente, SAP Barcelona, secc. 21 de 30 de diciembre de 2010 o STS n. 715/2016, de 26 de septiembre y STS n.

esta tendencia jurisprudencial a eludir la aplicación de la tortura en casos de violencia policial donde esa finalidad concurre es la doctrina que la limita expresamente a los supuestos de funcionarios de prisiones o de corrección de menores por entender que *el acto cometido –por el que se le castiga– es el que ha motivado su detención o prisión*, de modo que sería una suerte de “tomarse la justicia por su mano” (SAP Santa Cruz de Tenerife, secc. 2, n. 1143/2002, de 18 de noviembre). También el fin discriminador resulta injustificadamente ignorado aun cuando los hechos sean muy elocuentes, como sucede con la SAP de Huelva, secc. 29, n. 264/2000, de 1 de julio o la STS n. 412/2009, de 23 de abril que se contentan con apreciar un maltrato leve, respectivamente, en los golpes inferidos a un ciudadano ecuatoriano *top manta* o en el pateo e insultos inferidos a un ciudadano negro con un ánimo bien visible de menosprecio.

En cuanto a la nota de permanencia que muchos tribunales han considerado inherente a la tortura y que se ha utilizado con frecuencia para distinguirla de los tratos degradantes del art. 175 CP³⁶, lo cierto es que hoy tampoco puede emplearse como dato diferenciador fiable en tanto que se ha hecho extensiva también a ellos –*el trato degradante implica una conducta desde la habitualidad* dice la SAP Las Palmas, secc. 1, n. 186/2000, de 1 de diciembre³⁷– como argumento para rebajar su gravedad cuando se trata de hechos que transcurren en un breve periodo de tiempo³⁸, o aún para degradar la calificación a la de las viejas faltas de lesiones o de vejación injusta cuando no hay continuidad en el maltrato³⁹, con lo que el grado de inseguridad jurídica se ha hecho insostenible.

Otro tanto sucede con el criterio de la gravedad, a menudo empleado con demasiada laxitud por los jueces⁴⁰, cuyas valoraciones pecan muchas veces de poco rigurosas y excesivamente condescendientes con el uso extensivo de la violencia estatal. Son efectivamente numerosas las sentencias que, aun reconociendo la *singular brutalidad* de los hechos y siendo evidente la presencia de las finalidades típicas, eluden la calificación de tortura, contentándose con la aplicación de un trato degradante no grave del art. 175 CP⁴¹. Y es que ese atentado leve a la integridad moral de

601/2013, de 11 de julio), o por considerar supuestamente que había protagonizado un robo o una agresión sexual (respectivamente SAP de Madrid, secc. 6, n. 407/2002, de 7 de marzo o STS n. 910/2009, de 25 de septiembre...

³⁶ Por ejemplo, SAP de Madrid n.107/2002, de 11 de noviembre; STS n. 685/2003, de 17 de diciembre; SAP Granada, secc.2, n. 30/2006, de 2 de enero; SAP Barcelona, secc. 5, 27/6/2013; SAP Valencia n. 334/2017, de 7 de mayo.

³⁷ También, SAP Valencia, secc. 2, n. 625/2006, de 2 de noviembre).

³⁸ Por ejemplo, SAP Granada, secc. 2, n. 30/2006, de 2 de enero; SAP Las Palmas, secc. 2, n. 140/2014, de 5 de junio; SJP n° 3 de Santander, n. 390/2014, de 29 de diciembre.

³⁹ STS n. 159/2011, 28 de febrero. También, SAP Granada, secc.1, n. 374/2004, de 10 de junio; SAP Barcelona, secc. 21, de 30 de marzo de 2012; SAP Madrid, secc.15, n. 872/2014, de 11 de noviembre; SAP Barcelona, secc.9, n. 440/2017 de 19 de mayo.

⁴⁰ Véase SAP Madrid, secc. 6, 407/2002, de 10 de julio.

