



## El requisito de legalidad de la acción del servicio (&113-III STGB). Un ejemplo del conflicto libertad ciudadana-seguridad estatal

Antonio M.<sup>a</sup> Javato Martín

Profesor Asociado de Derecho penal Doctor  
en Derecho Universidad de Valladolid

*SUMARIO: I. Introducción. Planteamiento. II. Clasificación dogmática. 2.1. Situación anterior a la reforma de 1970. 2.2. La reforma de 1970. Estado actual de la cuestión. III. Los presupuestos de la "legitimidad de la acción oficial". 3.1. El concepto penal de conformidad a derecho o la teoría del deber del cargo (Amtspflichttheorie). 3.2. La teoría objetivo-material (Gesetzsmässigkeitstheorie). 3.3. La teoría de la eficacia (Wirksamkeitstheorie). 3.4. La teoría de la ejecutabilidad (Vollstreckbarkeitstheorie). 3.5. El concepto material de conformidad a derecho sostenido por el BverfG. IV. Toma de posición.*

### I. Introducción. Planteamiento

El presente trabajo tiene por objeto el análisis histórico dogmático del requisito de legalidad de la actuación pública consagrado en el n.º 3 del & 113 del Código penal alemán, de la resistencia contra funcionario ejecutor<sup>1</sup>. La interpretación de este requisito introducido en su día en el Código imperial, rompiendo con el modelo autoritario sostenido por el Código prusiano de 1851, va a ser objeto de una enconada polémica en la literatura y jurisprudencia alemana. Y ello pues late en el mismo, la tensión entre dos constelaciones de valores, la eficiencia del aparato estatal por un lado y la libertad ciudadana por otro.

Dicha problemática conflictual se canaliza a través de dos tipos de cuestiones: –La clasificación dogmática de la cláusula de conformidad a derecho ligada al tema del error

–La fijación de sus presupuestos materiales, es decir, la determinación de su contenido, cuestión en la que ha prevalecido un concepto jurídico penal específico de conformidad a derecho de carácter restrictivo incubado ya por el *PObTr* (Tribunal Supremo de Prusia) frente a cualquier otra concepción proporcionada por el Derecho público en general<sup>2</sup>.

### II. Clasificación dogmática

#### 2.1 Situación anterior a la reforma de 1970

La incardinación del requisito de conformidad a derecho en la descripción típica en el Código de 1870 favore-

1 (1) *El que resiste con violencia o amenaza de violencia a un Amtsträger o soldado del ejército federal destinado a la ejecución de las leyes, reglamentos, sentencias, autos, providencias o actos administrativos en la ejecución de una tal acción del servicio, o le agrede de hecho, será castigado con pena de privación de libertad de hasta dos años o con pena de multa.*

(2) *En casos especialmente graves la pena de privación de libertad será de seis meses hasta cinco años. Existe un caso especialmente grave, por regla general, cuando:*

1. *el autor u otro partícipe lleva un arma consigo para utilizarla en el hecho, o*

2. *el autor, a través de una acción violenta, sitúa en peligro de muerte o de una grave lesión al agredido.*

(3) *El hecho no será punible conforme a este precepto si la acción del servicio no es conforme a derecho. Esto también será válido si el autor supone erróneamente que dicha acción es conforme a derecho.*

(4) *Si el autor supone erróneamente, en la perpetración del hecho, que la acción del servicio no era conforme a derecho, y pudo evitar su error, puede el tribunal atenuar la pena según su arbitrio (& 49,2) o prescindir de ella con arreglo a este precepto por su mínima culpabilidad.*

*Si el autor no podía evitar el error y no le era exigible tampoco según las circunstancias conocidas por él, defenderse con medios legales contra la supuesta acción del servicio antijurídica, el hecho no es punible según este precepto. Si le era exigible, puede el tribunal atenuar la pena según su arbitrio (& 49,2) o prescindir de ella.*

2 Véase SCHALL K.E., *Gesetzliche Grundlagen der Rechtmässigkeit der Diensthandlung beim Widerstand gegen die Staatsgewalt*, Diss., Heidelberg, 1980, págs. 7 y 8.

ció que la mayoría de la doctrina se apresurara a calificarlo como un elemento del tipo sobre el que debía extenderse el dolo del autor<sup>3</sup>. En caso de que el autor supusiese erróneamente que la *Amtshandlung* (acción del cargo) no era conforme a derecho resultaría aplicable el § 59 RStGB (Código Penal Imperial, a la sazón regulador de la culpabilidad y el error, hoy párg. 16) en virtud del cual se le exoneraría de todo tipo de responsabilidad dado que la resistencia no era susceptible de comisión culposa.

Esta opinión se vio prontamente contradicha por la jurisprudencia del RG (Tribunal Supremo Imperial). En lo que BINDING<sup>4</sup> ha calificado de una “errónea interpretación de un precepto claro” el Alto Tribunal alemán va a catalogar a la *Rechtmässigkeit* (conformidad a Derecho) como condición objetiva de punibilidad sustrayéndola de cualquier exigencia de culpabilidad. Se producía de esta forma un deslizamiento del “riesgo del error” hacia la parcela del particular con la consiguiente exclusión de la legítima defensa putativa<sup>5</sup>. Con ello se pretendía una finalidad marcadamente utilitaria, a saber, evitar el debilitamiento que una solución como la anterior acarrearía para el bien jurídico tutelado en el § 113<sup>6</sup>; mas tras esta argumentación se escondía en verdad, como ha sido puesto de manifiesto por MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, una clara maniobra defensiva del aparato estatal, inconciliable con el principio de culpabilidad (*keine Strafe ohne Schuld*), que nos trasladaba de nuevo al escenario del Estado policial<sup>7</sup>.

Ello no fue óbice para que la citada línea de pensamiento fuera asumida sin resquicios por el BGH (Tribunal

Supremo Federal) contando a su vez con una nutrido respaldo doctrinal, lo que la hizo merecedora del calificativo de dominante hasta el año 1970.

Junto a estas dos teorías extremas, la liberal teoría del tipo y la defensiva “teoría de la condición”, van a surgir en la doctrina opiniones que anudan el requisito de legalidad a la antijuricidad. Entre ellas sobresalen las importantes contribuciones de WELZEL de los elementos del deber jurídico y de ROXIN de los elementos de valoración global del hecho, mediante las cuales se intentaba soslayar los inconvenientes que presentaban las dos teorías anteriores<sup>8</sup>.

En 1952, en una serie de trabajos publicados en la *JZ*<sup>9</sup> WELZEL acuña la categoría de los “especiales elementos del deber jurídico” o “características especiales de la antijuricidad”, presentes en los que él denomina tipos abiertos, con el objetivo de auxiliar a la praxis en la solución de las dificultades dogmáticas que presentaban determinados conceptos jurídico-penales residenciados a lo largo del Código penal alemán. Entre ellos se hallaba el requisito de conformidad a derecho del § 113.

