

M^a ISABEL SÁNCHEZ GARCÍA
«PROFESORA DE DERECHO PENAL»
UNIVERSIDAD DE VALLADOLID

EJERCICIO LEGÍTIMO DEL CARGO Y USO DE ARMAS POR LA AUTORIDAD

**ANÁLISIS PARTICULAR DEL EJERCICIO DE
LA COACCIÓN DIRECTA POR LAS FUERZAS
Y CUERPOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO
EN MATERIA DE SEGURIDAD Y ORDEN
PÚBLICOS**



1995

© Diseño cubierta:
Luz Bosch

© 1995 M^a Isabel Sánchez García

Por la presente edición:
© 1995, José M.^a Bosch. EDITOR, S.A.

Rosellón, 22
08029 BARCELONA

I.S.B.N.: 84-7698-357-3
D.L.: B-42.531-1991

Impreso en España

Printed in Spain

Comgrafic, S.A. Llull, 105-107 - Barcelona

INDICE GENERAL

	<u>Págs.</u>
PROLOGO	9
INTRODUCCION	23
PARTE PRIMERA: ESTUDIO GENERAL DE LA CAUSA DE JUSTIFICACION DE «EJERCICIO LEGITIMO DEL CARGO»	
CAPITULO I: EL EJERCICIO LEGITIMO DEL CARGO EN EL SISTEMA DE CAUSAS DE JUSTIFICACION DEL DERECHO ESPAÑOL Y EL DERECHO COMPARADO. PRECEDENTES HISTORICOS	29
A. APROXIMACION HISTORICA A LA CAUSA DE JUSTIFICACION DE EJERCICIO LEGITIMO DEL CARGO	29
B. EL EJERCICIO LEGITIMO DE UN CARGO EN EL SISTEMA DE CAUSAS DE JUSTIFICACION DEL CODIGO PENAL ESPAÑOL. PRECEDENTES HISTORICOS.	34
C. LA JUSTIFICACION DE LAS ACTUACIONES EN EJERCICIO DE UN CARGO PUBLICO EN EL DERECHO COMPARADO.	39
1. Derecho francés	39
2. Derecho italiano	42
3. Derecho alemán	43
4. Derecho suizo	45
5. Derecho del Reino Unido y de los Estados Unidos	46
6. Derecho de los países latinoamericanos	49
7. Derecho portugués	50
CAPITULO II: ESTUDIO GENERAL DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION CONTENIDAS EN LOS ARTS. 8.11º Y 8.12º DEL CPE: DELIMITACION DEL AMBITO DEL EJERCICIO LEGITIMO DEL CARGO.	51

A. CUMPLIMIENTO DE UN DEBER	51
B. EJERCICIO DE UN DERECHO	54
C. EJERCICIO DE UN OFICIO	59
D. OBEDIENCIA DEBIDA	66
E. EJERCICIO DE UN CARGO	70

CAPITULO III: CARACTERIZACION DEL EJERCICIO

LEGITIMO DEL CARGO DESDE LA TEORIA GENERAL DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION.....

A. FUNDAMENTO FORMAL Y MATERIAL DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION CONTENIDAS EN EL ART.8.11 ^º	75
1. Fundamento formal: el principio de unidad del ordenamiento jurídico y el carácter de <i>ultima ratio</i> del Derecho Penal.	75
2. Fundamento material. Estudio desde las diferentes concepciones del injusto. Toma de posición. El principio de preponderancia de intereses. La realización del interés público en el ejercicio del cargo.	78
B. ESTRUCTURA DEL TIPO DE JUSTIFICACION.	86
1. Introducción	86
2. La relación entre el tipo del injusto y las causas de justificación partiendo de la relación entre tipicidad y antijuricidad.	87
a. La eficacia indiciaria de la tipicidad respecto de la antijuricidad. La teoría de los elementos negativos del tipo.	88
b. Causas de justificación y causas de exclusión de la antijuricidad penal.	92
3. Tipo objetivo y subjetivo de justificación. Elementos de la causa de justificación en relación al injusto doloso y al injusto culposo.	97
a. Tipo objetivo	97
b. Tipo subjetivo.....	102
c. Causas de justificación y delito culposo.	105

CAPITULO IV: ESTUDIO GENERAL DE LA CAUSA DE JUSTIFICACION DE EJERCICIO LEGITIMO DE UN CARGO.