⁴¹ Significativamente la SAP Madrid, secc.7, n. 64/2012, de 30 de mayo revisada y confirmada por la STS n. 485/2013, de 5 de junio, pero también muchas otras donde el ánimo de castigar de la tortura aparece claro, como la SAP de Lleida, secc.1, n. 412/2005, de 8 de noviembre; SAP de Madrid, secc. 1, n. 71/2013, de 14 de febrero; SAP Barcelona, secc.5, de 27 de junio de 2013 ... Aprecian a cambio, con buen juicio, tortura grave dada la intensidad de la agresión física, psíquica y moral así como la finalidad vindicativa respecto del detenido, sentencias como la de la AP de Las Palmas, secc.1, n.186/2000, de 1 de diciembre y secc.2, n. 95/2014, de 16 de junio; AP de las Isles

los detenidos es el que encuentra un mayor espacio aplicativo en la jurisprudencia penal española, aún en situaciones en que resulta evidente la intensa gravedad de un maltrato que se salda con multas o penas simbólicas de prisión. Como ejemplos significativos de calificaciones extremadamente benevolentes merecen citarse, entre otros, poner el pie encima del cuello de un joven y encañonarle con la pistola en la cabeza, siendo conducido bajo la amenaza de dispararle mientras que otro le daba patadas y le empujaba de forma violenta reprochándole algo tan desproporcionado como una infracción de tráfico (STS n. 1218/2004, de 2 de noviembre); o dar una bofetada y varias patadas a quien se cree erróneamente autor de una agresión sexual que no presenta resistencia y que se le hace permanecer en el suelo fuertemente esposado (STS n. 910/2009, de 25 de septiembre); o ser sujetado por los brazos mientras otros dos le agredían con golpes y puñetazos en diversas partes de cuerpo, tras lo cual fue obligado a quedarse completamente desnudo (STS n. 1237/2011, de 23 de noviembre); o golpear a una persona que está detenida e inmovilizada de manos y pies, por un grupo de agentes encargados de su custodia, hasta cinco (SAP Barcelona, secc. 21, n. 256/2013, de 17 de julio); o propinar una cantidad grande de patadas y puñetazos al detenido (STS n. 465/2013, de 29 de mayo); o dar cinco fuertes bofetones e insultos a una víctima detenida, engrilletada y con las manos en la espalda, por considerar que *la nota de gravedad debe determinarse siempre en beneficio del reo* (STS n. 485/2013, de 5 de junio); o tirar al suelo de un bofetón a un menor y darle reiteradas órdenes de introducirse en el agua y seguir nadando hasta llegar a la boya sin dejarle salir y abandonándolo después despojado de sus ropas ...pese a reconocer *la intensidad del sentimiento de miedo, y de inferioridad y temor* de la víctima (STS n. 19/2015, de 22 de enero)...

Pareciera que estas sentencias, en su afán por calibrar la cantidad de violencia que excede de “la normal” dentro de la cultura policial, olvidan que el contexto en que se instala no es neutral, que no se trata de una contienda privada entre particulares sino de un conflicto esencial entre fuerzas muy desiguales, y no ya por las razones que a veces argumentan (mayor o menor complejión física, superioridad numérica o instrumental⁴², estado de salud o de ánimo del agredido o del “agresor”⁴³), sino porque la del estado, aparte de ser imponente, se ejerce a costa de la debilidad de los derechos más esenciales de la sociedad y de los ciudadanos.

Balears secc.1, n. 33/2015, de 20 de marzo; AP de Las Palmas, secc. 1, n. 86/2000, de 1 de diciembre así como otras que reconocen el ánimo de obtener información como la de la AP Valencia n. 334/2017, de 7 de mayo.