Según esta doctrina los tipos contienen una serie de elementos mediante los cuales no se describe objetivamente la acción típica del autor sino su deber jurídico (*sein rechtliches Sollen oder Dürfen*); es decir, elementos fundadores de la total antijuricidad del hecho<sup>10</sup>. Ello supone que en los tipos en los que se encuentran, la antijuricidad de la conducta no pueda determinarse de forma negativa mediante la exclusión de la presencia de causas de justificación sino que la misma vendrá condiciona-

3 Véase la exhaustiva enumeración de SCHWARZAT E., *Zur Auslegung des Begriffs der Rechtmässigkeit der Amtsausübung in § 113 Reichsstrafgesetzbuch*, Diss., Düsseldorf, 1933, pág. 29 n. 19.

4 *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, B.T., II, Neudruck der 1 Aufl Leipzig 1905, Aalen, 1969, pág. 779.

5 STÖCKEL, “Ungeklärte Notwehrprobleme bei Widerstand gegen die Staatsgewalt (§ 113 StGB)” en *JR* 1967 pág. 283.

6 Véase SCHALL, *Gesetzliche...*, pág. 10; ampliamente MERSMANN H., *Der Begriff der Rechtmässigkeit der Amtsausübung in Vergehen des Widerstandes gegen Vollstreckungsbeamte § 113*, Diss., Breslau, 1909, pág. 116 y ss. Se refieren asimismo a estas dos posturas la del tipo y la de la condición y sus partidarios tras la aprobación del Código de 1871, al tratar el tema del error sobre la *Rechtmässigkeit*, entre otros: WEISSLER K., *Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung beim Widerstand gegen die Staatsgewalt nach § 113 R. Str. G. B.*, Diss., Breslau, 1928, pág. 32 y ss. BECKER F. J., *Über den Begriff der Rechtmässigkeit der Amtsausübung beim Delikt des Widerstandes gegen die Staatsgewalt*, Diss., Köln, 1930, págs. 30 y ss. FLESCHE K., *Zur Lehre von der Rechtmässigkeit der Amtsausübung beim Widerstand gegen die Staatsgewalt*, Diss., Strassburg i. E., 1906, págs. 79 y ss. SCHWARZAT E., *Zur Auslegung...*, págs. 24 y ss.

7 MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD *Strafrecht. B. T.*, 2, Heidelberg, 1991, p. 187.

8 STÜHRMANN R., *Widerstand gegen die Staatsgewalt § 113 StGB. Eine kriminologische und dogmatische Untersuchung*, München, 1965, pág. 99.

9 “Der Irrtum über die Rechtmässigkeit der Amtsausübung” págs. 19/20; “Der Irrtum über die Zuständigkeit einer Behörde” págs. 133 a 136; “Der Irrtum über die Amtspflicht” págs. 208/209; “Anmerkung zum Beschluss des Grossen Senats des Bundesgerichtshofs vom 18.3.1952 (§§ 240, 59)” págs. 335 a 344.

10 WELZEL H. en sus artículos de 1952 págs. 19/20, 135, 208, y *passim*. Del mismo “Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als Legislatorisches Problem” en *ZStW* 1967 págs. 224 a 228. Véase, ENGISCH K., “Die normative Tatbestandelemente im Strafrecht” en *FS für E. MEZGER*, Berlin, 1954, pág. 145 y 157; ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, Hamburg, 1959, especialmente a lo largo en su primera parte, págs. 1-52. KAUFMANN A., *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Göttingen, 1954, particularmente en la páginas 101, 257 / 8 y 285 (hay traducción al español de la edición de 1970, de BACIGALUPO y GARZÓN, *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*, Buenos Aires, 1977; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD *Strafrecht...*, pág. 191; BLUMENBERG pág., *Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung beim*

da por la verificación positiva (previa) de los mismos a realizar por el juez<sup>11</sup>.

Concretamente, respecto de la expresión “*Rechtmässigkeit*”<sup>12</sup> del delito de resistencia a la autoridad dice WELZEL que no pertenecería al tipo del §113, el cual se colmaría con la resistencia a funcionario ejecutor en el desempeño de su cargo, sino que vendría referida exclusivamente a la antijuricidad de la resistencia<sup>13</sup>. A través de ella no se pretende describir la conducta prohibida sino únicamente resaltar que un deber jurídico de omitir toda resistencia sólo existe si el funcionario obra conforme a derecho (“conforme al derecho funcional”), extremo este último que debe ser acreditado (positivamente) por el juez<sup>14</sup>. Y en este sentido su mención expresa aparece como superflua pues se limita a poner de relieve una exigencia ya presupuesta en el párr. 53 –regulador a la sazón de la legítima defensa–, a saber, sólo es antijurídica, la resistencia ejecutada contra la actuación funcional legítima<sup>15</sup>. Establece así WELZEL una rigurosa correspondencia entre la legitimidad de la actuación del cargo por una parte y la antijuricidad de la resistencia por otra y a la in-

versa<sup>16</sup>. Si la actuación del agente judicial (*Gerichtsvollzieher*) se atiene a los presupuestos de legitimidad de un acto de ejecución las acciones por el desarrolladas susceptibles de integrar algún tipo serían legítimas y la resistencia del deudor antijurídica. Al contrario si su proceder no está amparado por el derecho de su cargo (*Amstrecht*) entonces las acciones típicas en las que incurra (coacciones, allanamiento de morada, etc.) serían antijurídicas y la resistencia del deudor estaría justificada como legítima defensa<sup>17</sup>.

Como consecuencia de ello, en las hipótesis de error sobre la *Rechtmässigkeit* nos hallaríamos ante un error sobre el carácter antijurídico de la resistencia a considerar con arreglo a los principios de la teoría de la culpabilidad como error de prohibición (error impropio de prohibición dada la correlación que WELZEL establece con la causa de justificación de legítima defensa<sup>18</sup>). En caso de error invencible se excluiría absolutamente la sanción penal mientras que si el sujeto pudo evitar, sustraerse a dicho error se castigaría el delito como doloso pero de forma atenuada<sup>19</sup>.

---

*Widerstand gegen die Staatsgewalt*, Diss., Göttingen, 1969, p. 86 y ss. GASSMANN J., *Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung beim Widerstand gegen die Staatsgewalt nach deutschem und angloamerikanischem Strafrecht*, Diss., Berlin, 1961, págs. 47 y ss.

