

## EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y EL USO DE LA FUERZA (Del respeto a la vida en el cumplimiento del deber)

MANUEL MANZANO SOUSA

Coronel de la Guardia Civil  
Licenciado en Derecho

[El capitán Dudley Smith (*James Cromwell*), Jefe de Detectives del Departamento de Policía de Los Angeles, al teniente Ed Exley (*Guy Pearce*) que acaba de graduarse.]

—*¡Dígame! ¿Estaría dispuesto a aportar pruebas falsas contra un sospechoso, que sabe es culpable, para conseguir una condena?*

—*¡Ya hemos hablado de eso!*

—*¿Sí o no?*

—*¡No!*

—*Y, ¿a sacarle a golpes una confesión a un sospechoso que sabe que es culpable?*

—*¡No!*

—*¿Estaría dispuesto a disparar a un criminal por la espalda, para evitar que algún... abogado...?*

—*¡No!*

—*Entonces... ¡Por el amor de Dios!, no se haga detective. Dedíquese a algo en donde no tenga que tomar esas decisiones.*

"L.A. Confidential" (1997), de Curtis Hanson.

### I. ORIGENES, CAUSAS Y SIGNIFICADO DE LA PROPORCIONALIDAD

No recuerdo haber leído un pasaje tan sobrecogedor como el que nos transcribe Michel Foucault (1) sobre la ejecución de la pena de muerte por descuartizamiento del reo Robert-François Damiens el 2 de marzo de 1757 en París, siendo previamente torturado con brutales suplicios. La escena es de una crueldad infinita (2). Eso sí, todo perfectamente legal. La pena de muerte, hasta el siglo XVIII, estaba exacerbada hasta el paroxismo (3), con un fin esencialmente retributivo (expiación) y, sobre todo, de infundir terror como el mejor método de disuasión colectiva (prevención general). Es precisamente, en este siglo, cuando la fina-

lidad de las penas es objeto de revisión, fruto de las doctrinas de Leibniz, Hobbes, Locke, Rousseau, Montesquieu y Beccaria, como más destacados, y en atención a nuevas concepciones sobre la dignidad humana, principalmente la utilidad social (teoría del pacto social), o a la gravedad objetiva del delito, que se comienza a hablar (4) del concepto de *proporcionalidad*. Este criterio es defendido con mayor nitidez en los dos últimos autores. Montesquieu denuncia la aplicación abusiva de la Ley del Talión y el tormento como propio de Gobiernos despóticos, y reclama "la justa proporción entre las penas y los delitos" (5). Beccaria se rebela contra la profusión en la aplicación de la pena de muerte (6), lo cual imposibilitaba una justa proporcionalidad, deduciéndose funestas consecuencias para la prevención de los delitos. "La primera —dice Beccaria— es que no resulta tan fácil guardar la *proporción* esencial entre delito y pena; porque aunque una ingeniosa crueldad haya diversificado muchísimo las especies de ellas no pueden sobrepasar la última resistencia a que están limitados el organismo y la sensibilidad humanos" (7).

Es hora de conciliarnos. ¿Por qué esta introducción? ¿A dónde nos conduce? Hablamos de *proporcionalidad* (todavía no de un principio estructurado) para establecer una relación entre delitos de similar gravedad y sus penas correspondientes (recordando la proporción pitagórica como la igualdad de dos razones); pero en los orígenes del concepto en el Derecho, en el ámbito del Derecho penal, se configura como límite del derecho de castigar, que si en el Antiguo Régimen no es respetado por la Monarquía absoluta, con la superación del Estado absoluto y el advenimiento de la nueva ética humanista (dignidad, libertad, confianza en la razón) y su consolidación (finales del siglo XVII y XVIII) se nos ofrece como verdadero criterio de interpretación de la ley (como fuente esencial del poder) para conseguir una seguridad jurídica.

Respondemos a nuestras preguntas, destacando que el concepto de proporcionalidad es un hito más de los jalones conseguidos por mor de la exaltación de la dignidad del hombre y de la racionalización de los instrumentos jurídicos en la larga conquista de los derechos humanos hasta conseguir la institucionali-

zación del Estado democrático de Derecho (8), en el que son soberanas las leyes y no la arbitrariedad de quienes ejercen el poder.

Puede objetarse aún, por parte de mi amable lector —pienso en el guardia civil en prácticas— dónde se encuentra él en esta historia. Pues le aseguro que, como veremos, es indispensable saber del pasado para comprender exactamente cuál es el sentido de la actualidad. Pero debo concederle que lo visto —con ser el origen de la proporcionalidad— no nos sitúa en el marco de actuaciones propias en las que tal principio atempera el ejercicio de la coacción física (la fuerza) en el ejercicio de sus funciones. Vamos a ello.

Con el tiempo, la proporcionalidad invade el Derecho procesal penal para exigir determinados requisitos legales para justificar las medidas que causan una injerencia en los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, en el plano jurisdiccional: en los registros domiciliarios, intervenciones corporales, privaciones de libertad, para ajustar una razonable proporción entre la *gravedad* de la injerencia (invasión del domicilio, de la intimidad, restricción de la libertad) y la entidad de los *finés* perseguidos (la búsqueda del cuerpo del delito o vestigios del mismo, lograr la detención de un sospechoso o impedir su sustracción a la acción de la justicia).

Pero es en el Derecho administrativo, a principios de siglo, y en Alemania, donde comienza a ser objeto de un detenido estudio por la doctrina (9). Estudio y consideración de una regla administrativa de carácter general y en especial en la actividad coactiva (Derecho de policía). La pretensión no es otra que mitigar la discrecionalidad administrativa, aplicándole unos baremos de control de sus actos para evitar los abusos de poder y las extralimitaciones de la autoridad o de sus agentes. Aquí ya nos podemos "mirar en el espejo". Esto nos atañe directamente, tanto en la consideración de agentes de la Policía Judicial y actuando en el curso de la investigación de un delito como en la de representantes gubernamentales en el mantenimiento de la seguridad ciudadana.

Con todo, lo que me interesa destacar es que estos controles al ejercicio del poder (o sea, a las actuaciones de sus Cuerpos de Seguridad) vienen motivados por la consecución y reafirmación, por parte de una comuni-

dad nacional, del Estado democrático de Derecho como garante de los derechos humanos de sus ciudadanos, en el fondo y en la forma, y tal como fundamentales, consten en su Constitución. Es un triunfo de la libertad y de la seguridad (de toda manifestación de la autonomía personal) frente al Estado. Y nuestro difícil papel —nuestra grandeza y servidumbre, que diría Barbero Santos— (10) en la utilización de la fuerza es “la averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente en los términos que la ley establezca” (art. 126 CE), así como “garantizar la seguridad ciudadana” (art. 104.2 CE) empleando medidas (incluso coactivas) que cumplan con la misión de “proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades” (art. 104.2 CE).

En la práctica, tal evolución se nota. La exigencia, por parte de la Administración policial y el control jurisdiccional de los tribunales, del cumplimiento del principio de proporcionalidad en el uso de la fuerza se ha visto acrecentado considerablemente. En la actualidad, en España, y en concreto para la Guardia Civil, desde la vigencia de la Constitución el uso de la violencia legítima en el cumplimiento del deber tiene unos criterios más estrictos, derivados de la consideración como Cuerpo de Seguridad del Estado y de los principios deontológicos acordes con los valores que en la Ley Fundamental se propugnan y garantizan. En consonancia, igualmente, con las resoluciones, en materia policial, de los órganos internacionales de los que el Estado democrático forma parte, y de los convenios suscritos por los que el Estado miembro se compromete y acata la jurisdicción internacional en defensa de los derechos humanos, y en particular de la vida de sus ciudadanos de los excesos y arbitrariedades cometidos por los agentes del Gobierno.

## II. NOTAS SOBRE NUESTRA HISTORIA PARTICULAR

Los guardias civiles más jóvenes no tienen (no deben tener) necesidad de este recordatorio. Su formación debe ser acorde con los principios de la democracia, cuya Constitución juraron defender. Las armas depositadas por el Estado en sus manos tienen unos estrechos

márgenes de empleo —entre ellos, principalmente: *el principio de proporcionalidad*— que entraña de suyo la búsqueda de unos fines legítimos, no por cierto interpretables subjetivamente.