⁴² De ahí la agravante de abuso de superioridad (art. 22, 2ª CP), muchas veces planteada –a veces incluso bajo la etiqueta de la de prevalimiento del carácter público del art. 22, 7ª CP (SAP Madrid, secc.15, n. 529/2008, de 2 de diciembre)– en sentencias como la SAP Madrid, secc.2, n. 471/2014, de 4 de julio;

SAP Madrid, secc. 6, n. 608/2002, de 12 de diciembre; STS n.754/2004, de 20 de julio ...

⁴³ Véanse esas sentencias que justifican el maltrato policial apelando a su “condición humana”, como la SJP nº 4 de Pamplona n. 83/2012, de 12 de marzo para quien *un policía puede reaccionar igual que lo haría un ciudadano* o el voto particular a la STS n. 1682/2000, de 31 de octubre cuando señala que *el uso de la defensa entra dentro de la más absoluta normalidad y el error fue cuando perdió el control poniéndose a la altura del agredido a la postre siempre más indefenso* o la SAP Asturias, secc. 2, n. 234/2016, de 16 de mayo porque, como cualquier particular, *el estímulo tuvo la intensidad suficiente para perturbar su ánimo*.

La dignidad del cargo se impone así sobre la dignidad de lo humano, que es el centro y la guía de esos derechos crecientemente avasallados por un poder de hecho que, a la postre, resulta reforzado por la connivencia de una praxis judicial que les procura un espacio de juego fácilmente transitible. La desigual jurisprudencia en torno al cómputo de la gravedad de estos delitos en contraste con el que conceden a los atentados a los agentes de la autoridad –siempre en alza– es una prueba irrefutable. Resulta significativo que, en su caso, sean considerados suficientemente graves como delitos de atentado, sin tantos remilgos, “un puñetazo en la cara” (SAP Girona, secc. 4, n. 291/2012, de 23 de mayo; “dos empujones” (SAP Cádiz, secc.8, n. 423/2013, de 18 de diciembre; “un codazo en la cara” (SAP Las Palmas, secc.1, n. 199/2016, de 26 de mayo); “un cabezazo en el pecho” (SAP Granada, secc. 2, n. 4/2017, de 1 de marzo); “un tortazo” (SAP Málaga, secc. 2, n.160/2017, de 28 de abril); “un manotazo en el rostro” (SAP Burgos, secc. 1, n. 49/2017, de 9 de mayo); “un empujón” (SAP Tarragona, secc.4,n. 207/2017, de 31 de mayo); “patadas” (SAP Guipúzcoa, secc.2, n. 66/2017, de 15 de junio); “un puñetazo” (SAP Madrid, secc. 15, n. 45/2017, de 17 de julio); “una fuerte bofetada y arañazos” (SAP Madrid, secc. 23, n. 513/2017, de 26 de septiembre); “una bofetada” (SAP Zaragoza, secc.6, n. 313/2017, de 10 de noviembre)...

3.3. La clamorosa invisibilidad del abuso de poder en la argumentación judicial

Siendo cierto que el abuso de poder figura entre las notas constitutivas de la tortura y los demás tratos degradantes en la ley y en la doctrina de muchos tribunales⁴⁴, sin embargo, pocas veces llega a ser un argumento inspirador que figure entre sus fundamentos de derecho. Muy significativa es, en ese sentido, la afirmación contenida en alguna sentencia que, invocando la necesidad de atender a una interpretación sistemática de esas figuras delictivas en el Título VII del Código penal, corrige su caracterización como “delitos de abuso de poder” en favor de la de delitos contra la integridad moral por ser ésta la que describe, en esencia, su interés de protección (SAP Madrid, secc. 17, n.469/2014, de 27 de marzo).

Por ello es coherente también que, en ese contexto, cuando se niega cualquier atentado a la dignidad humana del detenido –que es el significado que la jurisprudencia suele otorgar al concepto de la integridad moral⁴⁵–, haya tanta resistencia a aplicar por fuera la agravante de prevalimiento del carácter público del culpable del art. 22, 7ª CP. Me refiero a los casos en que la jurisprudencia niega la calificación de trato degradante por ausencia de sus notas de humillación y cosificación características y aprecia simplemente un delito de lesiones. El argumento para excluir la agravante es siempre el mismo: *no se trata de una agravante especial anudada a la función pública porque su fundamento... se encuentra en el abuso de superioridad en el plano moral que requiere que se ponga el carácter público al servicio de los propósitos criminales ...pero no*

⁴⁴ Por todas, STS n. 910/2009, de 25 de septiembre o SAP de Barcelona, secc. 9, n. 440/2017 de 19 de mayo.

