

## El funcionario policial como garante de impedir delitos

**Michael Pawlik**

Universität Regensburg

***Abstract \* \*\****

*En el presente trabajo el autor plantea la responsabilidad por omisión del policía que no impide la comisión de delitos y concluye que equivale a la comisiva al hallar su fundamento en el correspondiente cometido del Estado en tanto "institución".*

*In dem vorliegenden Beitrag beschäftigt sich der Verfasser mit der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von dem Polizeibeamte, der die Begehung von Straftaten nicht hindert, und kommt zu dem Schluss, dass dessen Verantwortlichkeit mit der Verantwortlichkeit für die Begehung der Tat durch aktives Tun gleichgesetzt werden darf, denn ihre Grundlage ist die dem Staat als Institution obliegende Pflicht.*

*In the following paper the author raises the question related to the criminal responsibility of the policeman due to his omission preventing the commission of a crime. He concludes that the failing of the policeman in his duty by omission equals the commission of that crime on the basis of the duty of the State protecting its civilians being it an "institution".*

*Title:* police officers' criminal responsibility for the failure to prevent a crime.  
*Titel:* der Polizeibeamte als Garant zur Verhinderung von Straftaten

*Palabras clave:* omisión, impedir delitos, comisión por omisión, institución, garante, responsabilidad institucional, delitos de infracción de un deber.

*Keywords:* omission, failure to prevent a crime, duty to avoid the result (or) qualified omission, institution, guarantor, institutional responsibility, crimes related to a breach of duty.

*Stichwörter:* Unterlassung, Begehung durch Unterlassung, institutionelle Zuständigkeit, Garantenstellung, Nictanzeige geplanter Straftaten, Pflichtdelikten.

---

\* Versión ligeramente completada y provista de notas al pie de la lección inaugural que el autor dio el 22/6/1998, al llevar a cabo su habilitación ante la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Bonn. (*Der Polizeibeamte als Garant zur Verhinderung von Straftaten*, publ. en ZStW t. 111 (1999), pp. 335 ss. Traducción de Marcelo Lerman y Marcelo A. Sancinetti [N. de los T.].)

\*\* Profesor de Derecho penal, Derecho procesal penal y Filosofía del Derecho de la Universidad de Regensburg. (Al momento de la publicación, Privatdozent, Universidad de Bonn.)

<sup>1</sup> Con su función limitadora en la defensa contra peligros para bienes jurídicos privados, el principio de subsidiariedad del Derecho policial se refiere sólo a meros peligros contrarios al Derecho civil, y, entonces, pierde su efecto cuando los derechos del individuo están, a la vez, protegidos por el Derecho penal; acertadamente, LAUBENTHAL, *Jus*, 1993, p. 908; equivocadamente, HOHMANN, *NuR*, 1991, p. 12.

## I.

El funcionario policial P está haciendo el recorrido de todas las tardes, por el barrio residencial a su cargo. En un sector de jardines de mala visibilidad desde la calle, divisa casualmente al ladrón E, a quien él conoce bien como tal, y nota que éste se dispone a irrumpir en la casa de O, que está de viaje. P podría arrestar a E sin mayores dificultades, como él mismo reconoce, y así impedir el robo. Pero quiere regresar tan rápidamente como sea posible a la comisaría, en la que se está transmitiendo un importante partido de fútbol. Por ello decide "no haber visto nada" y sigue su ronda. El robo tiene éxito; E le sustrae a O una serie de valiosos objetos de arte.

Si P no fuese un funcionario policial, sino un ciudadano corriente, el análisis de su punibilidad no plantearía mayores dificultades; mediante su no intervención él podría haber realizado en este caso, a lo sumo, el tipo penal del § 323c, StGB. Nadie le impondría un deber jurídico-penal a ser cumplido según el § 13, cuyo contenido sea el de intervenir contra el delito que observó: fuera de las relaciones jurídicas especiales, un ciudadano le debe a los otros, en el sentido del § 13, sólo el respeto por su esfera de derechos; no, en cambio, solidaridad activa. La cuestión de la cual quiero ocuparme en lo sucesivo es la de si para P rige algo diferente en razón de que tomó la decisión de dejar que el delito siguiera su curso cuando estaba ejerciendo su función de servicio como funcionario policial. Conforme al Derecho policial, como es sabido, un policía tiene que proceder discrecionalmente, conforme al deber, contra perturbaciones de la seguridad o el orden públicos, entre las cuales cae también la comisión de delitos<sup>1</sup>. En casos de esa índole, no raramente la discrecionalidad para intervenir del Derecho policial se reduce incluso a cero. Así ocurre, especialmente, cuando importantes bienes jurídicos son expuestos a un peligro duradero y no se perciben puntos de vista que pudieran hablar contra una intervención; tales puntos de vista contrapuestos residen, p. ej., en la puesta en peligro de terceros no participantes<sup>2</sup>. Pero, ¿se corresponde con esta obligación de intervenir *jurídico-policial*, un deber de actuar *jurídico-penal* a ser cumplido según el § 13 StGB? Esta pregunta integra, según RUDOLPHI, "los problemas hasta hoy aún no resueltos y fuertemente discutidos de la dogmática jurídico-penal de los garantes"<sup>3</sup>. Con la respuesta afirmativa -y yo *habré* de darla- no se resuelve aún, sin embargo, la cuestión de si el funcionario omitente debe ser penado, tal como acepta la opinión dominante, solamente como partícipe del delito no impedito por él<sup>4</sup>, o si podrá

<sup>2</sup> Sobre los criterios de reducción de la discrecionalidad DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, *Gefahrenabwehr*, 9.<sup>a</sup> ed., 1986, p. 401 s.; KREY, *Rechtsprobleme des strafprozessualen Einsatzes Verdeckter Ermittler*, 1993, n.<sup>o</sup> m. 503.

<sup>3</sup> RUDOLPHI, JR, 1987, p. 336; así como también WESSELS, *Allg. Teil*, 27<sup>a</sup> ed., 1997, n.<sup>o</sup> m. 721; WINKELBAUER, JZ, 1986, p. 1119.

<sup>4</sup> BGHSt., t. 38, pp. 388, 392.

serlo incluso como autor, en tanto revista los especiales elementos de autor eventualmente necesarios<sup>5</sup>. Dado que esta problemática es sistemáticamente de segundo orden frente a la cuestión del básico “sí o no” del deber de garante del funcionario respectivo y demasiado compleja como para poder resolverla al pasar, quisiera dejarla de lado de mis ulteriores explicaciones.

La pregunta de si el funcionario tiene un deber de garante de impedir delitos también ha sido fuertemente discutida en los últimos años en el ámbito del Derecho penal del medio ambiente. Dicho a modo de ejemplo: ¿Es punible, según el § 324, StGB –eventualmente en conexión con el § 27, StGB–, el jefe de servicio de una oficina pública de aguas que no revocó una autorización de uso de aguas –que era antijurídica, como posteriormente reconoció–, o que conscientemente no intervino ante una contaminación ilícita de aguas?<sup>6</sup> En estos casos la ya de por sí compleja problemática de los garantes se torna aun más complicada por las específicas diferencias de opiniones en materia de Derecho penal ambiental, que se refieren particularmente a la posición jurídica de la autoridad de aguas y al fin de protección del § 324, StGB. Tampoco respecto de estas cuestiones puedo entrar en detalle en lo que sigue, por razones de tiempo; quisiera tratar la problemática del deber de garante de impedir delitos, que le quepa a los funcionarios, más bien en su forma básica, representada en el caso expuesto al inicio. Procederé de tal modo que primero (*sub II*) presentaré el estado actual de las opiniones y valoraré críticamente los argumentos principales de las distintas partes. Sobre la base de las reflexiones allí realizadas, desarrollaré luego (*sub III*) una propuesta de solución propia.

## II.

1. La doctrina hoy dominante relativa a los garantes se orienta, como es sabido, según el esquema de clasificación de la llamada teoría funcional, fundada por Armin KAUFMANN. Según ello, la posición de garante puede estar enderezada, por un lado, a vigilar determinadas fuentes de peligro, y, por otro, a proteger determinados bienes jurídicos frente a los peligros que los amenazan; habría entonces diferencias entre *garantes de vigilancia y de protección*<sup>7</sup>. Dentro de este

---

<sup>5</sup> JAKOBS, *Allg. Teil*, 2.<sup>a</sup> ed., 1991, 29/106; HÜWELS, *Fehlerhafter Gesetzesvollzug und strafrechtliche Zurechnung*, 1986, p. 217.

<sup>6</sup> Panorama del estado de las opiniones, en STEINDORF, *LK*, 11.<sup>a</sup> ed., 1997, § 324, n.<sup>o</sup> m. 63 ss.

<sup>7</sup> KAUFMANN, A., *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 283; HENKEL, *MschrKrim.*, 1961, p. 190; JESCHECK, *LK*, 11.<sup>a</sup> ed., 1993, § 13, n.<sup>o</sup> m. 19 ss.; RUDOLPHI, SK *StGB*, § 13, n.<sup>o</sup> m. 24 ss.; STREE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.<sup>a</sup> ed., 1997, § 13, n.<sup>o</sup> m. 9; JESCHECK/WEIGEND, *Allg. Teil*, 5.<sup>a</sup> ed. 1996, pp. 621 ss.; KÜHL, *Allg. Teil*, 1994, § 18, n.<sup>o</sup> m. 44 ss. MAURACH /GRÖSSEL/ZIPF, *Allg. Teil* 2, 7.<sup>a</sup> ed., 1989, § 46, n.<sup>o</sup> m. 64 s.; SCHMIDHÄUSER, *Allg. Teil*, 2.<sup>a</sup> ed., 1975, 16/39; WESSELS, *Allg. Teil*, n.<sup>o</sup> m. 716 ss.. La diferenciación entre deberes de protección

esquema de clasificación habitualmente es tratada también la cuestión que aquí interesa de la posición de garante del funcionario policial.