Los más veteranos hemos visto rectificado el marco legal de intervención en el uso de la fuerza. Desde la fundación del Cuerpo hasta la Constitución de 1978 (y su desarrollo) se nos ha considerado como integrantes o asimilados a las Fuerzas Armadas, en definitiva, aforados a todos los efectos, inclusive en las actuaciones de policía administrativa o judicial. Tal condición no nos hizo ni más crueles ni más arbitrarios en la aplicación de la Ley, como algunos autores pretenden imputarnos. Pocas oportunidades doctrinales se concedieron a los tribunales ordinarios (11) para marcarnos un régimen jurídico distinto en materia del uso de la fuerza, ya sea en disolución de manifestaciones o represión de actos subversivos (frecuentísimos en el siglo pasado, previa declaración o no de estados de excepción) o en enfrentamientos con la delincuencia común. Los principios de actuación eran otros —los de *fuerza armada*: el Ejército en la calle—. En este marco se propiciaron perversiones como la *Ley de Fugas*. El famoso y denostado (hoy) artículo 18 de nuestra Cartilla (luego artículo 7 de nuestro Reglamento para el Servicio) no respetaba el principio de proporcionalidad (uso del arma “cuando sus palabras no hayan bastado”) tal como hoy lo entendemos. ¿Por qué iba a hacerlo? La Ley convertía en todo tiempo nuestras actuaciones en intervenciones militares (12). La desobediencia a la *Fuerza armada* justificaba el empleo de la fuerza para reducir al desobediente. ¡Ay! de quien no obedeciera el *¡alto a la Guardia Civil!* Los fines a alcanzar no eran la detención del presunto delincuente o la represión de unos disturbios, sino antes bien, restituir el orden jurídico militar (la seguridad nacional) quebrantado por la resistencia u ofensa (no a agentes de la autoridad, sino a *fuerza armada*), así lo reconocían los tribunales militares que juzgaban los supuestos excesos (13).

Entonces, como hasta hace poco, se denunciaba el empleo del máuser para disolver las manifestaciones, pero desde el Gobierno se justificaba que la Guardia Civil no tenía otras armas y que “en cuenta es de los amotinados

saber a lo que se exponen" (14). Este era el modo de entender la proporcionalidad: El Gobierno revertía su propia responsabilidad en la de los ciudadanos y rechazaba cualquier tipo de control sobre las medidas represivas, tanto en cantidad como en calidad. La vida de cada "amotinado" valía bien poco. Entonces, en 1902, "el orden" público y el principio de autoridad tenían más valor que la vida, cuyo derecho, por parecer obvio, no se reconocía explícitamente en la Constitución.

Resulta aleccionador y demostrativo comprobar la inaplicabilidad de unos criterios jurídicos mínimos de proporcionalidad a las intervenciones armadas de la fuerza militar, cuando Canalejas interpela al Gobierno, después de unos sangrientos sucesos, reclamando, al menos, "ética" profesional a la fuerza pública, que es la del Estado:

*"Aquella teoría del derecho penal que establece **proporcionalidad** entre el medio con que se rechaza o se contesta la agresión y la agresión misma, no se mantiene estrictamente en las esferas superiores del derecho público, porque no hay fuerza militar a la cual se le pueda imponer aquella gradación y medida, que en las relaciones personales se establecen por los Códigos. Pero tampoco a ese gran principio de ética queda sustraída la fuerza pública, porque ésta es la fuerza del Estado, es decir, la fuerza de una organización jurídica, la fuerza de un principio de autoridad moral. No destruye por destruir, no mata por matar, no arroja por arroyar: su honor está por igual en no ser vilipendiada y en no ser aborrecida" (15).*

Pero las cosas no han estado mucho más claras en un pasado reciente. En la década 1977-1987 (16) se causaron numerosas pérdidas de vidas humanas por falta de proporcionalidad, siquiera en su acepción más amplia y vulgar, de no correspondencia entre los peligrosos medios empleados y los fines legales que la pretendían justificar. A este respecto, resulta insólita y gallarda la actitud extremadamente comprometida del General del Cuerpo, Excmo. señor don Manuel Prieto López, que en un discurso en Salamanca, con motivo de

la muerte de un guardia civil, reclamaba al Gobierno medios idóneos para cumplir el servicio con eficiencia, en estos términos:

*"La Guardia Civil por su naturaleza de Cuerpo armado dotado de medios de represión enérgicos y contundentes no está capacitada para operar en ciertos medios en los cuales deben actuar otras fuerzas (...). No tenemos medios intermedios de defensa; sentimos todos los muertos, pero no podemos dejarnos matar sin acudir a los medios que se nos han puesto en nuestras manos" (17).*

Todo un ejemplo, incluso preconstitucional, de respeto al derecho a la vida de los ciudadanos en el cumplimiento del deber. Esa misma noche el general Prieto fue cesado en el mando de la VI Zona por el Ministro Martín Villa, quien un año más tarde le daba la razón: despojando de la condición de *fuerza armada* a los miembros del Cuerpo, proponiendo la que fue Ley de la Policía, de 4 de diciembre de 1978.

Los graves sucesos ocurridos en la localidad cántabra de Reinosa (11 de marzo de 1987) son un ejemplo histórico de *inidoneidad* (componente de la proporcionalidad, en sentido amplio) tanto táctica como técnica de medios humanos y materiales, en cuanto al ejercicio de la fuerza para sofocar un verdadero motín de origen laboral y de una violencia inusitada. El Director General a la sazón se vanagloriaba de no haberse producido ni un solo disparo por parte de los guardias civiles. Los mandos del Cuerpo —a decir de la prensa (18)— mostraban su preocupación por la "indefinición legal".

### III. AQUI Y AHORA, LA PROPORCIONALIDAD: UN SUPERPRINCIPIO IMPRESCINDIBLE

Como decía en un principio es muy conveniente echar la vista atrás para valorar en su justo precio el tiempo presente. Los guardias civiles en el ejercicio de sus funciones "tendrán a todos los efectos legales el carácter de *agentes de la autoridad*" (art. 7.1 LOFCS), y

sólo tendrán "el carácter de *fuerza armada* en el cumplimiento de las misiones de carácter militar..." (que por cierto todavía no están determinadas). El estado es de normalidad constitucional. En él nuestra Constitución proclama, antes que nada, que "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho". Quiere esto decir que los valores han cambiado como de la "noche al día" (19). Toda actuación de la Administración policial, (la nuestra, ¡vamos!) en especial en el empleo de la fuerza, se ajustará a tal declaración irrenunciable, que erradica la arbitrariedad (art. 9.3) pues como poder público nos sentimos vinculados a ellos (art. 53.1 CE), siempre y cuando se imponga el orden *con* la ley. Y la Ley nos manda *ante todo* la protección de la vida, sin distinguos: raciales, religiosos, de condición social, etc., ni siquiera se posterga este derecho fundamental de "todos" (art. 15 CE), inclusive de terroristas, criminales, violadores, etcétera; al igual que la inviolabilidad de su dignidad humana, soporte respetable, universal e indisponible (20) (siquiera en interés del Estado) de cualquier ser antisocial, de comportamiento peligroso, hostil y reprochable para la comunidad y, especialmente, para los agentes que deban proceder a su detención e interrogatorio. El comportamiento preventivo y represivo de los miembros de los Cuerpos de Seguridad (con frecuencia captado en imágenes transmitidas a todo el planeta) nos proporciona un indicador muy fiable de cómo han "calado" en un determinado Estado, principios, como el de proporcionalidad, que en el método y medida del ejercicio de la fuerza denotan cuál es el grado de fidelidad a la Ley o de impunidad permisiva que tiende a imponer el orden a cualquier precio (21).

El principio de proporcionalidad, cuya paternidad constitucional nacional está últimamente en discusión (22), además de ser considerado como "un criterio de interpretación para enjuiciar posibles vulneraciones de normas constitucionales" (STC 55/1996, de 28 de marzo, f.j. 3); en el ámbito de los derechos fundamentales es de "observancia obligada" (STC 136/1999, de 20 de julio, f.j. 24), pues en definitiva se trata de un requisito intrínseco de legitimidad de la acción estatal. Es un límite a toda injerencia de la intervención estatal en un derecho fundamental y una garantía para el

ciudadano que puede exigir ante la Administración, ante jueces y tribunales ordinarios (inclusive el amparo ante el TC) la consideración de su respeto, bajo sanción de nulidad. Este es su *hábitat* natural (23).