⁴⁵ Por todas, STS 19/2015, de 22 de enero. También en la doctrina, ROIG, 2004, P. 302.

*dentro de la actividad que le es inherente... no apreciándose en los casos de exceso de celo ni de extralimitaciones delictivas en actos de servicio*⁴⁶.

La misma retórica empleada, tan usual en la argumentación judicial para describir los hechos de brutalidad policial (“extralimitaciones”, “uso excesivo de la fuerza”, “actuación gratuita y superflua”, “conducta arbitraria de agresión”, “exceso de celo”, “abuso de fuerza”, “hechos totalmente impropios”, “errónea y desafortunada respuesta”, “fuerza excesiva o desproporcionada”...), acaba mostrándose extremadamente útil para oscurecer y encubrir el abuso de poder estatal⁴⁷ pervirtiendo el significado de una violencia que, contra lo que parecen querer expresar, no es privada ni ocasional sino que es estructural, “un *modus operandi* institucionalizado de las fuerzas policiales”, en palabras de TISCORNIA. La autora lo denomina “teoría de los excesos” (casos aislados, naturales en una fuerza de grandes dimensiones, extraordinarios, obra de policías fuera de control...) que sirve para rebajar la conciencia social y jurídica de que se trata de una violencia que “rebasa de forma cotidiana los límites del derecho, la norma del derecho y que, paradójicamente, el derecho consiente la rutina de que así suceda”⁴⁸ o, como decía hace ya casi un siglo Walter BENJAMÍN, que “en su irrupción inconcebible, generalizada y monstruosa en la vida del Estado civilizado ...hace aparecer al derecho bajo una luz de ambigüedad ética...”⁴⁹.

4. LA ÉTICA JUDICIAL A PRUEBA

Y es que estamos, como afirma ANDRÉS IBÁÑEZ, “en un mal momento del Derecho y de los derechos... y el futuro” dirá. ¿Seguirá siendo, como la mayor parte del pasado, el de los poderes salvajes, como plantea el magistrado?⁵⁰. Creo que ahora, más que nunca, es decisiva una llamada a la ética judicial que es la ética de los derechos, de la garantía de los derechos⁵¹ que aquí no puede expresarse de otro modo que en su defensa rigurosa frente al estado más amenazante.

Pero no faltan precedentes judiciales que permiten atisbar alguna esperanza en este escenario degradado donde sigue imperando el “sentido de Estado”⁵². Son inspiradoras, en efecto, algunas sentencias que, fruto de esa concienciación ética, ensayan nuevas formas de encarar el problema de la brutalidad policial desde el imprescindible afán de asegurar la protección de los derechos que la ciudadanía ve constantemente amenazados tanto fuera como dentro del proceso de investigación criminal.

⁴⁶ Siguiendo esa peculiar teoría, deniegan su aplicación por tratarse de *una actuación genuinamente policial* o por *no obedecer a móviles privados*, entre otras, la STS n. 671/2010, de 2 de julio; SAP Alicante, secc.10, n. 585/2012, de 20 de diciembre; STS n. 813/2013, de 29 de octubre; SAP Burgos n. 193/2014, de 2 de mayo; SAP Asturias, secc.2, n. 234/2016, de 16 de mayo...

⁴⁷ Sobre la funcionalidad del lenguaje judicial y su carga simbólica, HERNÁNDEZ GARCÍA, 2009, p. 92.

⁴⁸ TISCORNIA, 2000, p. 2.