A. TIPO OBJETIVO DE JUSTIFICACION.	109
1. Significado del «ejercicio del cargo». La «legitimidad» en el ejercicio del cargo como elemento normativo de valoración general del hecho.	110
2. Los presupuestos objetivos de justificación. El principio de legalidad administrativa. Enumeración ejemplificativa de hipótesis así como de campos típicos de incidencia del ejercicio del cargo	114
a. Introducción.	114
b. Límites formales del ejercicio de un cargo público: el principio de legalidad administrativa.	115

c. Enumeración ejemplificativa de hipótesis así como de campos típicos de incidencia del ejercicio del cargo.	119
3. Límites materiales del «ejercicio de un cargo público». Los principios de necesidad o de mínima lesión y de proporcionalidad.	125
a. Introducción: potestades regladas y potestades discrecionales.	125
b. El principio de justicia como fundamento del principio de proporcionalidad.	128
c. El principio de proporcionalidad en el ámbito del Derecho Público.	130
d. Significado material del principio de proporcionalidad en sentido amplio o de prohibición de exceso como comprensivo de los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.	135
e. Naturaleza jurídica y rango constitucional del principio de proporcionalidad.	140
B. TIPO SUBJETIVO DE JUSTIFICACION. CARACTERIZACIÓN. LA CUESTIÓN DEL EXAMEN CONFORME A DEBER.	144
C. DEFINICIÓN DE LAS HIPÓTESIS DE JUSTIFICACION INCOMPLETA. EL EXCESO EN EL EJERCICIO DE UN CARGO.	151
1. Introducción. Caracterización general del exceso extensivo e intensivo: (a'.conceptos generales; b'.el carácter graduable del injusto. La disminución del injusto en las situaciones de justificación incompleta; c'.la atenuante 1ª del art.9 del CPe español. La distinción entre elementos fundamentales y secundarios de las causas de justificación; d'. Tratamiento legal del exceso en el Derecho Comparado)	151
a. El exceso extensivo. Caracterización general	160
b. Las situaciones de justificación incompleta. El exceso intensivo o exceso propiamente dicho. Caracterización general.	162
2. El exceso extensivo en el ejercicio del cargo.	164
3. Justificación incompleta y exceso intensivo en el ejercicio del cargo.	165
a. El exceso intensivo doloso;	166
b. El exceso intensivo por imprudencia;	167
c. El exceso intensivo por error (error sobre los límites de una causa de justificación);	170
d. Tratamiento de la justificación incompleta en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación al ejercicio legítimo del cargo.	176
D. EL EJERCICIO LEGÍTIMO DEL CARGO PUTATIVO: EL ERROR SOBRE LOS PRESUPUESTOS OBJETIVOS DE LA CAUSA DE JUSTIFICACION.	180

**PARTE SEGUNDA: EL EJERCICIO DE LA COACCION PUBLICA
DIRECTA EN MATERIA DE SEGURIDAD Y ORDEN PUBLICOS
DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CAUSA DE JUSTIFICACION DE
EJERCICIO LEGITIMO DEL CARGO**