Para conocer cuánto interés suscita el principio, en su aplicación al proceso penal, es esencial comenzar por la primera monografía publicada en España sobre la materia: la tesis doctoral del profesor don Nicolás González-Cuéllar Serrano, *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, Madrid (1990) (24). Existe hoy, ya, una suficiente doctrina científica y jurisprudencial sobre el principio que no discrepa en cuanto a la síntesis de su esquema principal: adecuación de *medios o medidas a fines* legítimos. En nuestro caso, se traduce a ¿qué medidas o medios coactivos pueden emplearse? (fuerza física directa o indirecta, armas reglamentarias, en el más amplio sentido de la palabra) y ¿en qué forma? se estima proporcionado utilizar para lograr un determinado fin, cuya consecución nos obligue la ley (defender la vida de terceros, la nuestra, la propiedad u otros bienes colectivos o particulares, practicar una detención legal).

El principio goza de un auge extraordinario en el Derecho público europeo (25) no sólo en su aspecto más conocido como garantía de la sanción penal o administrativa (26), sino en la vertiente más actual de principio informador de toda actuación pública que restrinja los derechos fundamentales, cumpliendo así una función integradora e interpretativa (27) de la Constitución y de la legislación que habilite la intervención policial en sus relaciones con la comunidad; en definitiva, en la ordenación de los principios básicos de actuación, y en concreto, en nuestro caso, cuando se nos prescribe que:

*En el ejercicio de sus funciones deberán actuar con la decisión necesaria, y sin demora cuando de ello dependa evitar un daño grave, inmediato e irreparable; rigiéndose al hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance [art. 5.2.c), LO 2/86 de FCS].*

#### IV. CRITERIOS PARA NO DELINQUIR

Llegados a este punto confirmamos que estos tres principios (congruencia, oportunidad y proporcionalidad) son los rectores de *cualquier* actuación (en el ejercicio de sus funciones). Y en particular, puestos en relación explícitamente con el apartado siguiente [art. 5.2.d)], los prescribe, en especial, para el caso de *empleo de las armas*. En resumen, para todo empleo de la fuerza o coacción física.

El problema para el guardia civil obediente empieza a partir de aquí.

¿Qué quiere decir que emplee la fuerza *congruente* para disolver una manifestación? o que practique una detención con la fuerza *oportuna*. Esto no parece tener mucho sentido. No está al alcance del guardia civil medio que desde su puesto de destino desea cumplir la ley. En tercer lugar, responder de forma *proporcionada* a una agresión o efectuar una detención con una fuerza proporcionada, en principio es más inteligible; pero ¿quiere esto decir, semejanza de armas?, ¿paridad de lesiones? Yo sólo tengo una pistola —se dirá—.

No favorece en nada que la denominación de estos principios (28) extraídos —en mi opinión— de la STS (sala 4ª) de 18 de enero de 1982 no se corresponda (excepto la *proporcionalidad*) con la utilizada por la doctrina más especializada, ni es habitual en la jurisprudencia. Y como seguimos huérfanos de una reglamentación sobre el uso de los medios violentos (en disonancia con Alemania, Francia o Italia, por ejemplo), los autores han tratado de encontrar la equivalencia con el esquema más depurado sobre el principio de proporcionalidad en la Ley Fundamental de Bonn (1949), jurisprudencia y doctrina alemanas.

Nuestro Tribunal Constitucional ha aplicado el principio de proporcionalidad en varios supuestos (29), pero en ningún caso por el empleo de la fuerza con peligro del derecho a la vida. El Tribunal Supremo sí tiene una copiosa jurisprudencia —que cito en otro trabajo (ver nota 28)— sobre este principio general, sin distinguir, en muchas ocasiones, con claridad, la estructura del mismo y conceptos diferenciados de sus componentes. Sirva todo ello como justificación para referirme a continuación al esquema que vamos a seguir, que se conside-

ra de más fácil asimilación en sus distintas fases, resultando a la vez igualmente útil y eficaz. Responde éste, en definitiva, al trazado por Córdoba Roda (1966 y 1972) y Gómez Benítez (1984), por su aceptación por la jurisprudencia, pero sin descuidar otras aportaciones valiosas. Se trata de un esquema madurado desde mi primer descubrimiento, el profesor Carro Fernández-Valmayor (1977) hasta Sánchez García (1995), pasando por los magistrales trabajos de Queralt (1983-1987), Barcelona Llop (1987-1988) o de Agirreazkuenaga (1990).

Hay que tener presente que proporcionalidad es una palabra polisémica. Ya hemos visto que, por su origen, suele emplearse para ajustar una pena o sanción a la infracción que se corrige (*ius puniendi*); pero que modernamente este principio o criterio de interpretación se aplica entre las medidas o los medios (también los coactivos) interpuestos por la Administración cuando invade el ámbito de los derechos fundamentales, para modular la injerencia no más allá de lo razonable en un Estado de Derecho. En esta segunda acepción o modalidad, si se quiere, lo que interrelaciona no son infracciones y sanciones, sino medidas o medios aplicados a un fin legítimo, y en los juicios de valor que son precisos entran en juego unos subprincipios, hasta completar tres fases o un triple test, cuya conclusión final será: en cuánto o en qué debe menguar el derecho a la vida (en nuestro caso) permitiéndose una lesión real o puesta en peligro de su menoscabo a causa de la fuerza (la medida) o el medio (el disparo, los golpes, etc.) empleada con la finalidad de preservar un bien de interés general para el ordenamiento (la vida de otros, la propia, la propiedad, la seguridad de otros, el restablecimiento del orden jurídico, en general).

Tenemos, por tanto, que el principio de proporcionalidad en sentido amplio comprende, en su aplicación al uso de la fuerza, a otros tres subprincipios.

En primer lugar, el de *necesidad* de la fuerza o violencia en sí. Si el fin que nos proponemos se puede conseguir por otros medios no violentos e igualmente eficaces, el empleo de la fuerza no es *necesario*. Y esto sucede con mayor frecuencia de lo que pudiera imaginarse. ¿Cuántos golpes son absolutamente innece-

sarios? ¿Cuántos insultos o menosprecios se hacen pagar con agresiones totalmente ilegítimas? ¿El empleo de la fuerza es innecesario si con ello sólo se pretende "imponer autoridad"? ¿Cuántos arrestos, sin sospechas de peligro y sin oposición, se practican "de entrada" con una contundencia inexplicable y rotundamente vejatoria? Si se nos encomienda disolver una manifestación y las personas huyen ante la mera presencia de unidades requeridas para ello, si la vía está expedita y se pueden adoptar las medidas para afianzarla, los golpes propinados en la persecución, o ante alguno de los manifestantes caído y sometido, no son desde el punto de vista jurídico *necesarios*. No resulta necesario, es decir, conveniente o como dice la Ley, "oportuno". A veces, la desproporción entre el medio violento usado y el fin perseguido es de tal magnitud que, dadas unas notorias circunstancias (el sospechoso no tiene fácil escapatoria, huye desarmado, a pie, los motivos para su detención no son racionalmente bastantes por razón de identidad o por razón de nimiedad del delito, etc.) aun pudiéndose ejercer algún tipo de violencia, de producirse un disparo, varios o uno mortal, se dice que la medida fue *innecesaria*.

El segundo subprincipio, de que se compone el principio de proporcionalidad, es el *idoneidad*. Si descendemos imaginariamente un peldaño más, a una fase siguiente, de mayor concreción (una vez apreciada la necesidad de una medida violenta), nos toca elegir el medio violento más apto para la situación de que se trate; es decir, que sea "congruente" con ella, como dice la Ley. Será idóneo el que sea más *moderado* de los eficaces (la supremacía de un derecho tan fundamental como la vida lo exige). El que con menos daño o riesgo para la vida pueda racionalmente conseguir el fin propuesto (salvar una vida, lograr una detención, evitar un delito, etc.). De donde se deduce que el medio idóneo dependerá de sus características técnicas y del dominio que de él posea quien lo emplea.

Así pues, si usamos armas no letales (30) (*sprays*, defensas, escudos, botes lacrimógenos u otro gas, bolas de caucho, etc.), muy aconsejables por la atenuación de su carácter lesivo, se ha de reparar en las limitaciones de su uso, para hacerlas verdaderamente idóneas (trayectoria, distancia, espacios abiertos

o aireados, etc.). Por otro lado, el uso del arma de fuego tiene sus limitaciones propias de la situación por concurrencia de público, que afecten a la visibilidad (de día o noche, niebla, iluminación de la zona), movilidad del tirador (persecuciones en vehículo, o en carrera) o de la persona sospechosa, dispersión del fuego, poder de detención de la munición empleada, calibre, conocimiento del arma, falta de destreza personal del tirador, etcétera. Todo ello hace que el medio elegido sea idóneo, dependiendo de las circunstancias conocidas o que debieran conocerse reglamentariamente para usar el arma.