⁴⁹ BENJAMIN, 2001, pp. 32, 33.

⁵⁰ Bajo uno de los epígrafes de su artículo, ANDRÉS IBÁÑEZ, 2004, pp. 37, 38.

⁵¹ Como contenido de esa “idea de justicia” que reivindica ATIENZA, 2001, p. 17.

⁵² “Es decir, de la razón de Estado”, ANDRÉS IBÁÑEZ, 2009, p. 29.

Yo destacaría, por ejemplo, todas aquellas que resuelven a favor del carácter degradante de la violencia policial aún en los casos menos graves (v. gr. bofetadas) –y que resuelven en consecuencia– en la convicción de que *cuando un particular es privado de su libertad y se encuentra bajo el control policial cualquier acción que suponga recurrir a la fuerza física y que no se haya realizado estrictamente de forma necesaria como consecuencia de la conducta del mismo, constituye violación intolerable a la dignidad humana...*⁵³; o las que interpretan explícitamente esa violencia como signo de *dominación, humillación o vejación por quien debería ser garante de la legalidad y no su vulnerador...*⁵⁴; o las que destacan en su actuación extralimitadora la nota de abuso del cargo –como sinónimo de prevalimiento del carácter público del agente policial (art. 22,7ª CP)– en el entendimiento de que supone una fuerte carga de *intimidación para la consecución de sus fines, de defraudación de la confianza y las expectativas depositadas por la sociedad, de alarma social* o de consecución de *ventajas que facilitan su propósito criminal y su impunidad*⁵⁵; o bien, aquéllas otras que les hacen perder ese carácter público *cuando insultan, provocan o se dirigen en actitud amenazadora contra quien intentan imponer su mandato..., cuando existe una actitud de provocación o profieren insultos o injurias, cuando se profieren amenazas..., cuando se emplean coacciones o malos tratos... y en definitiva, cuando se exceden de sus funciones*⁵⁶...

Pronunciamientos, todos ellos, que representan un cambio de actitud ética que nos permite evocar a ese “juez de los derechos” a que se refiere ANDRÉS IBÁÑEZ, a ese “poder bueno”, tan necesario, “en este concierto de poderes perversos”⁵⁷.

BIBLIOGRAFÍA

- AMNISTÍA INTERNACIONAL (AI) (2010), “Sal en la herida. La impunidad efectiva de agentes de policía en casos de tortura y otros malos tratos”, en https://www.es.amnesty.org/uploads/media/Sal_en_la_herida.pdf.
- (2014) “España: el derecho a protestar amenazado”, en http://www.amnistiacatalunya.org/uploads/media/Informe_Espanya_el_dret_a_protestar_amenacat.pdf.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (2001), “Ética de la función de juzgar”, en *Jueces para la Democracia*, n.º 40, pp. 19-24.
- (2004) *Derecho y justicia en el siglo XXI. Más difícil todavía*, en <http://www.ces.uc.pt/direitoXXI/comunic/PerfectoAndresIbanez.pdf>.
- (2009) “Imparcialidad judicial e independencia judicial” en *Ética judicial: reflexiones desde Jueces para la Democracia*, en http://www.juecesdemocracia.es/fundacion/publicaciones/AF_JU_PUBLICAC_ETICA.pdf
- ATIENZA, M. (2001), *Ética judicial* en [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-EticaJudicial-174851%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-EticaJudicial-174851%20(2).pdf).

⁵³ Como la SAP Tarragona, secc.4, n. 295/2016 o la de 29 de julio la STS 543/2010, de 2 de junio.

⁵⁴ Así, STS n. 19/2015, de 22 enero o STS n.15/2016, de 26 de septiembre.

⁵⁵ Respectivamente, STS n. 910/009, de 25 de septiembre; SAP Barcelona, secc.9, de 7 de julio de 2014; SAP Barcelona, secc.9, n. 440/2017, de 19 de mayo; STS n. 601/2013, de 11 de julio o STS n. 754/2004, de 20 de julio ...