CAPITULO V: EL EJERCICIO DE LA COACCION DIRECTA EN MATERIA DE SEGURIDAD Y ORDEN PUBLICOS: FUNDAMENTO JURIDICO; ORIGEN Y EVOLUCION HISTORICAS.	193
A. LA FACULTAD DE EMPLEO DE LA COACCION INMEDIATA POR EL ESTADO. LA COACCION PUBLICA COMO INTEGRANTE DE LA FUNCION DE POLICIA DEL ESTADO: ORIGEN Y EVOLUCION HISTORICAS.	193
B. ORIGEN HISTORICO Y SIGNIFICADO DE LOS CONTROLES DE LEGALIDAD Y PROHIBICION DE EXCESO O PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO AMPLIO DE LA COACCION PUBLICA.	201
CAPITULO VI: LA JUSTIFICACION DEL EJERCICIO DE LA COACCION PUBLICA EN EL DERECHO ESPAÑOL.	209
A. LA HABILITACION LEGAL.	209
B. NECESIDAD DE LA INTERVENCION Y PROPORCIONALIDAD DE SUS EFECTOS.	217
1. Desarrollo histórico de estos principios desde el punto de vista legal, jurisprudencial y doctrinal	217
a. Introducción	217
b. La segunda mitad del siglo XIX y principios del siglo XX; las aplicaciones de la denominada ley de fugas	218
c. La Segunda República	221
d. El periodo de la posguerra (años 40 y 50).....	221
e. Las décadas de los años 60 y 70	222
f. La jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la sentencia de 20.10.1980	224
2. Imagen actual en la doctrina. Normativa interna vigente. El disparo final a matar	228
3. Normativa de derecho internacional	235
a. El « <i>Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley</i> », de 1979, elaborado en el seno de las Naciones Unidas.....	236
b. La « <i>Declaración sobre la policía</i> », aprobada en 1979 en el seno del Consejo de Europa	237
c. El artículo 2 de la « <i>Convención Europea para la protección de los derechos y libertades fundamentales</i> », adoptada en el seno del Consejo de Europa en 1950.	237

1. En el apartado a) del art.2.2. CEDH.....	238
2. Los apartados b) y c) del art.2.2. CEDH	241
CAPITULO VII: LA JUSTIFICACION JURIDICO-PENAL DEL EJERCICIO DE LA COACCION PUBLICA INMEDIATA EN EL DERECHO COMPARADO	243
A. DERECHO ALEMAN	243
1. El ejercicio de la coacción pública directa: Introducción. Normativa reguladora.	243
2. Los principios de necesidad y proporcionalidad como principios rectores fundamentales en la literatura, la jurisprudencia y el Derecho Positivo.	245
3. El uso de violencia armada por la autoridad. El disparo final a matar.	246
B. ITALIA.	251
1. Introducción: los arts.51 y 53 del Código Penal italiano.	251
2. Presupuestos objetivos de la causa de justificación del art.53: «la necesidad de rechazar alguna violencia o de vencer alguna resistencia».	252
3. Límites de necesidad y de proporcionalidad en la intervención pública coactiva.	255
4. La innovación introducida por el art.14 de la ley nº152, de 22.5.1975.	257
5. Interpretación del elemento « <i>al fine di adempiere un dovere del proprio ufficio</i> ».	258
C. FRANCIA.	260
1. Introducción. Límites formales y materiales al ejercicio de la coacción estatal inmediata.	260
2. El uso de violencia armada por la autoridad en el Derecho positivo y la doctrina.	263
D. DERECHO SUIZO	265
E. REINO UNIDO (DERECHO INGLES Y ESCOCES).	267
1. Introducción. La exigencia de « <i>reasonableness</i> » en la intervención coactiva de la autoridad pública.	267
2. El principio de « <i>reasonableness</i> » como principio general del derecho público anglosajón. Evolución histórica desde el <i>Common Law -the «any felon rule»-</i> hasta la <i>Criminal Law Act</i> de 1967.	268
3. Significado del principio de « <i>reasonableness</i> » en la doctrina y el <i>Case Law</i> : criterios de necesidad y proporcionalidad.	271
4. La situación en Irlanda del Norte: « <i>The shoot to kill policy</i> » y el <i>Case Law</i>	272
F. ESTADOS UNIDOS.	276
1. Introducción.	276