## V. LA FUERZA EXPANSIVA DE LA PROPORCIONALIDAD COMO MEDIDA DE LA FUERZA

Donde el principio de la proporcionalidad muestra todo su auténtico poder expansivo es en su tercer componente: *la proporcionalidad en sentido estricto*. Tanto que a veces se toma aquél por éste (el todo por la parte) para referirse con rigor solamente al elemento más vitalista del sistema. La proporcionalidad en sentido estricto, como subprincipio, se sitúa al final del triple test de evaluación de la medida, respecto del sacrificio que se exige del bien máspreciado. Condensa en sí misma unos juicios de valor, tanto de calidad como de intensidad o grado en el empleo del medio violento, considerado ya idóneo, que sirven para enjuiciar por sus efectos en el derecho afectado (la vida, la integridad física, la propiedad) —previsibles de antemano— si la medida de la fuerza es legítima o no. Este tercer elemento se corresponde con el denominado "a secas" *proporcionalidad* en el artículo 5.2.c) de la LOFCS. Nuestro guardia civil, armado (no necesariamente con un arma de fuego, como se ha visto), debe, ante un supuesto concreto, hacer un juicio razonable o equilibrado de previsibles costes y beneficios. Debe dirigir su actuación para asegurar el interés general (beneficio: evitar la comisión de un delito, detener al autor, mantener el orden público) a costa de perjudicar un derecho particular (costes: coaccionar, dañar, golpear, lesionar o muy excepcionalmente matar). Este punto de equilibrio o relación razonable debe verificarse con total

honestidad profesional, es decir, sin la concurrencia de otros criterios bastardos o interesados (venganza, autoritarismo, crueldad, u otras bajezas). No confundir unos con otros: los públicos con los privados. Los hechos son tozudos y a la postre nos dan o quitan la razón.

Repetimos que no hay doctrina constitucional específica sobre el principio de proporcionalidad en amparo del derecho a la vida. Tampoco el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha aprovechado —en mi modesta opinión— la única (31) ocasión que ha llegado a enjuiciar para estructurar, analizar y concretar qué entiende por el empleo de la fuerza "absolutamente necesaria" para considerar que la protección del derecho a la vida (art. 2.2) ofrecida por el Convenio no ha sido violada. Las muertes de tres terroristas del IRA, el 8 de marzo de 1988, en el *Caso McCann y otros contra el Reino Unido* (S. de 27 de diciembre de 1995), acribillados (literalmente) a balazos a distancias entre uno y tres metros y rematados en el suelo por tres militares del *Special Air Service* fue encontrada, dadas las circunstancias del caso, "absolutamente necesaria" (el fallo condenatorio se basó en otros hechos colaterales). Pero la Comisión (32) ha identificado esta "necesidad imperiosa" con que la fuerza sea *estrictamente proporcionada* en otros casos. En resumen, en la aplicación del CEDH impera el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Para respetar una proporcionalidad en sentido estricto debe atenderse a tres factores que la integran: *la ponderación de los bienes enfrentados*, la obligación de *causar la menor lesión posible* y la racionalización de la violencia de forma que *sea gradual y apropiada* a cada secuencia de los hechos.

En consideración al primer factor, hay que destacar que la eficacia en el servicio no es un fin en sí mismo, no es un bien puesto en conflicto, es sólo un instrumento supeditado en su consecución a las circunstancias del caso. Abundar, una vez más, en que el exceso de celo profesional (33) altera la percepción de la realidad, cargando de subjetivismo la exigencia legal.

Si la vida (la propia o la de terceros) es injustamente puesta en peligro, el balance resulta más fácil de practicar: los bienes confrontados son de igual naturaleza y se valora en ma-

yor estima la del que es injustamente atacado. Pero si observamos la realidad, son las menos estas situaciones límite. Es más usual tener que interrogarse sobre si vale la pena, si compensa al orden jurídico-social una agresión grave a la vida de un presunto delincuente para evitar la comisión de un delito; y si cometido éste, de este modo intentar su posterior detención ¿A toda costa? No debemos olvidar que la vida es el don más precioso, también la del delincuente, sin exclusión de la del terrorista. La pena de muerte está abolida por nuestra Constitución. Más inexcusable resulta la ejecución anticipada.

No es válida la detención a cualquier precio, no vale a toda costa. El disparo o ataque mortal sólo está legitimado en casos realmente excepcionales. Hay que considerar *ex ante* la magnitud del perjuicio que se va a causar de forma dolosa o con alta probabilidad, que según la experiencia profesional es francamente previsible, y ponerla en relación con los beneficios que reportará una consecución como la decidida. Es decir, es permisible que a mayor gravedad del delito cometido, y por la peligrosidad que representa para la seguridad colectiva, es lícito una mayor contundencia en la intervención. Esto justificaría la ausencia de arbitrariedad. Por tanto, no nos engañemos, ni el conocido "tiron", ni la sustracción de un vehículo, ni el tráfico callejero de droga, ni el "saltarse" un control policial son delitos (caso de serlo) (34) de la gravedad suficiente para poner en peligro la vida de nadie.

Incluso en caso de reconocida gravedad delictiva sólo estamos autorizados a usar el medio violento con una contundencia limitada. Inmediatamente, para obrar con una fuerza estrictamente proporcional, hay que acudir a dos factores de corrección. Por un lado, la obligación de causar la menor lesión posible. Este elemento nos aleja el posible error de hacer "tabla rasa" con una acepción vulgar de la proporcionalidad. En las instrucciones policiales, dadas para el cumplimiento de misiones con posible recurso a la violencia, se suele reconocer como tal la expresión: la fuerza empleada *no será superior a la necesaria* para conseguir el fin perseguido o la limitación del disparo de arma de fuego a partes no vitales. Y en íntima conexión con este requisito ha de conjugarse la flexibilidad de la intensidad violenta

que se precise, adecuada a cada situación o secuencia de ésta. Se trata de dar una respuesta gradual, tanto de progresividad como de atemperación. Aquí encajan las conocidas advertencias de comenzar profiriendo intimaciones verbales (¡alto o disparo!) acompañadas de la identificación policial para legitimar la coacción, luego, si se requiriese, los disparos al aire y continuidad de conminaciones a que deponga su actitud renuente u hostil, y al final de la escala, si las demás circunstancias exigieran un prendimiento inmediato, se respetarían las reglas con disparos a partes no vitales para continuar agotando medidas no letales disuasorias. Se trata de neutralizar no de abatir. Ni que decir tiene la extraordinaria importancia que recobra, una vez más, para que los resultados se correspondan con los propósitos, la pericia con las armas, el respeto al modo de empleo de las armas incapacitantes reglamentarias o el conocimiento de las zonas anatómicas sensibles. Y con esto se cierra el esquema de componentes y contenidos de lo que he considerado primordial sobre la aplicación del principio de proporcionalidad al empleo de la fuerza en el ámbito policial.

## VI. COMENTARIOS SOBRE UN EJEMPLO

Para ilustrar los conceptos estudiados valgámonos de los comentarios que nos sugieren otros mediáticos, realizados a propósito de un suceso relevante y reciente.

De este modo puede leerse:

- 1) *"No existe **proporción** alguna entre el hecho de saltarse un control de alcoholemia, una vulneración de la ley de carácter menor, y el iniciar una persecución peligrosa y temeraria..."*

Así como igualmente se añade:

- 2) *"Tampoco existe **proporcionalidad** entre la debida conminación a dos personas que huyen para que detengan su vehículo y la exhibición de un arma de fuego..."*

Se llega incluso a establecer un juicio sobre una aventurada confrontación o comparación:

- 3) *"Los hechos confirman la terrible **desproporción** entre los medios utilizados y las ventajas obtenidas" (35).*

Por los mismos hechos se ofrece el siguiente comentario en otro diario:

- 4) *"La **desproporción** entre la infracción (huir de la Guardia Civil) y la decisión de tirar con bala contra el coche provoca alarma social" (36).*

Y en parecidos términos en el resto de los medios (37).