11 WELZEL JZ 1952 p. 343; *Del mismo Das neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre*, 4ª ed., Göttingen, 1961, págs. 24 y 25. Hay traducción española anotada de CEREZO MIR “El nuevo sistema del Derecho penal. (Una introducción a la doctrina de la acción finalista)”, Barcelona, 1964. Junto a la conformidad a derecho considera WELZEL como elementos del deber jurídico a la validez jurídica (*rechgtülig & 110*), la competencia (*zuständig*, presente en numerosos párrafos: & 110, 116, 137, 153, 164, 360), la falta de autorización (*unbefugt*, & 132, 168 y otros) etc. Véase el detallado estudio de ROXIN *Offene Tatbestände...*, pág. 17 y ss de todos y cada uno de ellos.

12 Obsérvese que esta doctrina toma cuerpo por primera vez respecto a este requisito de conformidad a derecho del §113 (así en el primer artículo de WELZEL *Der Irrtum über die Rechtmässigkeit der Amtsausübung* JZ 1952 págs. 19 y ss.), para posteriormente ir aplicándose a otras conceptos problemáticos. A la hora de proceder a su elaboración WELZEL se basa en la obra de V. HIPPEL, el cual ya en su *Lehrbuch* había acentuado la naturaleza especial de la palabra *Rechtmässigkeit*: no pertenecía al tipo del §113 sino expresaba la antijuricidad de la resistencia. Destacan la influencia de HIPPEL, entre otros, KAUFMANN A., *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Heidelberg, 1961, pág. 253 y SEEBODE H., *Die Rechtmässigkeit der Diensthandlung in §113 Abs.3 und 4 StGB. Historische Grundlage, dogmatische Einordnung und inhaltliche Bestimmung*, Frankfurt a.M., 1988, pág. 38.

13 WELZEL, “Der Irrtum...”, pág. 20; GASSMANN, *Die Rechtmässigkeit...*, p. 47; BLUMENBERG, *Die Rechtmässigkeit...* pág. 88; KUNERT, K.H., *Die normative Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände*, págs. 63/64.

14 WELZEL, “Der Irrtum...”, pág. 20; STÜHRMANN, *Widerstand...*, pág. 99; ROXIN, *Offene Tatbestände...*, págs. 4/5.

15 WELZEL, “Der Irrtum...”, pág. 20; del mismo “Die Regelung...”, pág. 226; STÜHRMANN, *Widerstand...*, págs. 99 y 116; BÖTSCHI M., *Die Rechtmässigkeit der Amtshandlung bei den Delikten gegen die Staatsgewalt gemäss Art. 285/286 StGB*, Diss., Zürich, 1980, pág. 118; ROXIN *Offene Tatbestände...* págs. 4 y 61: el contenido total del elemento “legitimidad” estaría cubierto por otro concepto, la legítima defensa que cumpliría ya su misión; en esto se sustentaría su prescindibilidad; KAUFMANN A., *Lebendiges und Totes...*, pág. 257; SCHALL, *Gesetzliche...*, pág. 16.

16 WELZEL, *Ibidem*. Véase asimismo KUNERT K.H., *Die normative Merkmale...* pág. 64.

17 WELZEL, *Die Regelung...* pág. 226. Como ha destacado algún autor, tras esta construcción se escondería una simple remisión al juego normal de las causas de justificación. Vid. HIRSCH, *Die Lehre von den negativen Tatbestandmerkmalen*, p. 299 apoyándose en KAUFMANN A. *Lebendiges und Totes...* p. 257 (también citada como *Normentheorie*).

18 Véase KAUFMANN A., *Lebendiges und Totes...* pág. 259.

19 WELZEL, “Der Irrtum...” págs. 19/20; del mismo *Der Irrtum über die Zuständigkeit...*, pág.135; También en la Gran Comisión, *Niederschriften* 5 Band. pág.98 y ss. BÖTSCHI, *Die Rechtmässigkeit der Amtshandlung...*, pág. 111; BLUMENBERG, “*Die Rechtmässigkeit...*,” págs. 87/88; STÜHRMANN *Widerstand...*, pág. 102; SEEBODE, *Die Rechtmässigkeit...*, págs. 37/38; HIRSCH, *Zur Reform...*, cit. *infra* pág. 244; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht...*, pág. 191; KAUFMANN, A. *Lebendiges und Totes...*, pág. 259; ROXIN, *Offene Tatbestände...*, págs. 22 y 23; KUNERT K.H., *Die normative Merkmale...*, págs. 63 y 64; SCHALL *Gesetzliche...*, págs. 16/7.

A pesar de que la solución del error de prohibición se mostraba más satisfactoria y equilibrada desde el punto de vista práctico que sus dos antecesoras<sup>20</sup>, la teoría de WELZEL va a ser rechazada mayoritariamente por la jurisprudencia y doctrina<sup>21</sup>. La objeción capital radicaba en el desconocimiento que mediante la misma se producía del sentido primordial del tipo (en cuanto tipo de injusto): describir exhaustivamente toda la materia de la prohibición en orden a que el ciudadano pueda reconocer qué comportamiento está prohibido y cuál está permitido<sup>22</sup>.

Partiendo de la teoría de WELZEL a la que efectúa un exhaustivo análisis crítico<sup>23</sup>, ROXIN va a enunciar su teoría de los elementos de valoración global del hecho o abarcadores de la antijuricidad. En palabras de este autor no existen los pretendidos tipos abiertos, pero sí por el contrario los elementos de deber jurídico<sup>24</sup>. Sin embargo, estos elementos no fueron correctamente caracterizados ni descritos por WELZEL. En casi todos ellos, entre los que se cuenta la “legitimidad” del §113, nos hallaríamos ante elementos normativos de valoración jurídica<sup>25</sup> que se singularizan respecto a los demás de su especie por su peculiar relación con la antijuricidad<sup>26</sup>. Además de describir el hecho, contienen en sí tal contenido de normatividad que expresarían por sí mismos la antijuricidad global del hecho con lo que su conocimiento implicaría necesariamente

la conciencia de la prohibición. De esta guisa, no podrían ubicarse, como pretende la opinión anterior, en el plano de la antijuricidad sino más bien habría que diferenciar en el seno de los mismos, entre la parte determinante del injusto, el sustrato del juicio del injusto, que se incluiría en el tipo, y el elemento que contiene la antijuricidad formal, el cual pasaría a formar parte de la antijuricidad<sup>27</sup>. A estos elementos los denomina ROXIN “elementos de valoración global del hecho o abarcadores de la antijuricidad (*gesamtabwertende oder rechtswidrigkeitsumschliessende Umstände*)”<sup>28</sup>.

Por tanto, la expresión “ejercicio legítimo del cargo” pertenece tanto al tipo como a la antijuricidad<sup>29</sup>. Introduce en la descripción todos los presupuestos bajo los cuales un funcionario está autorizado a intervenir en determinadas situaciones de acuerdo a las prescripciones de Derecho público; pero al mismo tiempo atesora la valoración total de la acción de resistencia<sup>30</sup>. Si el autor yerra sobre estos presupuestos justificadores de la intervención estará incurriendo en un error de tipo; inversamente si los conoce perfectamente pero piensa que la actuación del funcionario es antijurídica y no tiene el deber de tolerarla nos encontraremos ante un error de prohibición<sup>31</sup>.