2. El principio de <i>reasonableness</i> y la 4 ^a Enmienda a la Constitución norteamericana	277
3. La pervivencia de la doctrina del <i>Common Law (the «any felon» rule)</i>	278
4. La sección .3.07 del <i>Model Penal Code</i> de 1962.	279
5. Las leyes estatales: el triple modelo. Regulaciones administrativas internas.	280
6. El <i>Case Law</i> : la sentencia de la <i>Supreme Court</i> en el caso <i>Tennessee v. Garner</i> (1985) acerca del uso de « <i>deadly force</i> ». La moderna literatura en la materia.	281
 CAPITULO VIII: ANALISIS POLITICO CRIMINAL DE LA JUSTIFICACION JURIDICO-PENAL DEL EJERCICIO DE LA COACCION INMEDIATA ESTATAL: DESARROLLO DE LOS PRINCIPIOS DE NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD.	
A. INTRODUCCION. PRINCIPIO DE LEGALIDAD.	287
B. IDONEIDAD DEL MEDIO Y NECESIDAD DE LA INTERVENCION.	290
1. El principio de necesidad o de «menor lesividad» posible. Idoneidad de la intervención	290
2. Necesidad de la intervención violenta en abstracto; exigencia de amenaza previa: el aviso de disparo y el disparo de aviso.	292
3. Necesidad de la intervención violenta en concreto.	293
4. Tratamiento jurídico de la causación dolosa de la muerte en el ejercicio de funciones públicas fuera de las situaciones de legítima defensa.	297
C. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.	300
1. La detención.	303
a. Criterios delimitativos del uso proporcionado de armas de fuego en la detención de personas: en los supuestos de delito grave y de gran peligrosidad del sujeto pasivo	303
b. La detención del sospechoso de delito. Los controles policiales de peatones o de vehículos	308
c. La detención del condenado por un delito a una pena privativa de libertad: criterios específicos	310
2. La actuación coactiva de la autoridad pública frente a un colectivo de personas en materia de orden público	311
a. El desarrollo de las llamadas «armas de menor potencial lesivo» (« <i>unschädliche Waffen</i> » o « <i>less lethal weapons</i> »). Origen histórico y difusión en la actualidad	311
b. El uso de armas de fuego frente a multitudes	312
c. Diferentes tipos de armas menos lesivas	313

INDICE

d. Los exámenes de necesidad y de proporcionalidad en el empleo de las armas de menor potencial lesivo. La discusión sobre la conveniencia de su utilización	315
CAPITULO IX: LA LEGITIMA DEFENSA DE AGENTES DE LA AUTORIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CARGO.	319
A. INTRODUCCION	319
B. LA LEGITIMA DEFENSA DE FUNCIONARIOS PUBLICOS EN EL EJERCICIO DE SU CARGO EN EL DERECHO ESPAÑOL	320
C. LA LEGITIMA DEFENSA DE FUNCIONARIOS PUBLICOS EN EL EJERCICIO DE SU CARGO EN EL DERECHO COMPARADO ...	327
D. EXAMEN Y DISCUSION DE LOS DIFERENTES MODELOS DE RELACION ENTRE AMBAS CAUSAS DE JUSTIFICACION.	333
1. Introducción: significación del problema. Modelos existentes en la doctrina.	333
a. Negación del derecho de legítima defensa al agente de la autoridad	334
b. Reconocimiento en los mismos términos que al particular	334
c. Soluciones intermedias	334
2. El concurso de causas de justificación en la modalidad de concurso de normas: la ausencia de una teoría general.	336
a. El concurso de causas de justificación en la doctrina	336
b. Fundamento de la teoría del concurso de normas relativas a causas de justificación: el principio de unidad del ordenamiento jurídico	338
c. Aplicabilidad de los principios definidos en la teoría del concurso de normas prohibitivas penales.....	340
d. La estructura imprecisa de los tipos de justificación	342
3. Principios que fundamentan las causas de justificación de legítima defensa y ejercicio legítimo del cargo: el criterio de subsidiariedad como rector de las relaciones entre ambas. Carácter principal del derecho de legítima defensa.	343
CAPITULO X: CONCLUSIONES	351
BIBLIOGRAFIA	369