### Comentarios.

1. Evidentemente el no respetar un control policial puede constituir un delito de desobediencia o resistencia a agentes de la autoridad, y dada la especificidad del hecho, un delito de desobediencia a someterse a las pruebas de alcoholemia y por tanto puede, aunque no en todo caso, exigir una *necesidad* de alguna medida violenta. La situaciones pueden variar ostensiblemente. Será preciso considerar la urgencia de una detención inmediata, dependiendo de los datos que se tengan sobre el vehículo o los autores que han transgredido el dispositivo policial, las posibilidades de diferir ésta a otro u otros controles que completen el despliegue o incluso de llevarla a cabo más tarde por los mismos u otros componentes, con minuciosidad por la zona o posibles zonas de destino. Hay que tener en cuenta, la experiencia nos lo dice, que en múltiples ocasiones la distracción de los conductores, los altos sonidos dentro del habitáculo, las malas condiciones atmosféricas o simplemente de visibilidad, la colocación deficiente o mala señalización del control u otras circunstancias diversas, pueden actuar negativamente sobre el conocimiento de la orden de parar e identificarse que se prescribe, lo cual repercutiría en la configuración dolosa de desobediencia. Tampoco es lícito actuar basándose en un pronóstico delictivo de mayor gravedad, dando por supuesto que la desobediencia encierra otros delitos conexos o inconfesables propósitos truncados. En no pocas ocasiones, se trata de ocultar de la publicidad situaciones inconvenientes o relaciones personales embarazosas, pero no delictivas.

Todo ello ha de considerarse para modular la idoneidad del medio violento o de la medida violenta que se adopte. Se desaconseja, por tanto, como regla general, el uso del arma de fuego, ni siquiera para disparar a las ruedas. Aquí el cine con su innegable influencia pervierte mentes no sólidamente formadas, respecto de las posibilidades reales de efectividad de los disparos de arma corta o larga para lograr detener el vehículo (sin riesgos en cadena para terceros, por otro lado).

La persecución en vehículo para lograr la reducción del infractor encierra no pocos peligros para terceros inocentes que deben ser considerados (igualmente el cine no es la mejor escuela). Pero volviendo a nuestro texto periodístico, diremos que no encontramos en la persecución la falta de proporción (idoneidad) que se denuncia si, estimadas las otras medidas no violentas, se muestran ineficaces para conseguir la detención de los huidos. La conducción "peligrosa y temeraria" que se apostilla no tiene mayores apoyos reales en la noticia que el resultado final (la muerte de un ocupante del vehículo perseguido por disparo de arma de fuego), desgracia que no se deriva de la conducción en sí.

El artículo de opinión emplea el término *proporción* para establecer una relación entre un hecho delictivo (saltarse el control) y la medida violenta adoptada (la persecución). Como vemos no se corresponde con el rigor del esquema del principio de proporcionalidad, que interrelaciona siempre medios (la persecución) y fin (la detención). Este juicio valorativo que hace el periódico se basa en la escasa gravedad de la infracción y la magnitud y naturaleza de la respuesta policial quiere aproximarse, por tanto, a la ponderación de bienes en conflicto (proporcionalidad en sentido estricto), que más tarde precisa.

2. Ahora establece la falta de *proporción* entre el hecho de huir en un vehículo y la exhibición de una arma de fuego, considerando al mismo tiempo que estimaría adecuada la simple conminación para que los fugados detengan su vehículo. De nuevo el juicio de proporcionalidad dista del dogmático para seguir su acepción más común de comparar un hecho (presunto delito) y su represión (medida policial, la pena, etc.).

Pero salvando la heterodoxia se acentúa la

desproporción, digamos mejor, la falta de idoneidad de usar un arma de fuego para lograr la detención de los sospechosos fugitivos. Bien, sobre esta particularidad ya hemos tenido ocasión de pronunciarnos. No parece efectivamente idóneo el uso de armas de fuego para conseguir el fin propuesto, la detención de los ocupantes de un vehículo, a cuyo conductor podemos acusar de cometer un delito que está penado con una pena menos grave de prisión en el tramo inferior a todas ellas (6 meses a 1 año). Pero sin necesidad de reparar en su cuantía, si debemos tener claro que se trata de un tipo delictivo (art. 380 CP) que hasta hace "cuatro días" sólo era una infracción administrativa. Los componentes del dispositivo que integran el control y reciben una misión deben estar cerciorados de la entidad de la responsabilidad que contrae quien la incumpla, para tener determinado previamente las medidas de reacción.

Pues bien, desde un vehículo en movimiento o circunstancialmente detenido, pero dadas las condiciones de difícil control emocional y del dominio del armamento que una persecución produce, disparar con visibilidad reducida (de noche) a un blanco móvil con intención de conminar (disparo de advertencia, en el mejor de los casos) no sólo se revela una medida inidónea, sino que no respeta la producción de riesgos mortales o gravemente lesivos (obligación de causar la menor lesión posible) ni tampoco —se carece de datos suficientes— se ha respetado la escala gradual progresiva en la intensidad de la violencia: el disparo del arma de fuego es una medida decididamente excepcional.

3. Una vez más se establecen relaciones impropias de los elementos constituyentes del principio de proporcionalidad. Ahora se comparan medios empleados y ventajas resultantes de la actuación. Es decir, el uso del arma de fuego y la detención de los fugitivos, causando la muerte de uno de ellos. De un modo algo confuso, pero siguiendo las líneas aquí marcadas, se refiere el comentario a la falta de proporción estricta, por evidente sacrificio de una vida para obtener como contraprestación la detención de unos infractores, ocasionales quizá, bajo el único cargo de ser renuentes al mandato de los agentes de la autoridad, cuyo bien jurídico que se protege es el buen funcio-

namiento de la Administración. Este es de un valor social incomparable menor que el riesgo lesivo o letal creado, de resultados fácilmente previsibles como así sucedió efectivamente.

4. La última observación sobre la desproporción que supone la infracción (mal tipificada como la huida de la Guardia Civil) y el medio violento interpuesto (tirar con bala contra el coche), fundándose en que tal acción provoca alarma social, no tiene ningún valor o peso específico en los juicios de razonabilidad cuantitativos o cualitativos que sirven como criterios para determinar la desaprobación del empleo de la fuerza. Sencillamente parece más bien una circunstancia recurrente por los medios de comunicación traspuesta de una medida cautelar judicial (por ejemplo el auto de prisión provisional).

## VII. EL MARGEN DE APRECIACION (38)

Bien, ya tenemos el instrumento, el método, los criterios de aplicación a los supuestos de hecho que exijan el ejercicio de la violencia legítima en el cumplimiento del deber. Pero, como hemos podido comprobar, el manual está rebosante de vocablos abstractos, ambiguos, indeterminados, inseguros: proporcionalidad estricta, necesidad, congruencia, idoneidad, etc. Lo que se presenta ante el guardia civil son hechos concretos, perceptibles, reales, que suceden con gran rapidez, que exigen una respuesta, muchas veces inmediata para evitar males mayores o dejarlos impunes. No se dispone del sosiego del despacho, ni de mucha más información que la recibida para la misión (suele ser escasa), la teoría general, la escasa práctica y la experiencia, tampoco del asesoramiento deseado. Aun así, la decisión que se tome no debe ser arbitraria (sin sujeción a las normas) ni discrecional (facultativa, con libertad de acción), sino que está reglada por unos principios básicos de actuación (el principio de proporcionalidad en sentido amplio: oportunidad, congruencia y proporcionalidad, en sentido estricto) aún no definidos legalmente y, por supuesto, con la orfandad de una referencia actualizada reglamentaria.

A pesar de todo hay que actuar, resolver el conflicto entre lo que nos exige el deber y la

protección de los derechos del presunto delincuente, sobre todo de su vida. Nos movemos así en un estrecho margen de apreciación con un instrumento (el principio de proporcionalidad) que nos puede ayudar a adoptar una decisión razonable que, dadas las circunstancias, sea calificada *a posteriori* como jurídicamente correcta. Las secuencias se sucederán de la siguiente manera.