2. Se está ampliamente de acuerdo en que sólo bajo estrictos requisitos entra en consideración una *posición de garante de vigilancia* del funcionario policial, como fundamento de un deber de impedir delitos. La razón material de esta clase de posiciones de garante sería que la fuente de peligro a vigilar está sujeta al dominio jurídico del garante<sup>8</sup>. La responsabilidad por las consecuencias -más precisamente: el deber de impedir efectos dañosos de los actos de organización propios que gravan a terceros- aparece aquí como precio de la aprobación jurídica de la libertad de acción<sup>9</sup>. Por eso, en casos en que la fuente de peligro es una persona, entra en escena, como garante de vigilancia, sólo aquel a quien el Derecho le otorga un poder especial de supervisión y mando sobre la respectiva persona peligrosa. Por ello, dicho a modo de ejemplo, el funcionario policial que lleva detenido provisionalmente a alguien ante el juez de garantías, sería responsable, como garante de vigilancia, de que el detenido no cometiera en el camino (otros) delitos. En la relación normal Estado-ciudadano, faltaría el correspondiente dominio previo de la acción, por parte del policía; la policía y las autoridades del orden se hallarían aquí, frente a los ciudadanos que delinquen, únicamente en el marco de la relación *general* Estado-ciudadano<sup>10</sup>. Entonces, también en el caso inicial aquí planteado se excluiría una posición de garante de vigilancia del funcionario policial.

3. Está fuertemente discutida la cuestión de si, en casos de esta índole, le ataña al policía una *posición de garante de protección*. En esta controversia se refleja un

y de vigilancia se encuentra también en la bibliografía filosófica: BIRNBACHER, en BAYERTZ (comp.), *Verantwortung*, 1995, pp. 148 s.

<sup>8</sup> RUDOLPHI, JR, 1987, p. 337.

<sup>9</sup> JAKOBS, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 1996, p. 21.

<sup>10</sup> Tratan el deber del funcionario policial de impedir delitos como sub-caso de una posición de garante de seguridad solamente STREE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 13, n.º m. 52, y SCHMIDHÄUSER, *Allg. Teil*, 16/61. Lo rechaza en general la posición dominante; RUDOLPHI, SK StGB, § 13, n.º m. 36; *ídem*, JR 1987, p. 338; *ídem*, JR, 1995, p. 167; KÜHL, *Allg. Teil*, 1994, § 18, n.º m. 118; BRAMMSEN, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten*, 1986, p. 195; HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972, p. 356 y s., nota 73; LANDSCHEIDT, *Zur Problematik der Garantenpflichten aus verantwortlicher Stellung in bestimmten Räumlichkeiten*, 1985, pp. 107 y s.; SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, pp. 329, 363; *ídem*, GA, 1985, 380; SCHULTZ, *Amtswalterunterlassen*, 1984, pp. 112, 125, 160; HORN, NJW, 1981, p. 9; LAUBENTHAL, JuS, 1993, p. 908; TRÖNDLE, *Gedächtnisschrift für Kh. Meyer*, 1990, p. 620. Básicamente como la opinión dominante, también SEELMANN, NK, § 13, n.º m. 141, quien sin embargo reconoce una excepción para la relación entre el "hombre de confianza" [expresión para un particular que actúa como "agente encubierto" (N. de T.)] y el "líder del hombre de confianza" [expresión con que se designa al funcionario policial ante el que responde el "agente encubierto particular" (N. de T.)]; al respecto, también *ídem*, ZStW, t. 95 (1983), p. 815.

problema general. Se trata aquí de la circunstancia de que, dentro de la doctrina usual sobre garantes, hasta ahora se ha aclarado sólo insuficientemente cuáles son los elementos que distinguen *en general* a un garante de protección: un déficit que, por su parte, resulta nuevamente de dejar de lado la cuestión de si, para las constelaciones habitualmente resumidas bajo la etiqueta de las “posiciones de garante de protección”, se puede indicar un fundamento de legitimación material uniforme, y, en su caso, en qué reside éste (al respecto, con más detalle, *sub a*). El deficiente tratamiento de esta cuestión alcanza también el nivel de argumentación secundario, en el que está en juego la aplicación de aquellos principios a la *especial situación* del funcionario policial; la consecuencia es la de no poder resistirse a la impresión de cierta discrecionalidad sistemática de los puntos de vista allí defendidos (al respecto, *sub b*).

a) Primero, respecto del *déficit básico* del discurso habitual sobre los garantes de protección. Si quiero señalar los elementos constitutivos de un concepto jurídico – esto es, su extensión– y al hacerlo tengo una pretensión de fundamentación que vaya más allá del esfuerzo por una simple plausibilidad *ad hoc*, entonces tengo que señalar la idea básica que da sustento material a aquella atribución de los elementos (y acreditarla argumentalmente). En el lenguaje de la filosofía eso se lee del siguiente modo: la extensión de un concepto es una función de su intensión.

A esa comprensión se resiste ya el principio de la teoría de las funciones, con su diferenciación entre garantes de vigilancia y de protección. Los representantes de esta teoría se limitan, mayormente, a constatar los –supuestamente– distintos *contenidos de deber* de ambas clases de posiciones de garante, pero en general dejan de lado la pregunta de a qué *principios materiales* se deben, previamente, esas constataciones<sup>11</sup>. Pero este intento de eximir a la teoría de las funciones de exigencias de fundamentación hace a esa teoría refutable desde puntos de vista sistemáticos. Pues un mismo deber puede ser formulado tanto en la terminología de protección, como también en la de vigilancia; aisladamente consideradas, esto es, sin recurrir a los principios materiales que las fundamentan, ambas clases de posiciones de garante son en gran medida intercambiables. Así, conforme a una formulación que tiene buena acogida por su plasticidad, el garante de protección está caracterizado por el hecho de que él (precisamente) está “ubicado en su puesto” a

---

<sup>11</sup> Acertadamente, JAKOBS, *Allg. Teil*, 29/27: La teoría de las funciones no reemplaza una derivación a partir de una causa jurídica, sino que la presupone; asimismo, BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Allg. Teil*, 10.<sup>a</sup> ed. 1995, § 15, n.<sup>o</sup> m. 50; FRANK, *Strafrechtliche Relevanz rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungshandelns – erläutert am Beispiel der Gewässerverunreinigung*, tesis doctoral, Berlin 1985, pp. 98, 121; SCHULTZ, *JuS*, 1985, p. 271. Crítico respecto de la capacidad de rendimiento de la teoría de las funciones, también STRATENWERTH, *Allg. Teil*, 3 ed. 1981, n.<sup>o</sup> m. 990.

favor del bien jurídico en peligro y obligado a defenderlo<sup>12</sup>. Sin embargo, también el garante de vigilancia está obligado a proteger el bien jurídico en peligro; en palabras de RUDOLPHI, es su misión *proteger* a todos los bienes jurídicos de los peligros que se ciernen a partir de la amenaza de perjuicios por parte de la fuente de peligro vigilada<sup>13</sup>. A la inversa, la misión del garante de protección puede ser expresada sin más también en la terminología de “vigilancia”: según ello, el garante de protección está obligado a *vigilar* todas aquellas fuentes de peligro que puedan ser peligrosas para el bien jurídico cuya custodia le está encomendada<sup>14</sup>.

Por eso, la emancipación de las posiciones de garante de protección sólo puede pretender una justificación genuinamente sistemática y no sólo principalmente fenomenológica, si se logra asignar a esta clase de posición de garante un fundamento de legitimación sustancial autónomo –así como nosotros podemos divisar como raíz común de las posiciones de garante de vigilancia, para un ordenamiento jurídico liberal, un nexo constitutivo entre libertad de organización y responsabilidad por las consecuencias-. Del círculo de representantes de la teoría de las funciones fue sobre todo RUDOLPHI quien asumió esa tarea. Él ve el fundamento “también” de las posiciones de garante de protección en la “específica dependencia del garante que afecta al titular del bien jurídico”<sup>15</sup>. Esta dependencia específica derivaría de que el titular competente del bien jurídico sería *por sí mismo* total o parcialmente incapaz de protegerse o de proteger sus bienes jurídicos; para

<sup>12</sup> HENKEL, *MschirKrim.*, 1961, p. 190.

<sup>13</sup> RUDOLPHI, JR, 1987, p. 337 (destacado añadido).

<sup>14</sup> Ver RUDOLPHI, *Festschrift für Dünnebier*, 1982, p. 579. La intercambiabilidad de ambas clases de posiciones de garante ha sido observada con frecuencia en la doctrina: JAKOBS, *Allg. Teil*, 29/27; VON HEINTSCHEL-HEINEGG, *Prüfungstraining Strafrecht*, 1992, n.º m. 666; HÜWELS (nota 5), p. 81; ROGALL, *Die Strabarbeit von Amtsträger im Umweltbereich*, 1991, p. 225; ARTZ, JA 1980, p. 652. OTTO, *Allg. Teil*, 4.<sup>a</sup> ed., 1992, § 9 n.º m. 22, si bien su exposición tiene por fundamento la bipartición de la teoría de las funciones, remarca expresamente, sin embargo, que las dos clases de posiciones de garante no son estructuralmente diferentes. El déficit sistemático de la teoría de las funciones no puede ser eliminado juntando, simplemente, tal como recomiendan hacer algunos representantes de la teoría dominante (JESCHECK, *LK*, § 13 n.º m.19; KÜHL, *Allg. Teil*, § 18, n.º m. 46; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Allg. Teil* 2, § 46, n.º.m.64), la teoría de las funciones “material” con la (más antigua) teoría “formal” del deber jurídico; teniendo en cuenta sus conocidas falencias (crítica insistente en RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, 1966, pp. 27 ss.; resumidamente HÜWELS [nota 5] , pp. 91 s. ), la teoría formal del deber jurídico no está en posición de proporcionarle a la teoría de las funciones los fundamentos sustanciales faltantes.

<sup>15</sup> RUDOLPHI, JR, 1987, p. 338. Este punto de vista no es posible sin plausibilidad empírica; investigaciones psicológico-sociales han mostrado que la norma de responsabilidad social es desencadenada mediante la dependencia percibida por la persona necesitada de ayuda y que, usualmente, la disposición a ayudar es tanto mayor cuanto más dependiente de la ayuda es su receptor (al respecto BIERHOFF, en BAYERTZ [nota 7], p. 226, con otras referencias). En el marco de una teoría normativo-sistématica de los requisitos de fundamentación de la competencia, sin embargo, el discurso global de la dependencia es, en amplia medida, demasiado indiferenciado; al respecto, *sub b*).

compensar este déficit de protección, el orden jurídico lo pone bajo la custodia de un garante<sup>16</sup>. Esta reflexión, empero, se ajusta por igual a aquel que entra en contacto con una esfera de derechos ajena, de la cual pueden surgir potenciales amenazas para él: en razón de que el potencialmente amenazado tiene que respetar la libertad jurídica de actuar del otro, y, en esa medida, este otro está obligado, por su parte, a no irrumpir en la esfera de derechos que a él le es ajena. En otras palabras: bajo la caracterización de RUDOLPHI de las posiciones de garante de protección pueden ser subsumidas sin más también las posiciones de garante de vigilancia; eso demuestra que él, en su tratamiento de las posiciones de garante de protección, tampoco ha logrado salir del paradigma de dominio y responsabilidad por las consecuencias<sup>17</sup>.

b) Tras estas reflexiones preparatorias, a partir de ahora me aplico directamente a la cuestión cuyo esclarecimiento me propuse principalmente en esta contribución: la cuestión del deber de garante, del funcionario policial, de impedir delitos. La opinión dominante afirma, en principio, un correspondiente deber de garante de protección del policía<sup>18</sup>; el BGH confirmó expresamente esta concepción en una

<sup>16</sup> RUDOLPHI, JR, 1987, p. 338; *ídem*, *NStZ*, 1991, p. 336.