Esta solución según ROXIN, colmaría no sólo exigencias dogmáticas elementales (principio de culpabilidad)

20 Con ella se lograba en palabras de WELZEL, JZ, pág. 20 que la actividad del funcionario ejecutor disfrutara de la necesaria protección penal pero no a costa de la lesión del principio de culpabilidad; (el signo de exclamación es de WELZEL). Véase STÜHRMANN, *Widerstand...*, pág. 98.

21 Una amplia panorámica de las opiniones a favor y en contra se halla en ROXIN, *Offene Tatbestände...* págs. 15 a 17.

22 Véase en el parecer de muchos LENCKNER, “Vorbem §§13ff(66)” en S-S 25 Aufl., 1997.

23 En su libro *Offene Tatbestände...cit.* págs. 53 y ss. Según este autor los puntos débiles que presenta esta teoría se pueden sistematizar en tres planos: el conceptual, el intrasistemático y el dogmático. En el primero de ellos esta autor trata de contrastar la adecuación de los criterios sustentadores de la teoría (ausencia de efecto indiciario de la antijuricidad, necesidad de valoración judicial positiva de la antijuricidad, e incapacidad para describir el hecho sino sólo el deber jurídico del autor) con la fenomenología real. En el segundo plano, el intrasistemático, ROXIN trata de sacar a la luz las incongruencias de dicha teoría con la concepción finalista de la teoría jurídica del delito que patrocina WELZEL. De resultados de su estudio, llega ROXIN a la conclusión de que los tipos abiertos permanecen extraños, ajenos a los pilares sobre los que se asienta el sistema welzeliano. En la denominada crítica dogmática ROXIN resalta el incumplimiento por parte de los tipos abiertos de las funciones esenciales que todo tipo tiene asignado: la sistemática, la de garantía (emanada del principio de legalidad, art 103 GG) y la dogmática (diferenciadora de las diversas especies de errores-tipo/prohibición).

24 ROXIN, *Offene Tatbestände...*, págs. 187 y ss. y *passim*; BÖTSCHI, *Die Rechtmässigkeit der Amtshandlung...*, pág. 114.

25 Como por ejemplo el concepto de “documento” (*Urkunde* §267) “matrimonio” (*Ehe* §§ 171 y 172); “préstamo” (*Darlehen* § 302 a).... ROXIN, *Offene Tatbestände...*, pág. 76. Véase BÖTSCHI “*Die rechtmässigkeit*”..., pág. 114. Respecto a la lista confeccionada por WELZEL no ostentarían esta naturaleza, “la reprobabilidad” que se contiene en los párrafos 240, II (coacciones) y 253, II (extorsión). ROXIN *Ibidem*.

26 ROXIN, *Offene Tatbestände...*, págs. 121 y ss.; BÖTSCHI, *Die Rechtmässigkeit der Amtshandlung...*, pág. 114; ENGISCH, “Die normativen...”, pág. 157.

27 ROXIN, *Offene Tatbestände...*, págs. 135 y 188. También en su *Tratado: Derecho penal. Parte general*. T.1:fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Madrid, 1997 (traducción de la 2.ª ed. alemana y notas por LUZÓN/DÍAZ/DE VICENTE), págs. 300/1. Véase STÜHRMANN, *Widerstand...*, pág. 101.

28 ROXIN, *Offene Tatbestände...*, pág. 82.

29 ROXIN, *Offene Tatbestände...*, pág. 82; STÜHRMANN, *Widerstand...*, pág. 100.

30 ROXIN en toda su segunda parte de *Offene Tatbestände...*, págs. 54 y ss. especialmente, págs. 60 y 133; STÜHRMANN, *Widerstand...*, págs. 100/101; BÖTSCHI, *Die Rechtmässigkeit der Amtshandlung...*, pág. 115; BLUMENBERG, *Die Rechtmässigkeit...*, pág. 89; GASSMANN, *Die Rechtmässigkeit...*, pág. 53.

31 GASSMANN, *Die Rechtmässigkeit...*, pág. 53; STÜHRMANN, *Widerstand...*, pág. 103. BLUMENBERG pág., *Die Rechtmässigkeit...*, pág. 89; SCHALL K.E., *Gesetzliche...*, pág. 17. Al mismo resultado (error de tipo/prohibición) había llegado ya WEBER, GA

sino que contribuiría también a enjugar las necesidades prácticas del &113 esgrimidas por el Tribunal del Imperio y la Corte Federal a la hora de decantarse por la “tesis de la condición”, a saber, la protección bastante del funcionario ejecutor<sup>32</sup>.

### 2.2 La reforma de 1970. Estado actual de la cuestión

La reforma de 1970 trató de acabar con la desventajosa situación a la que conducía al ciudadano la teoría mayoritaria, la llamada “teoría de la condición”, procediendo a una afirmación inequívoca del principio de culpabilidad<sup>33</sup>. Sin embargo, el legislador de entonces no se proponía este objetivo a expensas de minorar la protección del funcionario sino que pretendió alcanzar una ponderación equilibrada de los intereses de ambos actores de la relación delictiva<sup>34</sup>. El método utilizado para ello fue la implementación de una compleja regulación del error sobre la *Rechtmässigkeit* que escapaba a la regulación general lo que le valió el apelativo de “atípica”. Dicha regulación se inserta en los números 3 y 4 del párrafo 113. Vamos a proceder a explicar su contenido.

El número 3.º, inciso segundo, se refiere al error inverso o delito putativo privándole de toda trascendencia al afirmar que si el acto del servicio no es conforme a derecho, la acción delictiva es impune a pesar de que el autor estime lo contrario.

El número 4.º alude a los supuestos en que el autor considera erróneamente antijurídico un acto de servicio conforme a derecho. Entonces habrá que distinguir lo siguiente<sup>35</sup>:

a) Si no pudo evitar el error y *no le era exigible* de acuerdo a las circunstancias conocidas por él defenderse con medios legales contra la supuesta acción de servicio antijurídica, su conducta será impune (inc. 2).

b) Si incurre por el contrario en aa) un error inevitable y le era exigible el recurso a los medios jurídicos (inc.3) o en bb) un error evitable (inc.1) el tribunal podrá atenuar la pena según su arbitrio (& 49, 2) o prescindir de ella en caso de mínima culpabilidad.