En primer lugar es preciso apreciar la situación como encasillable en los presupuestos que la propia ley prevé como susceptibles de aplicar la fuerza [grave riesgo para la vida o integridad física del propio agente o de terceras personas o grave riesgo para la seguridad ciudadana, artículo 5.2.d) LOFCS]. Hay que asegurarse de la existencia de un hecho de tal naturaleza. Es decir, es preciso determinar, con conocimiento propio, la acertada verificación de los hechos y su calificación jurídica. La constatación de su certeza (la de los hechos en sí, los bienes amenazados, circunstancias esenciales: si el sospechoso iba armado o no, si la identificación es correcta o está debidamente contrastada, si se dispone del apoyo de otros agentes en el lugar de los hechos, etc.) y calibrar la magnitud de los mismos. El conocimiento y consideración del mayor número de datos es indispensable para evitar errores iniciales que arrastren una serie de inconsecuencias. La calificación jurídica de estos hechos será de suma importancia, sobre todo en orden a su gravedad. La valoración de la situación y de su calificación jurídica nos indicará la *necesidad* del empleo de la fuerza y la elección del medio *idóneo* para dar la respuesta jurídica que incluye la disposición de los medios al fin autorizado por la ley. Pero, tal como hemos visto, para agotar el método de la proporcionalidad en su última fase será preciso continuar con sucesivos juicios de valor que verifiquen un contraste continuo entre el peligro que genera nuestra actuación y lo que la ley nos demanda, para modular el ataque en su intensidad. No hay automatismos. Habrá que discernir, llegado el caso, si la violencia ya no es necesaria porque la situación que la provocó ha cesado o nuestra posición se ha fortalecido de tal forma que podemos cumplir nuestro deber sin su concurso.

El margen de apreciación para interpretar y aplicar los principios básicos del empleo de la

fuerza al caso concreto debe encontrar con una solución razonable, como dice Sainz Moreno "impuesta por una causa práctica —la necesidad de "decir ahora", con los medios de que "ahora" se dispone—" (39). Con una respuesta razonable en cada acción evitaremos los abusos o excesos extensivos por inexistencia de los hechos, apreciación incorrecta de la situación, errores inexcusables en la calificación jurídica o abusos intensivos por extralimitaciones e imprudencias indeseables por todos y a buen seguro por el mismo causante de fatales sucesos luctuosos.

## VIII. LA CLAVE

A través de estas breves páginas he pretendido transmitirte las inquietudes suficientes para hacerte reflexionar sobre una cuestión tan delicada, que se presenta cuando menos lo esperas en el servicio. Cuando llegue el momento, si éste es el caso, quiero que recuerdes lo que hemos contado aquí: a qué Guardia Civil perteneces, cuál es la realidad constitucional a la que has jurado servir, cuál es tu principal misión, y qué significado tienen los principios básicos de actuación, en especial los que rigen para el caso.

Si a pesar de todo piensas que nada de esto va contigo, que tú sabes solucionar tus problemas y que llegado el momento sabrás lo que has de hacer, creo que sobrestimas tu capacidad profesional. Si, por el contrario, confías en que tu educación (40) es una formación continua, presta atención a los valores que te van a permitir el uso razonable de la fuerza que la ley pone en tus manos y que coadyuvarán a respetar la vida de tus conciudadanos en situaciones tensas, violentas y peligrosas, cuando el deber te apremia a resolverlas satisfactoriamente. De este modo cumplirás con la ley, evitarás el reproche moral, criminal y social, y contribuirás al prestigio de nuestra Guardia Civil.

La adecuación del uso de la fuerza al principio de proporcionalidad según hemos visto requiere de continuos razonamientos lógicos para la acertada decisión de alternativas a la violencia, al medio o a su utilidad. El acierto en la cadena de juicios de valor exige el cuidado en nuestra formación profesional. Esta se nutre, a

su vez, de la estabilidad psicológica, el incremento de las aptitudes técnicas, el atesoramiento de valores deontológicos (41) y los conocimientos jurídicos claros y suficientes.

Si comenzamos el trabajo con una alusión a cuanto de provecho nos enseña el cine, permitaseme acabar del mismo modo con un pensamiento de reciente estreno:

*"No subestimes el lado oscuro de la Fuerza..."*

Obi-Wan Kenobi, (Ewan McGregor), caballero Jedi. "La Guerra de las Galaxias. Episodio I: La amenaza fantasma", de George Lucas (1999).

## NOTAS

(1) "Vigilar y Castigar". Michel Foucault. Traducción de Garzón del Camino, Aurelio. Madrid, 1982.

(2) "Los caballos dieron una arremetida, tirando cada uno de un miembro en derechura, sujeto cada caballo por un oficial. Un cuarto de hora después, vuelta a empezar, y en fin, tras de varios intentos, hubo de hacer tirar a los caballos de esta suerte: los del brazo derecho a la cabeza, y los de los muslos volviéndose del lado de los brazos, con lo que se rompieron los brazos por las coyunturas. Estos tirones se repitieron varias veces sin resultado. El reo levantaba la cabeza y se contemplaba. Fue preciso poner otros dos caballos delante de los amarrados a los muslos, lo cual hacía seis caballos. Sin resultado. Michel Foucault, *obr. cit.*, pág. 11 y ss.

(3) Dos siglos y medio más tarde la pena de muerte no ha sido totalmente abolida en los Estados democráticos. Y lo que es más, allí donde comenzó el primer brote de Declaraciones en pro del respeto a la dignidad de la persona (Declaraciones de Derechos americanas, como la de Filadelfia de 1774, la del Buen Pueblo de Virginia, de 12 de junio de 1776, y la de Maryland, de 11 de noviembre del mismo año) permanece muy activo el derecho del Estado a castigar a los reos con la muerte. Muerte, por cierto, según el método, espantosa e inhumana, a juzgar por el relato de un juez del Tribunal Supremo del Estado de Arizona (EE.UU.) que presencié la ejecución de Don Harding, en 1992, y que fue como sigue:

*"Cuando respiró el gas por primera vez se puso rojo como si luchase contra un fortísimo dolor. Apretaba sus mandíbulas mientras se convulsionaba de forma violenta. Su cara y su cuerpo se pusieron de color rojo oscuro y las venas de la frente y del cuello se hincharon tanto que pensé que iba a explotar. Sufría espasmos cada vez que respiraba. Finalmente, la última convulsión, la más violenta, hizo que los músculos de los brazos se moviesen solos por debajo de su piel, mientras salta espuma de su boca. Así estuvo durante ocho minutos." Según los médicos, este preso tardó 11 minutos y medio en morir.*

El 4 de marzo de 1999 fue ejecutado en la cámara de gas de Arizona el alemán Walter LaGrand, de 37 años, por haber asesinado en 1984 al gerente de una pequeña empresa, después de estar desde 1984 en el "corredor de la muerte" esperando este momento. Agonizó durante 18 minutos sufriendo un "largo e intenso dolor". Como podemos comprobar la existencia de la crueldad legal hacia las personas en Estados democráticos del primer mundo contradice los avances de la Humanidad.

(4) La idea de la proporcionalidad de las penas con el delito cometido está implícita ya en los clásicos. Se comprueba esta inclinación en Platón, cuando establece la clasificación de faltas voluntarias y no voluntarias y a propósito de ello, bajo la figura de *Ateniense* como interlocutor principal en los diálogos con *Clínias* reclama para su Estado ideal unas penas de dos especies: "...imponiendo en consecuencia las mayores penas a los que

matan por cólera y con asechanzas, y más suaves a los que matan en un primer movimiento indeliberado. En efecto, es justo castigar con mayor severidad al que se aproxima a un mal más grande, y con menos severidad al que se aproxima a un mal menor, y a esto debemos atenemos en nuestras leyes". Y en otro pasaje añade: "Y así el que esté convicto de haber herido a alguno en un arrebato de cólera, si la herida es curable, pagará el doble del daño; si no lo es, pagará el cuádruplo. Aún en el caso de que se pueda curar, si la cicatriz produce una deformidad, que exponga al herido a la burla, también pagará el cuádruplo". Platón. "Las Leyes o de la Legislación". Libro IX.

(5) Montesquieu. "Del Espíritu de las Leyes". Libro VI. Capítulo XVI y Libro XII. Capítulo IV.

(6) La pena capital estaba legítimamente establecida en diversos territorios italianos contra quien alojara forasteros sin declararlo a las autoridades (año 1639). Igualmente, contra cualquier mayor de diecisiete años que cometiera un simple hurto en Madrid y su rastro (Pragmática de Felipe V, de 1734. Novísima Recopilación, XII, 14, 3.

(7) Beccaria. "De los delitos y de las penas". Cap. XV, 5. Introducción, notas y traducción de Tomás y Valiente, Francisco. Madrid, 1982.