<sup>17</sup> También la literatura ética se concentra, según una constatación de BAYERTZ, en el modelo de la responsabilidad por las consecuencias de la acción, mientras que en gran medida guarda silencio respecto de otros modelos de fundamentación de la imputación, en particular aquel de la responsabilidad del que debe asistencia. Como ejemplo Bayertz se remite a William K. FRANKENA, quien en su obra estándar *Analytische Ethik*, si bien encuentra una diferencia clara entre la responsabilidad por acciones pasadas y la responsabilidad por tareas a realizar, en el texto siguiente sólo trata el primer tipo y ya no habla más del segundo; BAYERTZ, en *ídem* (nota 7), pp. 32 s., con nota 3.

<sup>18</sup> JESCHECK, LK, § 13, n.º m. 27, 29 (con restricciones, empero, JESCHECK/WEIGEND, *Allg. Teil*, p. 624); SEELMANN, NK, § 13, n.º m. 139; TRÖNDLE, *StGB*, 48.<sup>a</sup> ed. 1997, § 13, n.º m. 6a; KÜHL, *Allg. Teil*, § 18, n.º m. 84 ss.; OTTO, *Allg. Teil*, § 9, n.º m. 67 s.; OTTO/BRAMMSEN, *Jura*, 1985, p. 597; WESSELS, *Allg. Teil*, n.º m. 721; BÖHM, *Die Rechtpflicht zum Handeln bei den unechten Unterlassungsdelikten*, tesis doctoral, Berlín 1957, p. 71; *ídem*, *JuS*, 1961, p. 181; BÄRWINKEL, *Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1968 p. 74; BRAMMSEN (nota 10), pp. 193 ss.; DOLDI, *Die Rechtpflichten bei den Unterlassungsdelikten*, tesis doctoral, KIEL 1950, pp. 49 s.; FRANK (nota 11), p. 109 s.; FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, 1992, pp. 291 ss.; GALLAS, *Studien zum Unterlassungsdelikt*, 1989, p. 84; KREY (nota 2), n.º m. 500; LANDSBERG, *Die Rechtpflicht zur Verhinderung mit Strafe bedrohter Handlungen*, tesis doctoral, Hamburg 1956, pp. 61 ss.; ROGALL (nota 14), p. 228; SANGENSTEDT, *Garantenstellung und Garantepflicht von Amtsträgern*, 1989, pp. 606 ss.; SCHULTZ (nota 10), p. 161 ss.; WAGNER, *Amtsverbrechen*, 1975, pp. 251 ss.; *ídem*, *JZ*, 1987, p. 713; ARTZ, JA, 1980, p. 651; BERGMANN, *StV*, 1993, pp. 518 s.; HORN, *NJW*, 1981, p. 9 s.; LAUBENTHAL, *JuS*, 1993, p. 909; WERNICKE, *ZfW*, 1980, p. 263; en lo fundamental también Androulakis, *Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikten*, 1963, pp. 206 s. Desde el lado filosófico, de acuerdo, BIRNBACHER, *Tun und Unterlassen*, 1995, pp. 300 s. En rechazo RUDOLPHI, en *SK StGB*, § 13, n.º m. 36, 54b ss.; *ídem*, *Festschrift für Dünnebier*, p. 580; *ídem*, JR, 1987, pp. 336 ss.; *ídem*, JR, 1995, pp. 167 s.; GÜRBÜZ, *Zur Staffbarkeit von Amtsträgern im Umweltstrafrecht*, 1997, pp. 181, 183; HERZBERG (nota 10), p. 356; IMMEL, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Amtsträgern im Umweltstrafrecht*, 1987, pp. 183 s.; SCHÜNEMANN (nota 10), pp. 329, 363; *ídem*, *ZStW*, t. 96 (1984), p. 311; *ídem*, *GA*, 1985, p. 380; *ídem*, *Wistra*, 1986, pp. 243 s.; GRÜNWALD, *ZStW*, t. 70 (1958), p. 425, 428; HOHMANN, *NuR*, 1991, p. 12; MITSCH, *NStZ*, 1993, p. 384; RANFT, *JZ*, 1987,

decisión del año 1992<sup>19</sup>. Según las explicaciones de la sección precedente, esta concepción queda inmersa de antemano, sin embargo, en un dilema argumental: pues su fuerza de convicción se basa en una premisa que la teoría de las funciones precisamente no ha logrado hasta ahora justificar con argumentos: la premisa de la autonomía material de las llamadas posiciones de garante de protección. Pues si uno omite formular la pregunta por el fundamento de legitimación material, entonces, como se acaba de ver, la posición de garante de vigilador y la de protector son intercambiables a voluntad. Pero, entonces, se tropezará con los mayores reparos sistemáticos, en razón de que si bien se niega una posición de garante *de vigilancia* del policía, ésta se introduce en el paso siguiente con la valoración correcta, declarando al mismo policía garante *de protección*<sup>20</sup>. Expresado positivamente: sólo una autonomía de los *fundamentos jurídicos* de ambos grupos de casos puede dar sustento a la autonomía de los *resultados de la subsunción*, afirmada por la opinión dominante. Quien no pueda formular en general la autonomía de los fundamentos jurídicos, tendrá que llenar esas lagunas de fundamentación al tratar los grupos de casos particulares, mediante argumentos *ad hoc*, sin anclaje sistemático suficiente. Esa tendencia puede ser constatada, de hecho, en el tratamiento del problema que nos interesa.

aa) Los que abogan por una posición de garante de protección del funcionario policial se basan mayoritariamente en que su especial responsabilidad se origina en la aceptación de su cargo<sup>21</sup>. Pero de esta forma, figurativamente hablando, dan el segundo paso, sin haber justificado previamente el primero: fundamentan que una persona determinada –este funcionario policial– es titular de un deber propio de su función, garantizado penalmente; pero no demuestran (sino que lo presuponen calladamente) que este deber, según su contenido material, pueda desplegar, *si es* que puede hacerlo, una relevancia jurídico-penal<sup>22</sup>.

bb) Para fundamentar la *relevancia material* del deber de la función policial, se invoca como apoyo, mayoritariamente, la eficiencia supuestamente mayor de la ayuda

---

pp. 914 s.; ROEDER, *DStR*, 1941, pp. 112 s.; WINKELBAUER, *NStZ*, 1986, p. 151; *ídem*, *JZ*, 1986, p. 1120; probablemente también NESTLER, *GA*, 1994, p. 524. –contra un deber del funcionario policial (con esa generalidad, sin embargo, hoy ya no aceptado por nadie) de *impedir sencillamente acciones punibles*: DROST, *GS*, p. 109 (1937), p. 40 s.; GEILEN, *FamRZ*, 1961, p. 159.

<sup>19</sup> BGHSt., t. 38, pp. 388, 390.

<sup>20</sup> Esto fue desconocido por HORN, *NJW*, 1981, p. 9, y ROGALL (nota 14), p. 225. Reparos fundados en contra, en RUDOLPHI, *Festschrift für Dünnbier*, p. 579.

<sup>21</sup> JESCHECK, en: *LK* § 13, n.º m. 27, 29; KÜHL, *Allg. Teil*, § 18, n.º m. 84 ss.; BÄRWINKEL (nota 18), p. 74; OTTO, *Allg. Teil*, § 9, n.º m. 67 s.; OTTO/BRAMMSEN, *Jura*, 1985, p. 579; BERGMANN, *StV*, 1993, 518 s.; LAUBENTHAL, *JuS*, 1993, p. 909; asimismo (bajo el topos de la „garantía de seguridad“), SCHMIDHÄUSER, *Allg. Teil*, 16/61. En la fundamentación, asimismo, BIRNBACHER (nota 18), p. 300 s.

<sup>22</sup> Crítico con este enfoque también WAGNER (nota 18), p. 245.

policial; en palabras del BGH, los funcionarios policiales, en virtud de sus atribuciones estatales de intervención, pueden tomar medidas más efectivas que las que puede tomar el propio ciudadano amenazado<sup>23</sup>.

Si lo que con ello se quiere decir es que las *atribuciones* de intervención de la policía son en general más amplias que los derechos de defensa del mismo ciudadano agredido<sup>24</sup>, eso no es correcto<sup>25</sup>; dicho a modo de ejemplo, el uso de armas de fuego por parte del funcionario policial está sujeto a restricciones que no rigen para una persona privada<sup>26</sup>. Tampoco el criterio representado por una parte de la doctrina sobre el § 32, StGB, según el cual la defensa privada es inadmisible cuando la policía ya ha asumido la defensa<sup>27</sup>, puede sustentar la tesis de una preferencia general de competencia de la policía, respecto de los casos que aquí interesan; en éstos *falta*, precisamente, una asunción policial de la defensa.

Si, en cambio, tal como lo sugieren algunas formulaciones de la doctrina<sup>28</sup>, con la tesis de la eficiencia sólo se quiere decir que un funcionario policial, por su formación, equipamiento y experiencia profesional está en mejores condiciones para superar situaciones “críticas”, entonces, esa indicación padece del defecto de que prueba *demasiado*. Pues lo mismo vale también para una serie de personas que *se hallan fuera* del servicio policial (p. ej., para el ex policía que ha pasado a un servicio de policía privado); sin embargo, nadie llegaría a la conclusión de que tales personas, más allá de un deber de auxilio del § 323c, StGB, tengan una posición de garante de protección<sup>29</sup>.

Finalmente, el argumento tampoco puede ser salvado diciendo que a la mejor capacidad del funcionario policial para prestar ayuda se le sumaría aún, con todo, su deber de intervenir del derecho policial (lo que faltaría en el vigilante privado): dos tópicos de la argumentación, que por sí solos son respectivamente inidóneos para fundamentar la posición de garante, tampoco sumados ganan fuerza de convicción.