A partir de la nueva regulación hasta entonces dominante de la condición va a desempeñar un papel marginal, pasando a primer plano la teoría de la justificiación y la del tipo. Se ha defendido a su vez, aunque muy aisladamente, la naturaleza de causa de exclusión de la pena del elemento objeto de estudio (*Strafausschliessungsgrund*). Hay que destacar que ninguna de estas diversas posturas se presentan en estado puro. La peculiar conformación del n.º 4 del & 113 compele a introducir modificaciones a las mismas, cuando no a introducir nuevas categorías dogmáticas desconocidas hasta el momento.

#### 2.2.1 La “Rechtmässigkeit der Dienstandlung” como elemento del tipo

Una parte importante de la literatura alemana ubica la *Rechtmässigkeit* en el marco de la tipicidad. A pesar de su diversidad metodológica, todas las opiniones que se integran dentro de esta corriente aparecen vertebradas en torno a la vinculación entre el elemento *Rechtmässigkeit* y el bien jurídico tutelado. Sostienen estos autores que conforme al modelo de Estado actual solamente resultaría protegido a través del &113 la actividad legítima del Estado, excluyéndose por el contrario del objeto de protección los comportamientos oficiales antijurídicos; de esta manera el elemento *Rechtmässigkeit* estaría fundamentando el concreto objeto de protección por lo que debe ser entendido como un elemento del tipo constitutivo del injusto. Dentro de esta corriente merece destacarse los planteamientos de ESER, NAUCKE y SAX.

1953, págs. 163 y ss. mediante la consideración de “la legitimidad en el ejercicio del cargo” como un concepto complejo (*komplexbegriff*) el cual abarcaba tanto elementos del tipo como también su valoración. Cfr entre otros BLUMENBERG, *Die Rechtmässigkeit...*, pág. 89. n.3. También sostuvieron la dualidad del error, aunque sin admitir la teoría de los elementos del deber jurídico: KAUFMANN A., *Das Schuldprinzip...*, pág.253 y LANGE, en KOHLRAUSCH-LANGE StGB Anm. VI &113 que consideran la antijuricidad del acción del cargo como una causa de justificiación; en parecidos términos STÖCKEL, “Ungeklärte Notwehrprobleme...”, pág. 283. Una rápida panorámica de las diferentes posturas existentes antes de la reforma de 1970 en MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD *ob.cit* pág. 191.

32 ROXIN, *Ibidem*.

33 Véase HIRSCH H.J, “Zur Reform...”, cit. *infra*, págs. 235 y 244/5; SAX, “Tatbestand und Rechtsgutsverletzung (I)” en JZ 1976, pág. 16.

34 *Ber.BTDrucks.* VI/502, pág. 6. Véase BUBNOFF, “&113” en LK, 11.Aufl., Berlin-New York, 1994 (Stand: 1.10.1993), n.º 1; ARZT/WEBER, *Strafrecht BT 5*, Bielfeld, 1982, n.º126 y 138; KÜHL en LACKER/KÜHL StGB 23º neuarbeitete Aufl., 1999, “&113”, n.º 16. Este pensamiento está presente ya en los trabajos de reforma de la Gran Comisión. Así lo dejó patente DREHER al afirmar que mediante el precepto se pretendía garantizar por un lado la libertad y los derechos del individuo frente a la arbitrariedad estatal y por otro lado el normal funcionamiento del aparato estatal en beneficio de todos. *Niederschriften*, Band XIII (1959), pág. 50. Véase SEEBODE, *Die Rechtmässigkeit...*, pág. 40; IGLESIAS RÍO M.A., *Fundamentos y requisitos estructurales de la legítima defensa.(Consideración especial a las restricciones ético-sociales)*, Granada, 1999, pág. 122.

35 MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht...* & 69 II 29 y 30.

ESER<sup>36</sup> estima que nos hallaríamos ante un elemento del tipo en el marco de una “combinación de dolo e imprudencia” (*Vorsatz-Sorgfaltswidrigkeit-Kombination*) Según este autor para impedir el debilitamiento de la protección dispensada por el §113 (razones político-criminales) la *Abs. IV* ha sustraído a este elemento de la exigencia del dolo (§ 16) reclamando para él únicamente imprudencia. Ésta, por otra parte, existiría tanto en la hipótesis de vencibilidad del error (*Abs. IV-1*) como en las de invencibilidad en las que el autor espontáneamente resiste en vez de acudir a los medios legales que le eran exigibles (inciso 3 *Abs. IV*). Por tanto, en el párg. 113 aparecerían amalgamadas las dos formas de culpabilidad; para los elementos típicos del §113 I se precisaría el dolo mientras que para el elemento de la *Rechtswidrigkeit der Diensthandlung* (§113 III) bastaría la imprudencia (§113 IV *StGB*). En este sentido el §113 IV debe ser interpretado como una especial regla de imprudencia.

NAUCKE se decanta por una “solución del tipo modificada” (*modifizierte Tatbestandslösung*)<sup>37</sup>. Para este autor la *Rechtmässigkeit* es un auténtico elemento típico sobre el que, sin embargo, no debe extenderse el dolo debido a la anómala configuración del *Abs IV* que según este autor, representaría una excepción prevista legalmente de las reglas del §16 (error de tipo)<sup>38</sup>. El error sobre la *Rechtmässigkeit*, sobre un elemento del tipo, deja subsistente el dolo salvo en un único caso extremo como es el del *Abs. IV-2*, es decir, invencibilidad del error más inexigibilidad de defensa por medios jurídicos, o lo que es lo mismo en el caso de que “existan motivos del autor merecedores de aprobación” (...*beim Vorliegen billigenswerter Motive*...) <sup>39</sup>. Solamente en esta última hipótesis se tendría en cuenta el punto de vista interno del autor sobre la

*Rechtmässigkeit*. En este sentido habla NAUCKE de “un nuevo concepto irregular de dolo” predicable del §113, el cual no estaría exento, por otra parte, de peligros pues “flota en el ambiente el hecho de que se está haciendo depender la existencia o la falta de dolo de los motivos del autor y de la valoración de estos motivos como aceptables o no aceptables”<sup>40</sup>.

Fuera de este “caso extremo”, los supuestos mayoritarios del §113-IV en los que a pesar del error prevalece el dolo<sup>41</sup>, afirma NAUCKE, no podrían ser analizados desde el prisma del esquema sistemático tradicional del hecho punible ya que nos encontraríamos ante “motivos especializados de medición de la pena” (*spezialisierte Strafzumessungsgründe*)<sup>42</sup>.

Finalmente SAX va a circunscribir la *Rechtmässigkeit* al plano de la tipicidad mediante la creación de un nuevo concepto de tipo impregnado de un talante más valorativo y global<sup>43</sup> pues se concede a la lesión del bien jurídico protegido el rango de componente típico<sup>44</sup>.