⁵⁶ Como la SAP Valencia, secc.2, 625/2006, de 2 de noviembre.

⁵⁷ ANDRÉS IBÁÑEZ, 2001, p. 21; 2004, p. 39 donde afirma el magistrado la necesidad de extremar el perfeccionamiento de las garantías contra el juez que no representa ese poder bueno...

- BENJAMÍN, W. (2001), “Para una crítica de los derechos”, en *Para una crítica de los derechos y otros ensayos*, Madrid.
- BOURDIEU, P. (2001), *Poder, derecho y clases sociales*, 2ª ed., en <https://rfdvcatedra.files.wordpress.com/2013/02/pierre-bourdieu-poder-derecho-y-clases-sociales.pdf>.
- BUENO, G. (2003), “El concepto de tortura y de otros tratos crueles, inhumanos o degradantes en el Derecho Internacional de los derechos humanos”, en *Nueva Doctrina Penal*, 2003B, pp. 603-628.
- COORDINADORA PARA LA PREVENCIÓN Y DENUNCIA DE LA TORTURA (2010 a 2015), “La tortura en el Estado español”, en <http://www.prevenciontortura.org/wp-content/uploads/2011/06/INFORME-2010.pdf>.
- COMITÉ PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA (2017), “Informe para el Gobierno español” (CPT) /Inf (217) 34, en https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/informesMNP/Espania/europa/4_INFORME_CPT_2012.pdf.
- FERRAJOLI, L. (2008), “La lucha contra la tortura: una batalla de la razón”, en <http://www.sinpermiso.info/printpdf/textos/la-lucha-contrala-tortura-una-batalla-de-la-razn>.
- FUNDACIÓN ABOGACÍA ESPAÑOLA (FAE) (2016), “España ante la tortura y los malos tratos”, en <https://www.google.es/search?q=informe+fundaci%C3%B3nAbogacia+espa%C3%B1ola&oq=informe+fundaci%C3%B3nAbogacia+espa%C3%B1ola&aqs=chrome..69i57j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>
- GALTUNG, J. (2016), *Capítulo quinto. La violencia: cultural, estructural y directa*, en [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-LaViolencia-5832797%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-LaViolencia-5832797%20(2).pdf).
- HERNÁNDEZ GARCÍA, J. (2009), “Exigencias éticas y motivación” en *Ética judicial: reflexiones desde Jueces para la Democracia*, en http://www.juecesdemocracia.es/fundacion/publicaciones/AF_JU_PUBLICAC_ETICA.pdf.
- MAGALLÓN PORTOLÉS, C. (2005), “Epistemología y violencia. Aproximación a una visión integral sobre la violencia hacia las mujeres”, en *Feminismo/s*, n° 6, Universidad de Alicante, pp. 33-47.
- MAQUEDA ABREU, M. L. (1986), “La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, t. XXXIX, Fasc. II, pp. 423-486.
- PÉREZ MACHÍO, A. I. (2009), *Tortura y tratos inhumanos y degradantes como consecuencia de algunas prácticas de lucha contra el terrorismo*, en <https://www.ehu.eus/documents/1736829/2067438/09+-+Tortura+tratos+humanos.pdf>.
- RODRÍGUEZ MESA, M. J. (2000), *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Granada.
- ROIG TORRES, M. (2014), “Revisión del delito de tortura tras las reciente STEDH de 7 de octubre de 2014 de condena a España”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, n° 11, pp. 295-364.
- TISCORNIA, S. (2000), “Violencia policial. De las prácticas rutinarias a los hechos extraordinarios”, en http://webiigg.sociales.uba.ar/conflictosocial/libros/violencia/07_TISCORNIA,%20Violencia%20policial.%20De%20las%20practicas%20rutinarias%20a%20%20los%20hechos%20extraordinarios.pdf
- (2008), *Activismo de los derechos humanos y burocracias estatales*, en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/03/doctrina43015.pdf>.