---

<sup>23</sup> BGHSt., t. 38, pp. 338, 390; de modo similar, LAUBENTHAL, *JuS*, 1993, p. 909.

<sup>24</sup> Así, en particular, BÖHM (nota 18), p. 71; *íd*em, *JuS*, 1961, p. 181. Crítica justificada a esa posición, en HÜWELS (nota 5), p. 103 ss.

<sup>25</sup> Así, también RUDOLPHI, *JR*, 1995, p. 168.

<sup>26</sup> JAKOBS, *Allg. Teil*, 12/41.

<sup>27</sup> JAKOBS, *Allg. Teil*, 12/45, con otras referencias.

<sup>28</sup> En particular, SANGENSTEDT (nota 18) p. 613.

<sup>29</sup> Así también RUDOLPHI, *JR*, 1995, p. 168.

cc) En la doctrina, en relajada adhesión a la terminología de la teoría de los sistemas, se hace frecuente operar con las categorías de "expectativa" y "confianza". Así, BRAMMSEN invoca que se puede constatar una expectativa de conducta dirigida por la sociedad al funcionario policial individual, de que, en su ámbito de tareas, preserve a las personas de resultados lesivos de bienes jurídicos<sup>30</sup>; según él, el acatamiento continuado de esas expectativas por la gran masa de funcionarios policiales condujo a una confianza correspondiente en la función de protección de la policía<sup>31</sup>.

Sin embargo, es poco claro qué es lo que entiende allí BRAMMSEN bajo los conceptos "expectativa" y "confianza". En tanto él quisiera derivar, de la circunstancia de que determinado contenido de una expectativa ha sido honrado hasta ahora por el Derecho penal, que eso tenga que ser así también en el futuro, ello sería una conclusión de deber ser, a partir del ser –el estado del Derecho hasta aquí–, extremadamente problemática desde el punto de vista lógico-argumentativo y que difícilmente resulte justa para la dinámica de la evolución del Derecho<sup>32</sup>. Si, en cambio, BRAMMSEN quiere atenerse a un entendimiento completamente normativo del concepto de expectativa, es decir, "expectativa" en el sentido de "tener derecho a esperar", seguirá siendo dudosa la cuestión de en qué ha de hallar esa expectativa su fundamento de legitimación: si no se debe desechar la argumentación de BRAMMSEN como *petitio principii*, sólo queda la posibilidad de sustentar la expectativa social de conducta que él afirma, dirigida a los policías, directamente en su deber de intervención del Derecho policial; una fundamentación que, ciertamente, conduce a una recaída en la teoría formal del deber jurídico, desacreditada en general desde hace tiempo<sup>33</sup>.

dd) Parece más convincente, a primera vista, la fundamentación que aduce SCHULTZ en favor de la opinión dominante. SCHULTZ intenta hacer fructíferas, también para la posición de garante del funcionario policial, ideas que desarrolló STREE para la asunción de peligros en la *relación ciudadano-ciudadano*<sup>34</sup>. Según su criterio, para fundamentar una expectativa de conducta jurídico-penalmente relevante es en general decisivo que el titular del bien jurídico haya renunciado a tomar determinadas medidas de seguridad propias. Si no hubiera policía, el ciudadano, según SCHULTZ, dependería nuevamente de medidas de seguridad privadas para

---

<sup>30</sup> BRAMMSEN (nota 10), p. 193; asimismo, OTTO/BRAMMSEN, *Jura*, 1985, p. 597; de modo similar, LAUBENTHAL, *Jus*, 1993, p. 909.

<sup>31</sup> BRAMMSEN (nota 10), p. 196; OTTO/BRAMMSEN, *Jura*, 1985, p. 597.

<sup>32</sup> Al respecto, críticamente también MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Allg. Teil 2*, § 46, n.º m. 62; SANGENSTEDT (nota 18), p. 148 s.

<sup>33</sup> Respecto de la crítica, véase las referencias de nota 14.

<sup>34</sup> STREE, *Festschrift für H. Mayer*, 1966, pp. 145 ss.

proteger sus bienes jurídicos. En la circunstancia de que el ciudadano no emplea esas medidas de seguridad privadas residiría la disposición, creadora de peligros, que sería imputable al Estado y también al policía competente, y a cuya compensación, por medio de su propia disposición a intervenir, el policía estaría obligado como garante<sup>35</sup>.

Esa fundamentación adolece, ante todo, del hecho de que SCHULTZ no hace suficiente justicia a la dimensión filosófico-política de su temática. SCHULTZ no tiene en cuenta el criterio, usual desde HOBBS, de que el acto de renuncia, fundamental para nuestra existencia como ciudadanos, reside *ya en el hecho* de que nos sometemos a un ordenamiento jurídico; antes bien, SCHULTZ pone en la base de sus afirmaciones, sin hacer reparos, la situación de un *ordenamiento jurídico ya constituido*. Sólo en razón de que implícitamente presupone como ya acaecido el establecimiento de la juridicidad entre los actores de su teoría, SCHULTZ puede hablar despreocupadamente de “bienes jurídicos”, que estarían asignados a determinados “titulares de bienes jurídicos”. Pero, sobre la base de una perspectiva en esa medida estrecha –tal como se habrá de mostrar enseguida–, pueden formularse objeciones fácilmente contra la tesis de SCHULTZ, de la renuncia de los ciudadanos al aseguramiento privado de sus bienes jurídicos. En el plano *empírico-real*, hay que remitirse, con SCHÜNEMANN, a las medidas de seguridad, frecuentemente muy amplias, a las que los ciudadanos –más precisamente: aquellos ciudadanos que disponen de los recursos financieros necesarios<sup>36</sup>– suelen recurrir en forma privada<sup>37</sup>. Y en el plano *jurídico-normativo*, se puede complementar esto haciendo hincapié en la atribución “gallarda”, como gusta decir, a ejercer legítima defensa o autoayuda, que les cabe a los ciudadanos. Invocando estas constataciones, entonces, también RUDOLPHI, entre otros<sup>38</sup>, niega la existencia de las –si así puedo decirlo– “autoprivaciones de poder” de los ciudadanos sostenidas por SCHULTZ, y, de ese modo, los presupuestos de una posición de garante de protección del Estado y sus funcionarios, más allá del ámbito de especiales relaciones de dependencia (en particular en las llamadas especiales relaciones de poder). Sin embargo, estos autores, a pesar de llegar a resultados que difieren de los de SCHULTZ, comparten un punto central de sus premisas: al igual que SCHULTZ, también sus adversarios parten, sin más, de la situación de un ordenamiento jurídico *ya establecido*; sólo bajo ese presupuesto es plausible la referencia a los *derechos* a ejercer legítima defensa y autoayuda que le caben a la víctima.

---

<sup>35</sup> SCHULTZ (nota 10), p. 161.

<sup>36</sup> ISENSEE, *Festschrift für Eichenberger*, 1982, p. 40.

<sup>37</sup> SCHÜNEMANN, *Wistra*, 1986, p. 243.

<sup>38</sup> Referencias, *supra*, nota 18.

Las cosas se presentan de otro modo cuando se traspasa el límite de aquella forma de consideración -dicho con una palabra pomposa- intralegal. Para ello hay que incluir en las reflexiones la situación previa al establecimiento de un ordenamiento jurídico -en la tradición del contrato social se habla, en esa medida, del estado de naturaleza-. Esta ampliación de la perspectiva hace posible que el acto de renuncia de los -posteriormente- ciudadanos, requerido por SCHULTZ, y la "especial dependencia" suya que resulta de esa renuncia conduzcan a su subordinación al ordenamiento jurídico como tal<sup>39</sup>. Para explicar esta afirmación quisiera recurrir brevemente a aquella teoría en la cual la idea del contrato social tuvo su realización probablemente más consecuente -la teoría de Thomas HOBBES-. Según HOBBES, el estado de naturaleza -el estado que resultaría, teóricamente, si cada órgano político de mando fuese retirado posteriormente en forma ficticia de la vida social<sup>40</sup>- es caracterizado por medio de un normativamente irrefrenable "derecho a todo"<sup>41</sup>. La circunstancia de que cada habitante del estado de naturaleza haga uso por la fuerza de este llamado "derecho" conduce a una situación que es extremadamente perjudicial para los intereses de cada individuo; la vida en el estado de naturaleza es normalmente angustiante y breve. Correspondientemente, el pasar a un estado de juridicidad está definido directamente por medio de la renuncia de todos los participantes a aquel "derecho a todo" y de la monopolización, por principio, del poder físico legítimo en el soberano. Esto tiene por consecuencia que, en el estado de juridicidad, los medios lícitos para la autoconservación sean limitados normativamente<sup>42</sup>. Desde el punto de vista de la dogmática jurídico-penal se desprende de allí que la legítima defensa propia y de terceros no constituyen, como a veces se acepta<sup>43</sup>, "reservas del *status naturalis* en el reino de la paz ciudadana", sino que se remontan a la autorización estatal<sup>44</sup>. Correspondientemente, es sabido que incluso el derecho a la legítima defensa, en tanto *derecho*, está sujeto a cualificaciones normativas, en forma de la necesidad y de las llamadas "limitaciones ético-sociales"<sup>45</sup>, cualificaciones que se explican por el hecho de que la propiedad y dignidad del agresor, de ser una persona de Derecho, nunca están completamente bajo su propio poder de disposición, y, por ello, tampoco puede ponerlas en juego totalmente mediante su conducta<sup>46</sup>.

<sup>39</sup> Así, también JAKOBS, *Allg. Teil*, 29/77d, nota 156a.

<sup>40</sup> HONNETH, *Kampf um Anerkennung*, 1994, p. 17.

<sup>41</sup> HOBBES, *Leviathan* (ed. por I. FETSCHER), 1984, cap. 14.<sup>o</sup>, p. 99.

<sup>42</sup> También SANGENSTEDT (nota 18), pp. 608, 617 s., y LAUBENTHAL, *JuS*, 1993, p. 909, observan que el principio preventivo-policial del monopolio estatal del poder admite medidas de protección privadas sólo como un modo de solución de emergencia.

<sup>43</sup> ISENSEE, *Festschrift für Eichenberger*, p. 27.

<sup>44</sup> Acertadamente, MERTEN, *Rechtsstaat und Gewaltmonopol*, 1975, p. 57; PERRON, en ESERL/PERRON (com.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, III, 1991, p. 87.

<sup>45</sup> Panorama en JESCHECK/WEIGEND, *Allg. Teil*, pp. 344 ss.