La consideración central de la tesis de SAX se condensa en la afirmación de que el injusto típico de una conducta precisa no sólo de su subsunción en una determinada descripción legal sino que la misma entraña una lesión del bien jurídico merecedora de pena<sup>45</sup>. En este sentido el tipo de injusto de un determinado comportamiento estaría compuesto por un “tipo legal”, es decir, la fijación legislativa de un comportamiento punible abarcado necesariamente por el dolo; y por lo que él llama un “tipo de lesión del bien jurídico merecedora de pena” (*Typusstrafwürdiger Rechtsgutverletzung o Tatbestandteil der strafwürdigen Rechtsgutsverletzung*) por otra. Este último lo integrarían aquellos elementos de la descripción típica no subsumibles en el tipo legal, al aparecer exonerados del

36 s-s 25 Aufl., München, 1997, §113 n.º1, n.º 20 y ss.

37 En su artículo “Straftatsystem und Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (§113 Abs.3 und 4 StGB)” publicado en el *Libro Homenaje a DREHER, 1977*, pág. 459 y ss. Extensamente sobre la formulación de NAUCKE, SEEBODE H., *Die Rechtmässigkeit...* págs. 52 a 54. Véase asimismo SCHALL, *Gesetzliche...*, pág.22; BUBNOFF, “§ 113” *LK* n.º 21.

38 NAUCKE W., “Straftatsystem...”, págs. 473 y 474. Véase SEEBODE H., *Die Rechtmässigkeit...*, pág. 53.

39 NAUCKE W., “Straftatsystem...”, pág. 474. Véase SEEBODE H., *Die Rechtmässigkeit...*, pág. 54.

40 NAUCKE W., “Straftatsystem...”, pág. 474.

41 “...Error invencible sobre la *Rechtmässigkeit*... sin ningún otra cualificación; error vencible sobre la *Rechtmässigkeit*... anudado a un mínima culpabilidad; error invencible sobre la *Rechtmässigkeit*... en el caso de exigibilidad del empleo de medios/acciones legales...”. NAUCKE W., “Straftatsystem...”, pág. 475.

42 NAUCKE W., “Straftatsystem...”, pág. 475. Véase WOLTER J., *Objetive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Berlin, 1981, pág. 162 n. 411.

43 Así lo cataloga MAPELLI CAFFARENA B., *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, Madrid, 1990, pág. 58. Sobre la teoría de SAX en referencia a las condiciones objetivas de punibilidad, págs. 58-60 de ese mismo libro.

44 SAX W., “Tatbestand und Rechtsgutsverletzung” (I) “Überlegung zur Neubestimmung von Gehalt und Funktion des “gesetzlichen Tatbestandes” und des “Unrechtstatbestandes”, págs. 9 y ss y 80 y ss. (II) “Folgerung aus der Neubestimmung von Gehalt und Funktion des “gesetzlichen Tatbestandes” und des “Unrechtstatbestandes” págs. 429 y ss. Todos estos artículos publicados en *JZ 1976*. Véase igualmente sobre la tesis de SAX en lo tocante al tema que nos ocupa SEEBODE, *Die Rechtmässigkeit...*, págs. 66-73; SCHALL, *Gesetzliche Grundlage...*, pág.22; NAUCKE W., “Straftatsystem...”, pág. 474 n.37.

45 Porque el derecho penal sólo aparece legitimado constitucionalmente en cuanto se dirige a la protección y mantenimiento de bienes jurídicos mediante pena, la lesión del bien jurídico merecedor de pena debe ser considerada, estima SAX, como un componente no descrito de todas los tipos penales. SAX, “Tatbestand...”, fundamentalmente en págs. 12 y 84 y *passim*.

dolo por razones político-criminales; respecto a los cuales, sin embargo, no puede dejar de proclamarse su condición típica en la medida en que pertenecen a la lesión del bien jurídico merecedor de pena y por tanto codeterminan típicamente el injusto<sup>46</sup>. A ellos los designa SAX con el nombre de “presupuestos objetivos de merecimiento de pena” (objektive *Strafwürdigkeitvoraussetzungen*) entre los que ubica a la *Rechtmässigkeit* del §113. También a esta categoría de elementos va a reconducir SAX las condiciones objetivas de punibilidad<sup>47</sup>.

La peculiar naturaleza de “los presupuestos de merecimiento de pena” va a mediatizar el tema del error. SAX entiende que a diferencia de lo que sucedía con los demás elementos típicos (“propios”), el error sobre aquellos debe ser juzgado con arreglo a los principios del error de prohibición. Sin embargo, no serían las reglas generales del §17<sup>48</sup> las aplicables sino otras modificadas<sup>49</sup>. Como paradigma de estos principios modificados sitúa SAX precisamente la regulación del §113-IV, la cual nos va a conferir la pauta para la solución de todos los casos de error sobre la “vulneración merecedora de pena del fin de protección de la norma”<sup>50</sup>. No basta para estimar presente un error sobre la “legitimidad”, la ausencia del conocimiento del carácter legítimo de la conducta oficial, sino que es necesario que el autor realice una reflexión sobre éste, fruto de la cual, va a caer en la situación de error<sup>51</sup>.

Esto dice SAX viene requerido por la presunción de legalidad que cualquier orden jurídico debe reclamar respecto a las medidas tomadas por el poder público<sup>52</sup>. El que resiste a una de estas acciones siempre contará con el

riesgo de que está resistiendo a una acción oficial conforme a derecho. La exclusión de la responsabilidad a causa de un error de prohibición puede solamente examinarse, prescindiendo absolutamente de su vencibilidad, si el autor da muestras de la ponderación de este riesgo aunque luego erróneamente se haya decantado por la antijuricidad de la conducta oficial<sup>53</sup>.

Se puede comprobar, como expone algún autor<sup>54</sup>, que esta forzada teoría de SAX no es más que una artimaña teórica para intentar someter las condiciones objetivas de punibilidad, en el caso concreto la *Rechtmässigkeit*, a las reglas del error de prohibición y con ello salvaguardar el respeto al principio constitucional de culpabilidad.

### 2.2.2. La “Rechtmässigkeit der Diensthandlung” como componente de la antijuricidad

La mayoría de los autores alemanes consideran a la “legitimidad” del §113 como un problema ligado a la justificación, por tanto al plano de la antijuricidad. En el seno de esta corriente un sector minoritario acude a los principios generales de las causas de justificación a la hora de explicar la cláusula del §113-3. En estos términos se expresa por ejemplo la significativa teoría de HIRSCH<sup>55</sup> de “la legítima defensa modificada o especial”. También se podría entender orientada en semejante línea la doctrina de los elementos del deber jurídico formulada por WELZEL y reinterpretada por ROXIN ya antes de la reforma de 1970<sup>56</sup>.