(8) Véase las magníficas obras que, a este respecto, tratan recientemente los derechos humanos y su gestación histórico-filosófica de v.v. a.a. codificados por Peces-Barba Martínez, Gregorio, y Fernández García, Eusebio. "Historia de los derechos fundamentales. Tomo I: Tránsito a la modernidad. Siglos XVI y XVII. Madrid, 1998. E, igualmente, la de Pérez Luño, Antonio Enrique. "Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución", sexta edición. Madrid, 1999. Así como el interesante trabajo "Derechos humanos, ius puniendi delitos y penas", por Serrano Butragueño, Ignacio. Revista jurídica La Ley, núm. 4688, de 8 de diciembre de 1998.

(9) No obstante, el informe para la Comisión del Código Penal británico de 1879 formula al estilo clásico el principio de proporcionalidad, como integrante del derecho consuetudinario, para la defensa de cualquier ciudadano de su propiedad, su libertad, contra la violencia ilegal, y permite el uso de la fuerza para evitar delitos, detener al delincuente y preservar la paz pública, estando esta fuerza restringida a que sea necesaria, es decir, que el mal que pretenda impedirse no podría evitarse utilizando menos medios violentos y que el perjuicio causado (o que sea previsible razonablemente según la fuerza utilizada) no sea desproporcionado al daño o perjuicio que se pretendía evitar.

(10) Barbero Santos, Marino. "El respeto de los derechos humanos: Grandeza y servidumbre de la actividad policial. (La situación en España)". Estudios Penales y Criminológicos IX. Universidad de Santiago, 1986, págs. 13-36.

(11) Por mi parte, sólo he encontrado las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1889 y la de 30 de noviembre de 1933.

(12) La misma situación pervive hoy en las intervenciones policiales ejecutadas por militares en el conflicto de Irlanda del Norte. Los soldados participantes en las operaciones lo hacen según criterios bélicos sin modificaciones particulares de la Ley [Código Penal para Irlanda del Norte, de 1967, CLA (NI), sec. 3] que exige la razonabilidad en el empleo de la fuerza; y en vigor de la Ley de Disposiciones de Emergencia para Irlanda del Norte de 1978 (EPA), así como de la Ley de Prevención del Terrorismo, de 1984 (PTA). En efecto, ha quedado patente al enjuiciar los casos: *Bohan and Templerley, Robinson, Mac Naughton, Farrell y Jones* que los jueces y los informes de la Fiscalía no tienen inconveniente en conceder el uso de "más fuerza de la razonablemente necesaria" por las Fuerzas Armadas al efectuar los arrestos. E igualmente reconocen valor a las instrucciones internas de la *Yellow Card* (Tarjeta amarilla) que dispensa a los soldados de efectuar tiros de advertencia previa, así como disparar siempre a matar, pues han sido entrenados para ello. Véase a R. J. Spjut, en "The official use of deadly force by the Security Forces against suspected terrorist". Public Law. Spring, 1986. Estas consideraciones quedaron bien aireadas en el *Caso McCam* y otros contra el Reino Unido, que comentaremos brevemente después, ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

(13) En todo momento el Consejo Supremo de Justicia Militar justificaba la aplicación del artículo 7 del Reglamento para el Servicio. Así las sentencias de 29 de noviembre de 1944, 21 de marzo de 1956, de 3 de abril de 1957, de 5 de noviembre de 1958, y de 15 de enero y 22 de octubre de 1975.

(14) Después de una intervención armada de la Guardia Civil en El Barco de Valdeorras (Orense), resultando un paisano muerto y algunos heridos; desde la Oposición, Romero Robledo y Lombardero decía: "Es necesario que el Gobierno piense con urgencia que es imposible que la Guardia Civil emplee el Mauser, y que las tropas del Ejército con el Mauser resuelven las cuestiones de orden público en las calles". A lo que Sagasta, responsable de turno, contestaba: "Como la fuerza pública no tiene más armamento que el que el Estado le da, sólo de ese se puede hacer uso. ¿Qué quiere SS? ¿Que al insulto conteste la fuerza pública con el insulto y a las pedradas con las pedradas? Eso no puede ser...". Diario de Sesiones del Congreso, de 24 de octubre de 1902, pág. 918 y ss.

(15) Diario de Sesiones del Congreso, de 11 de julio de 1903, pág. 999 y ss.

(16) Los cambios jurisdiccionales introducidos, en primer lugar, por la Ley de Policía de 1978, más tarde por el Código Penal Militar de 1985, y finalmente, por la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de 1986, establecieron una delimitación de la naturaleza militar del Cuerpo, la excepcionalidad del carácter de fuerza armada en sus actuaciones y por fin unos principios básicos propios de las funciones policiales inherentes al cometido más común de sus miembros. Pero la inercia táctica, la confusión legal y la falta de prevención para adaptar a los guardias civiles al nuevo régimen de protección de derechos fundamentales, en el que la proporcionalidad es una regla insalvable, tuvo como consecuencia la pérdida de cuantiosas vidas en controles de carretera o desobediencias varias. Desde 1977 a diciembre de 1982 se contabilizaron 18 muertos y 24 heridos por armas de fuego; 15 muertos en 1983, 42 en 1984, 16 en 1985, 32 en 1986, 9 en 1987 y 20 en 1988. Fuentes: la prensa y la contestación dada por el Gobierno a la pregunta formulada por el Diputado Bandrés Molet. BO del Congreso de Diputados, III Legislatura, serie D, 17 de noviembre de 1986, págs. 487-488.

(17) Véase el diario ABC del jueves 15 de diciembre de 1977, página 10, bajo el título "No tenemos recursos intermedios de defensa, pero no podemos dejarnos matar".

(18) Periódico YA de 13 de marzo de 1987, página 8.

(19) Por dar un ejemplo que considero esclarecedor, consideremos la comisión de una detención ilegal. Un ataque a la libertad de movimientos. Si reflexionamos mínimamente podemos colegir que no hay un tratamiento penal muy diferente en cuanto a la detención policial sin "motivos racionales bastantes" (literalmente idénticos en el artículo 492 LECrim), en el Código Penal de 1973 (art. 184) y la tipificación vigente en el Código Penal de 1995 (arts. 167 y 530). Insisto que me refiero a la detención ilegal material no a la violación de garantías (donde la legalidad vigente supone toda una novedad). Pues bien, qué es lo que hace que la mera presencia injustificada de un ciudadano durante un tiempo más que el "estrictamente necesario" (art. 17 CE) sea considerado ahora escrupulosamente delito (y no con anterioridad a la Constitución). Pues, sin duda, el supremo valor que el derecho a la libertad tiene para nuestra democracia constitucional. En la legalidad preconstitucional la permanencia de un individuo bajo custodia en unas dependencias policiales sin ninguna acusación específica resultaba tolerada hasta judicialmente, dentro de las 72 horas. La libertad de los demás era, para los miembros de la Guardia Civil o de la Policía, un bien disponible, dentro de unos márgenes. La proporcionalidad nos obliga a justificar escrupulosamente el tiempo de privación de libertad en función de los trámites. Otro tanto podría decirse del derecho a la inviolabilidad de domicilio, a la correspondencia (en especial la telefónica), a la libertad de expresión, etc.

(20) Estas son algunas de las notas sobre los derechos fundamentales que Luigi Ferrajoli denomina "caracteres estructurales" de los mismos. Véase este autor, "Derechos y garantías. La ley del más débil". Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid, 1999, pág. 50.

(21) Véase a Rebollo Vargas, Rafael, en *Policía y Derechos humanos*. Poder Judicial, 3.ª época, núm. 34. Junio (1994).

(22) No hay más que ver en la polémica y recalcitrante sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999, de 20 de julio, por la que se estima el amparo de los componentes de la Mesa de HB, que según su ponente no hay dudas sobre tal reconocimiento ínsito en el principio de legalidad (arts. 9.3 y 26.1 CE); y según los votos particulares discrepantes "no existe una construcción jurisprudencial depurada que permita su encaje constitucional". (Voto particular del magistrado Excmo. señor don Vicente Conde Martín de Hijas, f.j. 7; y más conciso, en el mismo sentido, el del magistrado Excmo. señor don Rafael de Mendizábal Allende, f.j. 1.)