<sup>46</sup> Acertadamente, GRAFF ZU DOHNA, *Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen*, 1905, p. 132: "...también el delincuente debe ser respetado como miembro del Derecho". Respecto de los fundamentos, JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, 1997, pp. 101 s.

Por tanto, recién incluyendo en nuestras reflexiones el nivel de la fundamentación de un ordenamiento jurídico como tal podemos darle a la idea de renuncia introducida a la discusión por SCHULTZ un contenido plausible, a saber: el significado de una renuncia al “derecho a todo”, del estado de naturaleza. Tal como ya se mencionó, en SCHULTZ mismo queda oculta, sin embargo, la diferencia categorial entre un acto de asunción concreto dentro de un ordenamiento jurídico establecido y la fundamentación de este ordenamiento jurídico como tal. Formulado de otra forma -y anticipando ya las explicaciones subsiguientes-: El enfoque de SCHULTZ cubre el ámbito de los deberes institucionales<sup>47</sup>; sin razón, SCHULTZ trata el problema de la fundación de la paz social, cuya solución -como sabe la filosofía política desde HOBBES- *excede* las fuerzas de auto-regulación de la sociedad civil, en el marco de un sistema de categorías que fue desarrollado con el fin de ejecutar, justamente, aquella autoregulación dentro de la sociedad.

De esta forma recién está demostrado, sin embargo, que es *possible* construir un acto de renuncia de los ciudadanos y una “especial relación de dependencia” que resulta de ello, ya en el plano de la relación general Estado-ciudadano. Pero, en vista de los déficits *básicos* de legitimación de la teoría de las funciones, señalados en la primera parte de este trabajo, esta sola constatación aún no permite dar una respuesta suficientemente fundada a la cuestión que nos interesa. Antes bien, a partir del *sistema de las posiciones de garante* en su conjunto tiene que ser derivada aún la *causa jurídica* que pueda dar sustento material a admitir un deber jurídico-penal del funcionario policial de impedir delitos -y que a la vez pueda limitarlo-. Esta causa jurídica reside, como demostraré en la siguiente sección tercera de mis reflexiones, en que el Estado, representado por sus funcionarios, especialmente por el funcionario policial, es el que, al proteger los derechos de sus ciudadanos, recién hace que sean reales sus libertades jurídicas. Por tanto, el portador primario del cometido de impedir delitos es, dicho en lenguaje hobbesiano, el soberano -formulado de modo más moderno: el Estado como tal, concebido como “vida social consolidada”<sup>48</sup>, como institución-. De qué manera se asegura, desde el punto de vista de la organización, el cumplimiento de ese cometido dentro del Estado, especialmente a qué personas concretas se les impone, como funcionarios, el deber de intervenir es una cuestión de segundo orden frente a aquella asignación general de cometidos al Estado, y cuya respuesta se orienta según la organización estatal interna.

---

<sup>47</sup> JAKOBS, *Allg. Teil*, 29/76 nota 153; criticamente, además, HÜWELS (nota 5), pp. 118 ss.

<sup>48</sup> DURKHEIM, *Die Regeln der soziologischen Methode*, 3.<sup>a</sup> ed., 1995, p. 139.

Esto tiene por consecuencia que la prueba del fundamento y del alcance del deber de garante del funcionario policial de impedir delitos tenga que realizarse en dos pasos<sup>49</sup>. Primeramente debe ser demostrada la relevancia, para la teoría del Derecho penal, del cometido de “impedir delitos”, referida a la *institución “Estado”* (al respecto, *infra*, III.1). Luego debe ser revisada la cuestión de si la no realización de la prestación respectiva puede serle *imputada personalmente* al funcionario de cuya responsabilidad penal se trata, como infracción de *su deber* (al respecto, *infra* III.2). A aquellos que fundan la posición de garante del funcionario policial *directamente* en el punto de vista de la “asunción”<sup>50</sup>, se les debe reprochar, como ya se mencionó, el haber desconocido esa relación de grados.

### III.

1. a) En un sistema de Derecho penal orientado por el parámetro de la libertad como auto-legislación, también los deberes de garante impuestos a una persona de Derecho tienen que poder ser fundamentados como expresiones de su autonomía; por tanto, él tiene que ser ligado a tipos de obligación, cuya legitimidad no pueda negar razonablemente el obligado, según las determinaciones semánticas previas de la sociedad respectiva. Dado que por ordenamiento jurídico liberal se entiende, primariamente, aquel que le garantiza a sus ciudadanos el reconocimiento de libertad de organización, los deberes de garante tienen que presentarse, en cierto modo, como factores de costo de un balance, en cuya columna del haber esté la garantía de libertad de organización. Con esta perspectiva, entonces, los deberes de garante están legitimados por el hecho de que sustentan aquellas condiciones de la libertad de organización que ante todo hacen operable su reconocimiento por el Derecho, es decir, que la convierten en una parte de libertad *real*.

Ya en la sección inicial de mi trabajo me he referido a un primer grupo de posiciones de garante que se corresponden con esas exigencias: se trata, tal como yo deseo denominarlo, de los correlatos directos de la libertad de organización. Estas

<sup>49</sup> También distinguen entre genuinas tareas estatales y competencias de custodia dentro del estado JAKOBS, *Allg. Teil*, 29/77b; GALLAS (nota 18), p. 84; HÜWELS (nota 5 ), p. 145 ss., 203 ss.; SCHULTZ (nota 10), p. 128; WAGNER (nota 18), p. 251; SEELMANN, GA, 1989, p. 256.

<sup>50</sup> Más allá de ello, basar el deber de garante del funcionario policial en un acto de asunción (al menos) induce en malentendidos en otro sentido: dado que las expectativas en los policías obligados se orientan según su posición, *sin considerar las condiciones casuales al inicio de esa posición*, no interesa, a diferencia de lo que ocurre en los deberes de garante por asunción “comunes”, la cuestión de si, al ingresar en la posición, se anula una protección que en caso contrario subsistiría (así, para el caso paralelo del médico de servicio, también JAKOBS, *Allg. Teil*, 29/73); ejemplo de Jakobs, lug. cit.: también le cabe un deber de garante a impedir delitos, en el marco a determinar subsiguentemente, a aquel funcionario policial cuyo antecesor era un fracasado no calificado y que fue el único que se había postulado para cubrir esa posición.

posiciones jurídicas resumidas por la concepción tradicional bajo la designación de "posiciones de garante de vigilancia" se caracterizan por el hecho de que se remontan al sinalagma de la libertad de organización y la responsabilidad por las consecuencias, que constituye la condición básica para reconocer la libertad de acción. Esta libertad de organización concedida a las personas de Derecho individuales, empero, no puede ser percibida por parte de los miembros de la sociedad como libertad meramente *ficticia*, "en papeles", sino que tiene que serlo como libertad *real*. Un ordenamiento jurídico y social basado en la concesión recíproca de libertad de organización no puede estabilizarse, ni perdurar, a partir de sí mismo; antes bien, que esto se logre depende de complejas condiciones previas, integradas sobre todo -junto a factores como el de una socialización "condeccendiente" del sujeto de Derecho- por el rendimiento confiable de prestaciones acordes al orden, que una sociedad organizada descentralizadamente no puede garantizar de modo fiable por sus propias fuerzas. Las posiciones jurídicas que tienen por contenido la producción de prestaciones de esa índole pueden ser denominadas, adhiriéndonos a SEELMANN<sup>51</sup>, posiciones de garante "presupuestas", o, con JAKOBS<sup>52</sup>, posiciones de garante fundamentadas de modo institucional. Su legitimación sistemática por teoría de la libertad se deriva, como se dijo, del hecho de que ellas crean y mantienen una infraestructura cuya presencia hace aparecer las esferas de libertad de organización jurídicamente constituidas, de modo acorde al orden social, como ámbitos de acción *realmente disponibles*. Si tales prestaciones "infraestructurales" no son, en esa medida, para el establecimiento socialmente plausible de un sistema de libertad real, menos significativas que el instituto de la asunción de responsabilidad personal por los efectos de la propia libertad de acción, entonces, la garantía jurídico-penal de las instituciones competentes para producir aquellas prestaciones es tan legítima como la garantía de la conexión entre dominio y responsabilidad por las consecuencias<sup>53</sup>. Más aun: dado que la vinculación por conducta imputable tiene que presuponer cumplidas las condiciones de posibilidad infraestructurales del ser mismo práctico-jurídico, las obligaciones basadas en la segunda clase de posiciones de garante constituyen incluso formas de autovinculación sistemáticamente más básicas.

b) De este modo se ha esbozado un modelo de sistematización de las posiciones de garante que, a diferencia de la distinción tradicional entre garantes de vigilancia y de protección, no recurre a plausibilidades fenomenológicas superficiales, sino que se debe a un análisis de teoría de la libertad, orientado según el punto de vista de la *prestación* (dicho normativamente, es decir, prospectivamente: del *cometido*), y, en

---

<sup>51</sup> SEELMANN, GA, 1989, p. 256.

<sup>52</sup> JAKOBS, *Allg. Teil*, 29/28, 57 ss.

<sup>53</sup> De modo similar, SEELMANN, GA, 1989, p. 256, así como *ídem*, en NK, § 13, n.º m. 50. Con más detalle sobre la doctrina de los garantes aquí presupuesta, PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, pp. 127 ss., 194 ss.

este sentido, está fundado *materialmente*. En vista de la cantidad de cometidos que ha asumido el Estado moderno, se podrá discutir con toda razón, por cierto, en una serie de casos, si la no satisfacción conforme al ordenamiento de determinado cometido merece una sanción jurídico-penal<sup>54</sup>, pero el deber de los órganos estatales del que aquí se trata –de contraponerse a los abusos punibles de posiciones jurídicas de los ciudadanos–, constituye el núcleo del núcleo, por así decirlo, de los cometidos estatales<sup>55</sup>, que no ha sido puesto en duda ni por quienes abogan por un “Estado minimalista”, como Robert NOZICK<sup>56</sup>, ni por los representantes de una teoría del Estado “policéntrica”, orientada a la teoría de los sistemas, como Helmut WILLKE<sup>57</sup>.