46 SAX, “Tatbestand...”, pág. 80 y *passim*.

47 El tipo de lesión... va a estar integrado a su vez por “presupuestos subjetivos de merecimiento de pena” que serían para SAX, los “elementos subjetivos del injusto” sustraídos del tipo legal al no ser circunstancias las cuales pueden ser cubiertas por el dolo. Enumera SAX por ejemplo, “determinadas intenciones” como la de apropiación en el hurto, o la de lucro en la estafa, la receptación... o “determinados momentos del ánimo” (*Gesinnungsmoment*) como la brutalidad en las lesiones (§ 223 b) el placer de matar o la codicia en el asesinato (§ 211)..., pág. 84. Véase SAX, “Tatbestand...”, págs. 13-15; específicamente sobre la “legitimidad” del §113 en pág. 16. Véase también, entre otros, SEEBODE, *Die Rechtmässigkeit...*, pág. 67; OTTO, “Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als eigenständige Deliktskategorie? Überlegungen zum Deliktaufbau” en *Gedächtnisschrift für H. SCHROEDER*, München 1978, pág. 59. MAPELLI CAFFARENA B., *Estudio jurídico-dogmático...*, págs. 58 a 60.

48 **§17. Error de prohibición.** Si el autor desconoce en el momento de comisión del hecho que realiza un comportamiento antijurídico, actúa sin culpabilidad si no podía evitar el error. Si el autor podía evitar el error, la pena puede ser atenuada conforme a lo dispuesto en el § 49, parágrafo 1º.

49 SAX, “Tatbestand...”, págs. 430 y ss. Véase SEEBODE, *Die Rechtmässigkeit...*, pág. 68; NAUCKE W., “Straftatsystem...”, pág. 474 n. 37; SCHALL, *Gesetzliche...*, pág. 22 n. 1; BUBNOFF, “§ 113”... n.º 21.

50 SAX, “Tatbestand...” (II), pág. 431; Véase SEEBODE, *ibidem*; SCHALL, *ibidem*.

51 SAX, “Tatbestand...”, (II) especialmente en páginas 430 y 431; *passim*.

52 SAX, “Tatbestand...” (II), págs. 430/431. Nótese que esta presunción de legalidad de los actos estatales es interpretada por SAX (o por lo menos así nos lo parece) de manera distinta a los defensores de la teoría de la justificación.

53 SAX, “Tatbestand...” (II), pág. 431. Críticamente sobre la postura de SAX, MÖBIUS W, *Die Funktion des Straftatbestandes des §113 StGB*, Diss., Regensburg, 1985, pág. 120; SEEBODE *Die Rechtmässigkeit...* págs. 68/9.

54 DREHER, in: *Gedächtnisschrift für Horst Schröder* pág. 371: la doctrina de SAX en verdad lo que pretende es que el error sobre una condición objetiva de punibilidad pueda ser reconducido a un error de prohibición.

55 Esta teoría la formula en su contribución al Libro Homenaje a KLUG, Köln, 1983, “Zur Reform der Reform des Widerstandsparagraphen (§ 113 StGB)” págs. 235 y ss.

56 Destaca la conexión con las causas de justificación generales, en especial con la legítima defensa, de estas dos teorías conceptualmente diversas (la de HIRSCH y WELZEL) ESER, S-S “§113” n 19. Defienden además la catalogación de elemento de deber

Sin embargo, la teoría que suscita más adhesiones<sup>57</sup> hoy en día es la que caracteriza al §113-3 inciso 1.º como “una causa de justificación de naturaleza propia”, teoría que fue desarrollada particularmente por DREHER primeramente en su artículo sobre la Reforma publicado en la *NJW* de 1970 y luego en contribuciones posteriores<sup>58</sup>.

Estas teorías de la justificación en general se asientan en una visión más amplia del bien jurídico protegido a diferencia de lo propuesto por los defensores del tipo. El apelativo “legal o legítimo” no puede integrar el fin de protección de la norma ya que se presupone el carácter legal de la actividad desplegada por los funcionarios públicos. La resistencia contra actos oficiales antijurídicos será entonces típica (§ 113-1), correspondiendo posteriormente a la justificación la refutación de este extremo (§ 113-3)<sup>59</sup>.

Procedemos seguidamente a analizar las propuestas de DREHER y HIRSCH.

DREHER, tomando como punto de referencia lo establecido por el §22 del Código penal militar –a la sazón vigente– respecto a la desobediencia frente a órdenes antijurídicas, sostiene que el §113-III establece una causa de justificación negativa cuyo radio de acción se circunscribe exclusivamente al tipo de resistencia. En virtud de la misma la ausencia de legitimidad en la acción oficial eliminaría (únicamente) la antijuricidad de la resistencia y por ende conduciría a la inaplicación del delito<sup>60</sup>. Ahí terminaría la eficacia justificativa de esta cláusula; en caso

de que la resistencia, desembocara en otro tipo de conductas delictivas como lesiones o incluso la muerte, la justificación o no de éstas debería dirimirse conforme a los principios generales de la legítima defensa<sup>61</sup>.

Esta causa de justificación no precisaría de ningún otro requisito justificativo fuera del ya mencionado de la antijuricidad de la acción del funcionario. No es preciso en este sentido que concurra un elemento subjetivo de justificación a diferencia de lo que ocurre con la legítima defensa ya que la cláusula del párrafo III se configura de forma puramente objetiva en virtud de lo estipulado en su inciso segundo. Lo mismo ocurriría con el principio justificativo de la necesidad<sup>62</sup>.

Se trataría por tanto de “una causa de justificación de naturaleza propia específicamente instituida para el § 113” (*ein spezialnormierter Rechtfertigungsgrund eigener Art*)<sup>63</sup>.

Conforme a esta argumentación el error sobre la legitimidad sería un error sobre los presupuestos de una causa de justificación. Respecto a este tipo de errores afirma DREHER que no pueden ser considerados ni como error de tipo, como postula la teoría limitada de la culpabilidad, ni como error de prohibición, pensamiento adoptado por la teoría estricta de la culpabilidad, propia del finalismo, o por la de los elementos negativos del tipo. Se trataría más bien de un error de naturaleza propia, *sui generis* (*Irrtung eigener Art*), dado el carácter de categoría dogmática autónoma que debe asignarse a la justificación<sup>64</sup>. Este error

jurídico del §113-III, MAURACH, *Strafrecht.AT* (6º ed) §37 II/40; GÖSSEL K.H., GA 1980 (Schrifttum: Gedächtnisschrift für HORST SCHRÖDER), pág. 153; JESCHECK en la 3º ed. de su *Lehrbuch* §53 I.1 n.16. En sentido similar PREISENDANZ H., *Strafgesetzbuch*, 30 Aufl., Heidelberg, 1977, “&113”, n.II “presupuesto de la antijuricidad”; MAURACH *Strafrecht AT*, (3. Auf) § 37 II.3 “Especial elemento de la antijuricidad o presupuesto de la misma”.