(23) Recientemente, el principio de proporcionalidad extravasó estos cauces, para invadir, por primera vez en España, la ley penal, apreciándose desproporcionalidad de la pena mínima del tipo del artículo 174 bis a) del CP de 1973 (terreno reservado hasta ahora al legislador), provocando la conocida exasperación social e institucional, que tuvo lugar por la estimación del amparo a los componentes de la Mesa Nacional de Herri Batasuna, condenados por el TS por colaboración con banda armada (ETA). Aquí, la instrumentación del juicio de proporcionalidad que sustentó la sentencia 136/99 del TC, suscrita por una exigua mayoría, no ha sido sino un subterfugio en cuanto a la verdadera fundamentación jurídica que justificaba el amparo. El mismo ponente, el magistrado Excmo. señor don Carlos Viver Pi-Sunyer, lo explica con la aportación de su voto particular concurrente a la sentencia en el que, a su entender, la sentencia condenatoria del Supremo vulneró el derecho fundamental a la presunción de inocencia de los condenados en ésta. Se dice esto, para destacar -a la par que la innegable utilidad del principio de proporcionalidad- la inseguridad jurídica que se desprende de un juicio de razonabilidad sobre valores de difícil conceptualización: la necesidad, la idoneidad, la proporcionalidad. Hasta tal extremo es así, que el mismo ponente mencionado había soslayado la aplicación del principio en supuestos similares, por considerarlo de exclusiva competencia del legislador (Ss TC 55/1996, de 28 de marzo, y 161/1997, de 2 de octubre).

(24) Aunque esta obra estudia la aplicación del principio en las medidas restrictivas de derechos fundamentales, tales como: la privación de libertad, las intervenciones corporales, la interceptación de las telecomunicaciones, etc. Todas ellas de interés policial, pero no se detiene en el caso particular del uso de la fuerza y la eventual lesión de la vida o la integridad física.

(25) Véanse los interesantes trabajos, *Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad*, por el profesor Ernesto Pedraz Penalva, en "Constitución, jurisdicción y proceso", Madrid, 1990; *Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario*, por el profesor Javier Barnes, en Revista de Administración Pública núm. 135. Septiembre-diciembre, 1994, y "El principio general de proporcionalidad en el Derecho administrativo", por el profesor José Ignacio López González. Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla, núm. 52 (1988).

(26) Véase los comentarios de José Garberí Llobregat al artículo 131 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y del Procedimiento Común, en "El procedimiento administrativo sancionador", 3.ª edición, págs. 143-148. Valencia, 1998.

(27) Véanse las funciones propias de los principios constitucionales en "La argumentación en la justicia constitucional española", por Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, págs. 82-87. Bilbao, 1987.

(28) La utilización de vocablos tan foráneos al lenguaje común, precisamente en una ley básica policial en su contenido deontológico, contradice la finalidad esencial de la misma: su observancia, previa completa comprensión. Los trece años de vigencia de esta Ley no han suscitado la menor inquietud en el legislador, ni las autoridades de la Administración policial se han encontrado concernidas para explicar a sus subordinados la auténtica significación de estos principios para evitar que incurran en responsabilidad, pese a su buena fe, y a los ciudadanos, proveerlos de la seguridad jurídica que, como sujetos pasi-

vos y acreedores de un comportamiento reglado en un ámbito tan sensible como es la violencia legítima. Las instrucciones, dimanantes de la Secretaría de Estado para la Seguridad, o de las Direcciones Generales del Cuerpo Nacional de Policía o de la Guardia Civil, anteriores en su mayoría a la propia LOFCS, están necesitadas de una sosegada revisión. Véase, su crítica razonada, en mi trabajo *El empleo de las armas de fuego (Relato histórico-jurídico de un guardia civil)*, la ponencia presentada al IX Seminario "Duque de Ahumada". "El mandato constitucional a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad". Ministerio del Interior (1998), pág. 149.

(29) El Tribunal Constitucional ha aplicado el principio de proporcionalidad en la protección de diversos derechos fundamentales o libertades públicas. De este modo pueden citarse, entre otras, las sentencias: 62/87, de 15 de octubre, sobre libertad de expresión; 3/83, de 25 de enero, 57/84, de 8 de mayo, y 102/84, de 12 de noviembre, sobre tutela judicial efectiva; 108/84, de 26 de noviembre, sobre presunción de inocencia; 104/87, de 17 de junio, sobre libertad sindical; 104/86, de 17 de julio, sobre derecho al honor; y 168/86, de 22 de diciembre, sobre derecho al honor y libertad de expresión.

(30) La exigencia de prevenir en las legislaciones nacionales el uso creciente de "armas no letales incapacitantes" es una innovación de "Los principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley", aprobados en el octavo congreso sobre *Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, celebrado en La Habana del 27 agosto al 7 de septiembre de 1990. Véase Disposiciones Generales, puntos 2 y 3.

(31) Además del *Caso McCann*, que aquí se comenta, con posterioridad el TEDH ha examinado y fallado el *Caso Andronicou y Constantinou contra Chipre* (S. de 9 de octubre de 1997), pero tampoco representa una valiosa aportación para la doctrina de los criterios de empleo de la fuerza letal por fuerzas policiales en el cumplimiento del deber.

(32) La Comisión Europea de Derechos Humanos sí ha abordado varios casos en los que ha equiparado la fuerza "absolutamente necesaria" con la estrictamente proporcionada. Así, los conocidos, como *Caso X c. Reino Unido* (D. 6861/1975); *Caso Farrell c. Reino Unido* (D. 9013/1980); *Caso Stewart c. Reino Unido* (D. 10044/1982), y *Caso John Kelly c. Reino Unido* (D. 17579/1990).

(33) Una de las reglas que más se repite en los códigos deontológicos de las policías alemanas es la llamada a la calma, al uso de la razón, a preservarse del exceso o similares. "Sans faire d'excès de zèle, il doit s'efforcer d'être un policier parfait, sur lequel on puisse compter à tout moment et en toutes circonstances" (n. 7. Les sept commandements du policier, 1945). "Gardez votre calme, même dans les situations houleuses. On ne commet d'erreurs que lorsqu'on perd son calme"; "Dans l'exercice de vos fonctions, souvenez-vous que vos actes doivent être proportionnels à l'infraction commise. C'est en principe constitutionnel. Gardez-vous des réactions excessives" (nn. 2 y 6. Les dix règles fondamentales de la police berlinoise, 1981). "L'éthique de la police dans une société démocratique". Conseil de l'Europe, Strasbourg, 10-12 juin 1996 (edit. 1997).

(34) A propósito de las huidas no agresivas posteriores a la comisión de un delito es oportuno recordar que según la jurisprudencia quedan absorbidas en la misma conducta delictiva inicial, denominándose la figura el "autoencubrimiento imputado". (Véase mi artículo *Absoluciones sorprendentes*, en Revista Guardia Civil núm. 569, septiembre de 1991, pág. 35 y ss.). Ningún delincuente tiene la obligación de dejarse detener, sin que esto justifique posibles delitos de resistencia o atentado.

(35) *Un disparo de más*. Editorial de El País, de 12 de abril de 1999.

(36) *Muerte por un tiro de la Guardia Civil*. El Periódico, 13 de abril de 1999.

(37) *Desafortunada justificación para un hecho lamentable*. El Mundo, de 13 de abril de 1999. *Control mortal*. El Correo Español, de 13 de abril de 1999.

(38) Sobre este tema, con mayor profundidad, véase Pedraza Penalva, Ernesto, en *Algunas reflexiones sobre Policía y Administración de Justicia*. Seminario de la VIMP en Santander

sobre Policía y Sociedad. Julio 1989. Revista Justicia 90 núm. 3. González-Cuéllar Serrano, Nicolás, obr. cit., pág. 40 y ss. Barcelona Llop, Javier, en "El régimen jurídico de la policía de seguridad". Instituto Vasco de la Administración Pública. Bilbao, 1988, págs. 239-243.

(39) Sainz Moreno, Fernando, en "Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa". Madrid, 1976, pág. 223.

(40) El artículo 27.2 de nuestra Constitución es muy poco conocido, pero no tiene desperdicio. Dice así: "La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales". Podrías objetar que,

adquirida la posesión de tu empleo de guardia civil, ya está uno educado para la profesión. ¡Craso error! "Educar no es transmitir cualquier tipo de conocimientos ni, tampoco, generar actitudes de puro conformismo con las situaciones consolidadas, sino contribuir desde el exterior a un proceso *siempre inacabado* para cada ser humano: contribuir al pleno desarrollo de su personalidad. Por ello, es un proceso de gran complejidad que, en puridad, *dura toda la vida*". Sánchez Ferri, Remedio, y Jiménez Quesada, Luis, en "La enseñanza de los derechos humanos". Barcelona (1995), pág. 13.

(41) Véase Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis, en *Derechos Humanos y Fuerzas de Seguridad*. Cuadernos de la Guardia Civil núm. 5 (1991).