De esto se deriva que las libertades que no se han impuesto, como señala BAUMANN, “(son) el papel sin valor en el que están escritas”<sup>58</sup>. Comoquiera que se ambicione el ideal de justicia consagrado en determinado ordenamiento jurídico, su realización siempre presupone *per se* un ordenamiento<sup>59</sup>. “Sí” –sí: precisamente si– “la justicia es discutible, no puede ponerse en duda el presupuesto bajo el cual se lleva a cabo la discusión. El presupuesto es que esté garantizado el ordenamiento estatal de la paz”<sup>60</sup>. No se deriva algo distinto si se cambia el nivel de la argumentación de *teoría de la libertad*, en el cual nos hemos movido hasta aquí, por una perspectiva *orientada a la inteligencia*, tal como subyace, de modo ejemplar, en la teoría del contrato social de HOBBES. La prestación estatal de asegurar la paz es aquella que, en la tradición de la teoría hobbesiana del contrato social, induce a los que contraen el contrato a aquella renuncia a su “derecho a todo”, que declaran por medio del ingreso al estado civil. El fin del acto de renuncia y de la consiguiente obediencia de los ciudadanos al soberano es, según la conocida formulación de HOBBES, la “protección”: en razón de que el soberano garantiza la protección de los ciudadanos, y mientras lo haga, ellos

<sup>54</sup> Fundamentos al respecto en JAKOBS, *Allg Teil*, 29/76 ss.; HÜWELS (nota 5), pp. 145 ss.. Los casos-límite reflejan, en primer lugar, las controversias inevitables en las sociedades modernas –concebidas “policéntricamente”, según una expresión de la teoría de los sistemas– sobre el significado de la libertad de determinados asuntos políticos y –estrechamente ligado a ello– sobre la función del Estado moderno. La existencia de una “zona gris” se deriva en forma primaria, así vista la cuestión, de la específica naturaleza del *objeto de referencia* de esta teoría –la sociedad moderna– y no constituye un defecto de la teoría misma. Definir el problema de las condiciones de plausibilidad de la sociedad previas al Derecho –en lugar de tomarlo en serio, como aquí–, según la naturaleza de la teoría tradicional de los garantes, caracterizada por la (pretendida) renuncia a una fundamentación material del deber, no representa una alternativa aceptable; la crítica contra los intentos de fundamentación tradicionales, desarrollada en la sección anterior de este trabajo, lo ha probado claramente para la temática que aquí interesa.

<sup>55</sup> En profundidad al respecto, ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, 1983; ídem, *Festschrift für Eichenberger*, p. 23; MERTEN (nota 44), pp. 29 ss.; EICHENBERGER, en ídem, *Der Staat der Gegenwart*, 1980, pp. 73 ss., 94.

<sup>56</sup> NOZICK, *Anarchie, Staat, Utopie* (sin año de edición), pp. 107 ss.

<sup>57</sup> WILLKE, *Ironie des Staates*, 1996, pp. 216 ss.

<sup>58</sup> BAUMANN, *Festschrift für Wassermann*, 1985, p. 255.

<sup>59</sup> HÜWELS, (nota 5), p. 161.

<sup>60</sup> ISENSEE, *Festschrift für Eichenberger*, p. 33.

renuncian a su libertad del estado de naturaleza<sup>61</sup>. Y dado que el Estado representa, antes que nada, “la superación institucionalizada de la guerra civil”<sup>62</sup>, protección significa, en primer lugar, “protección frente a delitos”, una tarea que compete, ante todo, a la policía, que no por casualidad ha surgido juntamente con el Estado moderno<sup>63</sup>.

Entonces, no es meramente *un* cometido, sino propiamente el cometido fundamentalísimo del Estado, el garantizar un estado de sociedad, en el que los delitos sean percibidos como excepciones –más incisivamente: como anomalías–, que no puedan conmover de modo considerable “el sentimiento básico que todos tienen del ordenamiento”<sup>64</sup>, *en concreto*: la convicción de los miembros de la sociedad de vivir en un estado de libertad real. En palabras del constitucionalista suizo Kurt EICHENBERGER: “No nos consolidamos como plaza de finanzas o como exportadores, sino como simples aldeas del Derecho garantizado”<sup>65</sup>. En esa medida es consecuente que hoy sea reconocido casi en forma unánime que la cláusula general policial –en tanto se trate de puestas en peligro de bienes jurídicos individuales– fundamenta verdaderos derechos públicos subjetivos del respectivo titular del bien jurídico, que, por tanto, la protección del ciudadano respectivo no constituye, como opina HERZBERG, un mero efecto reflejo y colateral del deber del servicio policial<sup>66</sup>. Ciertamente, los órganos legislativos estatales tienen un amplio margen discrecional, en lo que respecta al grado de garantía a alcanzar por parte del Estado; desde el punto de vista de la teoría de la libertad, el legislador no está obligado, p. ej., a imponerles a sus funcionarios un deber estricto de impedir delitos o incluso a concentrar unilateralmente en ese cometido los recursos financieros de que dispone. Las particularidades pueden ser dejadas de lado en este contexto; basta con que, en lo precedente, haya quedado presentada la *consideración teórico-penal general* del

<sup>61</sup> HOBBS, (nota 41), cap. 21.<sup>º</sup>, p. 171.

<sup>62</sup> ISENSEE (nota 55), p. 4; *ídem*, *Festschrift für Eichenberger*, p. 26; de modo similar SCHMITT, C. *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*, 1982, p. 72.

<sup>63</sup> SCHMIDTT (nota 62), p. 47. En la fundamentación de la posición de garante de los funcionarios policiales, de modo similar al del texto, JAKOBS, *Allg. Teil*, 29/77d. También GALLAS (nota 18), p. 84 y SANGENSTEDT (nota 18), p. 615 y s. basan el deber de garante del funcionario policial de impedir delitos principalmente en que los ciudadanos, al renunciar a medidas preventivas de auto-ayuda, le habrían encomendado su protección al Estado, que, por su parte, hace ejercer la creciente función de garante que de ello surge por sus órganos ejecutivos.

<sup>64</sup> HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (Obras, t. VII), 1970, § 268 Z.

<sup>65</sup> EICHENBERGER (nota 55), p. 82.

<sup>66</sup> De la bibliografía de Derecho policial, DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS (nota 2), pp. 402 ss.; de la doctrina de Derecho penal, KÜHL, *Allg. Teil*, § 18, n.<sup>º</sup> m. 86; FRANK (nota 11), p. 109 s.; WAGNER (nota 18), p. 251; LAUBENTHAL, *JuS*, 1993, p. 908. De otro criterio, HERZBERG (nota 10), p. 356; GÜRBÜZ (nota 18), pp. 181, 183; IMMEL (nota 18), pp. 183 s.; ZEITLER, *Die strafrechtliche Haftung für Verwaltungsentscheidungen nach dem neuen Umweltstrafrecht*, tesis doctoral en Tübingen 1982, p. 77; de modo similar, anteriormente, ROEDER, *DStR*, 1941, pp. 112 s.; contra éste, ya DOLDI (nota 18), p. 50.

cometido “impedir delitos”. Con ello está contestada la primera y material cuestión básica, relativa a la imputación, de aquellas dos distinguidas al comienzo de esta sección.

2. Resta explicar los problemas que se presentan en el marco del, así llamado por mí más arriba, nivel de imputación *personal*, de la imputación al funcionario en concreto. No *cualquier* funcionario en *toda* circunstancia está penalmente obligado *en forma incondicional* a impedir delitos de los que sea testigo. Pero, ¿cuándo existe tal obligación? Para responder esta pregunta no hace falta más que tener en cuenta la relación sistemática arriba elaborada del nivel de imputación personal con el institucional. En esto quisiera entrar, concluyendo, con un poco más de precisión.

a) En el marco de la imputación personal solamente entran en cuestión las condiciones bajo las cuales un cometido estatal se actualiza en la persona de un funcionario concreto –aquí: determinado funcionario policial-. Por eso, el funcionario policial cuyo deber de garante está en discusión tiene que ser visto, desde la perspectiva de un observador objetivo que sea ajeno a la función pública, *en su rol de representante del Estado* respecto de su cometido de impedir delitos, es decir, de funcionario obligado a actuar preventivamente, con competencia territorial y material. Ello falta cuando el tercero, en la situación del delito cuyo no impedimento se le atribuye a aquél, no lo clasificaría en forma actual en la organización de protección predispuesta por el Estado.

Así ocurre, por un lado, cuando el funcionario en cuestión constata el delito *fuerza de su rol preventivo de servicio* –esto es, o bien como persona privada o bien, en todo caso, fuera de su competencia territorial y material como órgano preventivo<sup>67</sup>–. Por ello, ni al policía que en su *tiempo libre* visita un establecimiento en el que sabe que se ejerce la prostitución<sup>68</sup>, ni a aquel que lo hace durante sus actividades policíacas de índole *criminal*<sup>69</sup>, les alcanza un deber de garante, reforzado penalmente, de impedir el ejercicio *futuro* de la prostitución<sup>70</sup>. Por tanto, que un conocimiento

<sup>67</sup> BGHSt., t. 38, pp. 388, 390 s.; TRÖNDLE, § 13, n.<sup>o</sup> m. 6a, WESSELS, *Allg. Teil*, n.<sup>o</sup> m. 721.

<sup>68</sup> BGHSt., t. 38, p. 388.

<sup>69</sup> BGH, NJW, 1989, p. 914, con nota de BOTTKE, JR, 1989, p. 433.

<sup>70</sup> Respecto del deber de garante de un funcionario público que actúa en el ámbito de regulaciones de derechos especiales se derivan otras restricciones, a partir de la circunstancia de que la tarea que tiene que desempeñar en el marco de su competencia debe coincidir, desde su ámbito de protección, con el tipo penal (SCHULTZ [nota 10], p. 73; véase también BÖHM [nota 18], pp. 72 y s.). Para mayor ilustración, remítense a un caso en el que el BGH había condenado A por complicidad en el favorecimiento de la prostitución (§§ 180a, 27, StGB), en razón de que A, como director del ente de control competente, había omitido proceder, según el derecho de hostelerías, contra un club en el cual, tal como él

especial del funcionario policial obtenido fuera del servicio no fundamenta un deber de garante no se deriva recién de su derecho a una esfera privada (basado en la idea de la dignidad del hombre)<sup>71</sup>, sino ya de la propia estructura sistemática del deber de garante respectivo<sup>72</sup>.

Por otro lado, por carecer de una posición de representante reconocible desde afuera, tampoco lo alcanza un deber de garante de impedir delitos a aquel policía que “da parte de enfermo” y que por este motivo falta sin razón al servicio. Forma parte de las incumbencias de la institución “Estado” –en esa medida, representado por el superior del servicio del funcionario respectivo– el tener que contar con cierto porcentaje de partes de enfermo y, no obstante ello, asegurar el cumplimiento de sus cometidos (los de la institución) frente a su medio social<sup>73</sup>.

sabía, se favorecía, mediante ciertas medidas, el ejercicio de la prostitución, en los términos del §180a, párr. 1, n.º 2, StGB. La Sala parte de la base, correctamente, de que el §180a, párr. 1, n.º 2, StGB, protege a quienes ejercen la prostitución. Pero los deberes de la ley de hostelerías, cuyo cumplimiento A debía controlar, existen, al contrario, no por razones de protección individual, sino por razones de protección pública. Por ello, ya por esa razón habría sido correcto negar el deber de garante de A; así también OTTO, *Allg. Teil*, § 9, n.º m. 70; WINKELBAUER, JZ, 1986, p. 1120; lo rechazan, además, JESCHECK/WEIGEND, *Allg. Teil*, p. 624; en las consecuencias, de acuerdo con el BGH, WAGNER, JZ, 1987, p. 713.

<sup>71</sup> Así, a modo de ejemplo, ANTERIST, *Anzeigepflicht und Privatsphäre des Staatsanwaltes*, 1968, p. 68; KRAUSE, JZ, 1984, p. 550.

<sup>72</sup> Ciertamente, queda intacta la posibilidad de una sanción del derecho disciplinario; al respecto ANTERIST (nota 71), pp. 71 ss.; KRAUSE, GA, 1964, p. 119. Fundamentan la ausencia de un deber de garante penalmente relevante en estos casos, de modo similar a como se lo hizo aquí, JAKOBS, *Allg. Teil*, 29/77e, nota 156e; HÜWELS (nota 5), p. 205; WAGNER (nota 18), pp. 254, 296 (allí en relación con la problemática paralela del encubrimiento); LAUBENTHAL, JuS, 1993, p. 912. En las consecuencias coincidiendo con la posición aquí expuesta, BÖHM (nota 18), p. 72; *íd*em, JuS, 1961, p. 181; BERGMANN, StV, 1993, p. 519; MITSCH, NStZ, 1993, p. 384; En relación con la cuestión paralela en caso de encubrimiento, v. además SAMSON, en SK StGB, § 258a, n.º m. 14; ANTERIST (nota 71), pp. 58 ss., 87; HÜWELS (nota 5), p. 205; SANGENSTEDT (nota 18), pp. 539 ss.; BOTTKE, JR, 1989, p. 433; GEERDS, *Gedächtnisschrift für Schröder*, 1978, pp. 395, 405; KRAUSE, GA, 1964, pp. 115 ss.; *íd*em, JZ, 1984, pp. 549 s.. Según el planteamiento aquí efectuado, no puede ser reconocida una excepción al principio de no considerar conocimientos obtenidos en forma privada (es decir, ajenos al rol) para el caso de delitos particularmente graves, tal como es aceptada por el BGH (BGHSt., t. 38, pp. 388, 391 s.; TRÖNDLE, § 13, n.º m. 6a; de modo similar, STREE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 13, n.º m. 52; para la inclusión de informes obtenidos fuera del servicio sobre delitos capitales, también BRAMMSEN [nota 10], p. 195; correspondientemente para la problemática paralela respecto del § 258a, StGB, RUSS, en LK, 11.<sup>a</sup> ed., 1994, § 258a, n.º m. 7; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Allg. Teil*, 2, § 46, n.º m. 72). Pues si la externalización del propio rol de representante es irrenunciable, desde el punto de vista sistemático, para fundamentar la imputación, entonces es imposible disimular ese requisito en el caso particular mediante el criterio de la “gravedad”. A ello se suman reparos en razón del mandato de determinación del art. 103, párr. 2.<sup>º</sup>, GG, pero, desde el punto de vista sistemático, ellos tienen importancia solamente secundaria.

<sup>73</sup> En las consecuencias como aquí, también ARZT, JA, 1980, p. 651; HORN, NJW, 1981, p. 9, nota 114.

b) No menos significativo que la recién explicada cualidad de representante del funcionario policial potencialmente obligado como garante es un segundo factor de restricción. Ese factor restrictivo se deriva, asimismo, de la circunstancia de que el deber del funcionario policial individual de impedir delitos halla su razón sistemática de validez en el correspondiente cometido del Estado en tanto institución. Tal como se explicó en puntos anteriores, ese cometido tiene por contenido solamente la instauración de una “infraestructura de seguridad” socialmente aceptable. A los parlamentos competentes les queda un considerable margen discrecional para transformar estas exigencias generales en deberes de roles de grupos concretos de funcionarios públicos. Tal como se mencionó al comienzo, lo han utilizado los legisladores de las leyes policiales, en tanto éstas deparan a la *discreción* de los funcionarios policiales competentes la cuestión de si se debe intervenir, y, dado el caso, de qué modo, contra perturbaciones de la seguridad pública.

También el Derecho penal tiene que tener en cuenta estas directrices jurídico-policiales; en el nivel de la imputación personal, se trata en él tan sólo de los deberes de los funcionarios públicos *como* funcionarios públicos, esto es, en un rol que ya está muy preconfigurado jurídicamente. La así llamada “accesoriedad del Derecho penal respecto del Derecho administrativo”, que es reconocida en general en el Derecho penal del medio ambiente<sup>74</sup>, vale en la misma medida también para los grupos de casos que aquí interesan; aquí como allí las reglas del Derecho material administrativo no pueden ser “arrolladas”<sup>75</sup> por el Derecho penal. Por ello, sólo entra en consideración un deber de garante del funcionario policial que no interviene, cuando “la posibilidad de actuar del policía se convierte en deber”<sup>76</sup>, cuando, entonces, dicho en términos del Derecho administrativo, existe una “reducción de la discrecionalidad a cero”<sup>77</sup>. Por consiguiente, no basta la mera deficiencia en el ejercicio de la discreción, si se decide no actuar<sup>78</sup>, en tanto un funcionario policial en ejercicio de la discreción que le compete conforme al ordenamiento habría podido llegar igualmente a la conclusión de no intervenir<sup>79</sup>.

---

<sup>74</sup> Un panorama en HORN, en *SK StGB*, previo al § 324, n.<sup>o</sup> m. 6 ss.

<sup>75</sup> PAPIER, *NJW*, 1988, p. 1114.

<sup>76</sup> ISENSEE (nota 55), p. 54.

<sup>77</sup> Así, también SEELMANN, en *NK*, § 13, n.<sup>o</sup> m. 139; KÜHL, *Allg. Teil*, § 18, n.<sup>o</sup> m. 87; OTTO, *Allg. Teil*, § 9, n.<sup>o</sup> m. 68; OTTO/BRAMMSEN, *Jura*, 1985, p. 597; BRAMMSEN (nota 10), p. 194; HÜWELS (nota 5), p. 178; ROGALL (nota 14), p. 228; SCHULTZ (nota 10), pp. 162 s.; TRIFFTERER, *Umweltstrafrecht*, 1980, p. 138; WAGNER (nota 18), pp. 249 ss.; BERGMANN, *StV*, 1993, p. 518; WERNICKE, *ZfW*, 1980, p. 263.

<sup>78</sup> Así, empero, probablemente STREE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 13, n.<sup>o</sup> m. 52; ZEITLER, *NStZ*, 1984, p. 220; oscuro, HORN, *NJW*, 1981, p. 9; MÖHRENSCHLAGER, *NuR*, 1983, pp. 212 s.

<sup>79</sup> Acertadamente, GÜRBÜZ (nota 18), pp. 93 s.; GEISLER, *NJW*, 1982, p. 13; PAPIER, *NuR*, 1986, p. 7 (en cada caso referidos al caso especial del Derecho penal del medio ambiente).

Ejemplo: Por pereza, un funcionario policial no impide un hurto que ve desde su patrullero. Pero otro policía, leal al deber, habría reconocido que intervenir en la situación concreta habría podido acarrear considerables peligros para terceros no participantes y, por esa razón, igualmente se habría abstenido de intervenir. Si bien el policía indiferente ha ejercido la discreción de modo deficiente, no se ha comportado de modo contrario a un deber de garante, por faltar la “reducción de la discrecionalidad a cero”. Sigue algo distinto, ciertamente, en el caso enunciado al comienzo. En él no se vislumbran razones por las que un funcionario leal al deber se hubiera abstenido de intervenir, de modo que muy probablemente se deba afirmar una reducción de la discreción a cero y, con ello, también un deber de garante jurídico-penal por parte de P.

Con mis explicaciones me he esforzado por satisfacer una doble pretensión. Desde el punto de vista *sustancial*, espero haber mostrado que considerar a los funcionarios policiales garantes de impedir delitos de ningún modo conduce a un desborde, objetable desde la perspectiva del Estado de Derecho, de los deberes de garante del Estado<sup>80</sup>. Desde el punto de vista *metodológico*, en mi exposición se trató de ilustrar, prioritariamente, por medio de una problemática que a primera vista impresiona como bastante especial, mi convicción sobre la importancia del pensamiento de filosofía del Derecho para el tratamiento sistemáticamente convincente de numerosas cuestiones de dogmática penal. Finalmente, se halla el pensar en el sistema por medio del cual la ciencia del Derecho penal sirve de modo eficaz a la meta del Estado de Derecho.

### ***Bibliografía citada***

ANDROULAKIS, Nikolaos K., *Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin-München 1963.

ANTERIST, Heinz, *Anzeigepflicht und Privatsphäre des Staatsanwaltes*, Berlin 1968.

ARTZ, Günther, “Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt”, JA, 1980.

BÄRWINKEL, Richard, *Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin 1968.

BAUMANN, Jürgen, *Festschrift für Wassermann*, Darmstadt 1985.

---

<sup>80</sup> Al respecto, en profundidad, RUDOLPHI, en: SK StGB, § 13, n.º m. 54d; *ídem*, *Festschrift für Dünnebier*, p. 580; *ídem*, JR, p. 336; *ídem*, NStZ, 1991, p. 363; *ídem*, JR, 1995, p. 168.

BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Allgemeiner Teil*, 10<sup>a</sup> ed., Bielefeld 1995.

BAYERTZ, Kurtz (ed.), *Verantwortung: Prinzip oder Problem?*, Darmstadt 1995.

BERGMANN, Matthias, " BGHSt 38, 388 ff. mit Anmerkungen", *StV*, 1993.

BIERHOFF, en BAYERTZ (ed.), *Verantwortung: Prinzip oder Problem?*, Darmstadt 1995.

BIRNBACHER, en BAYERTZ (ed.), *Verantwortung: Prinzip oder Problem?*, Darmstadt 1995.

BIRNBACHER, Dieter, *Tun und Unterlassen*, Stuttgart 1995.

BÖHM, Alexander, "Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung", *JuS*, 1961.

BÖHM, Alexander, *Die Rechtspflicht zum Handeln bei den unechten Unterlassungsdelikten*, thesis doctoral, Berlin 1957.

BOTTKE, Wilfried, "Bemerkungen zum Beschuß des BayOb1G zu § 113 StGB vom 29.3.1988 - RReg. 3 St 247/87", *JR*, 1989.

BRAMMSEN, Joerg, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten*, Berlin 1986.

DOLDI, Günther, *Die Rechtspflichten bei den Unterlassungsdelikten*, Kiel 1950.

DROST, "Der Aufbau der Unterlassungsdelikte", *GerS* (109), 1937.

DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, *Gefahrenabwehr*, 9<sup>a</sup> ed., Köln-Berlin-Bonn-München 1986.

DURKHEIM, Émile, *Die Regeln der soziologischen Methode*, 3<sup>a</sup> ed., Frankfurt am Main 1995.

EICHENBERGER, Kurt, *Der Staat der Gegenwart*, Frankfurt am Main 1980.

ESERL/PERRON (dir.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, III, Freiburg 1991.

FRANK, Rainer, *Strafrechtliche Relevanz rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungshandelns – erläutert am Beispiel der Gewässerverunreinigung*, Berlin 1985.

FREUND, Georg, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, Köln-Berlin-Bonn-München 1992.

GALLAS, Wilhelm, *Studien zum Unterlassungsdelikt*, Heidelberg 1989.

GEERDS, Friedrich, en STREE (dir.), *Gedächtnisschrift für Schröder*, München 1978.

GEILEN, Gerd, "Garantenpflichten aus ehelicher und eheähnlicher Gemeinschaft", *FamRZ*, 1961.

GEISLER, "Strafbarkeit von Amtsträgern im Umweltrecht", *NJW*, 1982.

GRAFF ZU DOHNA, *Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen*, 1905.

GRÜNWALD, Gerald, "Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte", *ZStW* (70), 1958.

GÜRBÜZ, Sabahat, *Zur Strafbarkeit von Amtsträgern im Umweltstrafrecht*, Berlin 1997.

HEGEL, Georg W., *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (Obras, t. VII), Frankfurt/M. 1970.

HENKEL, Heinrich, "Das Methodenproblem bei den unechten Unterlassungsdelikten", *MschR Krim.*, 1961.

HERZBERG, Rolf D., *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin 1972.

HOBBES, Thomas, *Leviathan*, 1984.

HOHMANN, Harald, "Wasserrechtliche Pflichten und Strafbarkeit der Wasserbehörden für unbefugte Gewässerverschmutzung durch Unterlassen", *NuR* (13), 1991, pp. 8-13.

HONNETH, Axel, *Kampf um Anerkennung*, Frankfurt/M. 1994.

HORN, Eckhard, "Strafbares Fehlverhalten von Genehmigungs- und Aufsichtsbehörden?", *NJW*, 1981.

- en *Systematisches Kommentar zum StGB*.

HÜWELS, Hermann, *Fehlerhafter Gesetzesvollzug und strafrechtliche Zurechnung*, Berlin 1986.

IMMEL, Burkhard, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Amtsträgern im Umweltstrafrecht*, Frankfurt am Main 1987.

ISENSEE, Josef, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, Berlin 1983.

- en *Festschrift für Eichenberger*, Frankfurt/M. 1982.

JAKOBS, Günther, *Norm, Person, Gesellschaft*, Berlin 1997.

- *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 1996.

- *Allgemeiner Teil*, 2<sup>a</sup> ed., Berlin 1991.

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Leipziger Kommentar*, 11<sup>a</sup> ed., 1993.

JESCHECK/WEIGEND, *Allgemeiner Teil*, 5<sup>a</sup> ed., Berlin 1996.

KAUFMANN, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen 1959.

KRAUSE, F.-W., "Erfüllt die Nichtverfolgung durch den Staatsanwalt bei privat erlangter Kenntnis den Tatbestand des § 346 StGB?", *GA*, 1964, pp. 110 y ss.

- "Verfolgungspflicht bei privater Kenntnis und Strafvereitelung im Amt", *JZ*, 1984, pp. 548 y ss.

KREY, Wolker, *Rechtsprobleme des strafprozessualen Einsatzes Verdeckter Ermittler*, 1993.

KÜHL, Kristian, *Allgemeiner Teil*, München 1994.

LANDSBERG, Wolfgang, *Die Rechtspflicht zur Verhinderung mit Strafe bedrohter Handlungen*, thesis doctoral, Hamburg 1956.

LANDSCHEIDT, Christoph, *Zur Problematik der Garantenpflichten aus verantwortlicher Stellung in bestimmten Räumlichkeiten*, Berlin 1985.

LAUBENTHAL, Klaus, "Strafrechtliche Garantenhaftung von Polizisten und außerdienstliche Kenntniserlangung - BGH, NJW 1993, 544", *JuS* (11), 1993.

MAURACH /GRÖSSEL /ZIPF, *Allgemeiner Teil 2*, 7<sup>a</sup> ed., Heidelberg 1989.

MERTEN, Detlef, *Rechtsstaat und Gewaltmonopol*, Tübingen 1975.

MITSCH, Wolfgang, "Außerdienstliche Kenntnis von Prostitution", *NStZ* (8), 1993.

MÖHRENSCHLAGER, Manfred, "Neuere Entwicklungen im Umweltstrafrecht des Strafgesetzbuches", *NuR*, 1983, pp. 209-218.

NESTLER, Cornelius, "Die strafrechtliche Verantwortlichkeit eines Bürgermeisters für Gewässerverunreinigungen der Bürger", *GA*, 1994.

NOZICK, Robert, *Anarchie, Staat, Utopie* (sin año de edición).

OTTO/BRAMMSEN, "Die Grundlagen der strafrechtlichen Haftung des Garanten wegen Unterlassens", *Jura*, 1985.

OTTO, Harro, *Allgemeiner Teil*, 4<sup>a</sup> ed., Berlin 1992.

PAPIER, Hans-Jürgen, "Strafbarkeit von Amtsträgern im Umweltrecht", *NJW*, 1988.

- "Zur Disharmonie zwischen verwaltungs- und strafrechtlichen Bewertungsmaßstäben im Gewässerstrafrecht", *NuR*, 1986, pp. 1-8.

PAWLIK, Michael, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, München 1999.

RANFT, Otfried, "Rechtsprechungsbericht zu den Unterlassungsdelikten", *JZ*, 1987.

ROEDER, "Zum Standortproblem der unechten Unterlassungsdelikte", *DStR*, 1941.

ROGALL, Klaus, *Die Strafbarkeit von Amtsträger im Umweltbereich*, 1991.

RUDOLPHI, Hans-Joachim, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, Göttingen 1966.

- en HANACK (dir.), *Festschrift für Dünnebier*, Berlin 1982.

- "Anmerkung zu BGH", *JR*, 1987, pp. 335 y ss.

- "Unterlassene Hilfeleistung durch Polizeibeamte", *NStZ* (5), 1991, pp. 236-239.

- "Der Dienstvorgesetzte als Garant für die gesetzmäßige Bestrafung seiner Untergebenen", *NStZ* (5), 1991, pp. 361-367.

- *JR*, 1995.

- *Systematisches Kommentar zum StGB.*

RUSS, en *LK*, 11<sup>a</sup> ed., 1994.

SAMSON, Erich, en *Systematisches Kommentar zum StGB.*

SANGENSTEDT, Christof, *Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern*, Frankfurt am Main 1989.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Allgemeiner Teil*, 2<sup>a</sup> ed., Tübingen 1975.

SCHMITT, Carl, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*, Köln 1982.

SCHULTZ, Michael, *Amtswalterunterlassen*, Berlin 1984.

- "Aufhebung von Garantenstellungen und Beteiligung durch Unterlassen – BGH NJW 1984, 2639", *JuS*, 1985, pp. 279 y ss.

SCHÜNEMANN, Bernd, "Die Strafbarkeit von Amtsträgern im Gewässerstrafrecht", *wistra*, 1986.

- "Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars", *GA*, 1985.

- "Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen", *ZStW* (96), 1984.

- *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen 1971.

SEELMANN, Kurt, "Die Strafbarkeit des Lockspitzels und des Verlockten", *ZStW* (95), 1983.

- "Opferinteressen und Handlungsverantwortung in der Garantenpflicht-dogmatik", *GA*, 1989.

- "§ 13", en *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*.

STEINDORF, *LK*, 11<sup>a</sup> ed., 1997.

STRATENWERTH, Günter, *Allgemeiner Teil*, 3<sup>a</sup> ed., München 1981.

STREE, Walter, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 25<sup>a</sup> ed., München 1997.

STREE, Walter, en GEERDS/NAUCKE (dir.), *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Hellmuth Mayer*, Berlin 1966.

TRIFFTERER, Otto, *Umweltstrafrecht*, Baden-Baden 1980.

TRÖNDLE, Herbert, "Verwaltungshandeln und Strafverfolgung – konkurrierende Instrumente des Umweltrechts?", en GEPPERT/DEHNICKE (dir.), *Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer*, Berlin 1990, pp. 607 y ss.

TRÖNDLE, Herbert, en DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 48<sup>a</sup> ed., 1997.

VON HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd, *Prüfungstraining Strafrecht*, Berlin 1992.

WAGNER, "Die Rechtsprechung zu den Straftaten im Amt seit 1975 - Teil 2", *JZ*, 1987, pp. 662-663.

WAGNER, Heinz, *Amtsverbrechen*, Berlin 1975.

WERNICKE, "Zur Strafbarkeit der Amtsträger von Wasseraufsichtsbehörden bei Unterlassungen", *ZfW*, 1980, pp. 261 y ss.

WESSELS, Johannes, *Allgemeiner Teil*, 27<sup>a</sup> ed., Heidelberg 1997.

WILLKE, Helmut, *Ironie des Staates*, Frankfurt am Main 1996.

WINKELBAUER, "Anm. zu BGH, Beschl. V. 15.7.1986 - 4 StR 301/86", *JZ*, 1986.

- "Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Amtsträgern im Umweltstrafrecht", *NStZ*, 1986.

ZEITLER, Stefan, *Die strafrechtliche Haftung für Verwaltungsentscheidungen nach dem neuen Umweltstrafrecht*, tesis doctoral, Tübingen 1982.

ZEITLER, "Anmerkung zum Bescheid der GenStA Hamm von 23.8.1983", *NStZ*, 1984, pp. 219 y ss.