57 Es vista como doctrina mayoritaria, por ejemplo, por NEUHEUSER S., *Die Duldungspflicht gegenüber rechtswidrigem hoheitlichen Handeln im Strafrecht*, Aachen, 1996, pág. 188.

58 DREHER E., “Das 3. Strafrechtsreformgesetz und seine Probleme”, en *NJW* 1970, págs. 1153 y ss. También en “Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe” en *Festschrift für ERNST HEINITZ zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1972, págs. 208 y ss, pág. 221 n. 48; “Die Sphinx des §113 abs. 3, 4 StGB”, *Gedächtnisschrift für Horst Schröder*, hrsg. von STREE/LECKNER/CRAMER/ESER, München, 1978, págs. 359 y ss.; “Nochmals zur Sphinx des § 113 StGB” en *JR* 1984, págs. 401 y ss. Entre los partidarios de esta tesis se cuentan BUBNOFF, *LK* “113” n.23; SEEBODE, *Die Rechtmässigkeit...*, pág. 109 H-U.; SCHÖLZ J. “Zur Verbindlichkeit des Befehls und zum Irrtum über die Verbindlichkeit (§22 WStG)”, en *FS E.DREHER zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1977, págs. 480 y ss. NIEMEYER J., “Bedeutung des § 136 Abs.3 und 4. StGB bei Pfändung von Sachen”, en *JZ* 1976, págs. 314 y ss. MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht.BT...* §69 II, (a diferencia de lo postulado por MAURACH en su parte general); MÖBIUS, *Die Funktion...*, págs. 108 y 113; GEPPERT, “Zum strafrechtlichen...”, pág. 275. Parece aproximarse a ella OTTO, *Grundkurs...*, §91 II-9 y ss. Recopilación de la literatura alemana defensora de la teoría de la justificación puede encontrarse por ejemplo en NEUHEUSER, *Die Duldungspflicht...*, pág. 188 n. 28 que cita además entre las sentencias judiciales favorables a la misma: OLG Bremen *NJW* 1977 158(160); OLG Köln *Nstz* 1986, 235; OLG Schleswig, *JR* 1985, 474.

59 Véase MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht. B.T* §69 II. 39; MÖBIUS, *Die Funktion...*, pág. 108; DREHER, “Die Sphinx...”, pág. 379.

60 DREHER E., “Das 3. Strafrechtsreformgesetz...”, pág. 1158.

61 Este es el motivo por el que el §113 párr.3º inciso 1º emplea la expresión “no punible conforme a este parágrafo” en vez de “no antijurídica”, DREHER, “Irrtum...”, pág. 221 n.48. En idéntico sentido SEEBODE, *Die Rechtmässigkeit...*, pág. 81 que pone de manifiesto como este pensamiento ya fue expresado en la Gran Comisión: *GrKomm.XIII. Bd.* 1959, pág. 66 (SCHAFHEUTLE).

62 Así por ejemplo en DREHER/TRÖNLE, *Strafgesetzbuch*, 45 Aufl., 1991, núms 10 y 23; Véase WESSELS, *Strafrechts BT...*, 20 Aufl., Heidelberg, 1996, núm. 622; BUBNOFF, “&113” *LK* n.23; ESER, S-S “&113” n.º19.

63 Por todos véase BUBNOFF, “113...” núm. 23.

64 “Der Irrtum...”, págs. 223/224.

sobre el tipo permisivo dejaría subsistente el dolo típico pero excluiría el dolo como forma de culpabilidad; así que en la hipótesis de error reprochable sólo sería factible el castigo por imprudencia<sup>65</sup>.

Dicho parecer de DREHER va ser adscrito a lo que se conoce “como teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas” (*rechtsfolgenweisende Schuldtheorie*)<sup>66</sup>. No obstante, *de lege ferenda* va más allá de la misma al sostener la conminación de la pena atenuada conforme al &49-1 del actuar doloso en los supuestos en que la ley no contempla la conducta imprudente<sup>67</sup>.

Respecto al error sobre la causa de justificación “antijuricidad de la acción de la función” se produce la particularidad, sin embargo, que su tratamiento va a ser estipulado expresamente de manera propia (atípica) en la *Absch. IV*. Este error dice DREHER constituye una causa de exclusión de la culpabilidad (*Schuldausschlussgrund*) cuando el error sobre la “legitimidad de la acción oficial es invencible y al que resiste no se le puede exigir defenderse contra ella con acciones legales; o una causa de atenuación de la culpabilidad (*Schuld minderungsgründe*) en caso de vencibilidad del error o de exigencia del empleo de acciones legales<sup>68</sup>.

La libertad del legislador a la hora de consagrar la mencionada regulación propia, atípica, desbordando los criterios dogmáticos tradicionales, dice DREHER, se vio favorecida al no existir para el tratamiento del error sobre los presupuestos de una causa de justificación, ni una re-

gulación legal general ni una opinión coincidente en la doctrina y la jurisprudencia<sup>69</sup>.

Frente a esta interpretación de DREHER, aceptada mayoritariamente, de una justificación a la medida del &113, la teoría de HIRSCH bascula, por el contrario, hacia el terreno de la legítima defensa<sup>70</sup>. La declaración de impunidad del & 113-III-1 en los supuestos de antijuricidad de la acción oficial debe entenderse en clave de una remisión indirecta al ejercicio del derecho contemplado en el &32. Se consagraría de este modo un “precepto particular de legítima defensa”<sup>71</sup>.

Así, no basta con la falta de conformidad a derecho de la actuación funcional para justificar la resistencia sino que deben concurrir a su vez el requisito de “necesidad” y el elemento subjetivo de justificación, a saber, la voluntad de defensa.

Tal exigencia de necesidad va a ser ya consignada singularmente por el legislador, recalca HIRSCH, en el & 113 en la forma peculiar de “exigibilidad” de empleo de medios jurídicos<sup>72</sup>. De esta forma desplegaría sus efectos tanto en el plano de la justificación como en el del error.

En cuanto al elemento subjetivo, a la vista de la redacción legislativa, se presupone irrefutable su presencia a favor del autor<sup>73</sup>.

En caso de desdenarse por el sujeto el empleo de los instrumentos legales cuando le era exigible el mismo, se estaría produciendo un exceso en la legítima defensa (ausencia de necesidad) que en virtud del estado de excita-

65 Al mismo pensamiento respondían el &20 E 1962 y &19 AE. DREHER E. “Der Irrtum...”, pág. 228.

66 Véase KÜHL en LACKNER/KÜHL, *StGB*... “&17 Rdn.15; FISCHER en TRÖNDLE/FISCHER *StGB*, 49 Aufl., 1999, “&16” Rdn. 27. Véase ROXIN *Derecho penal. Parte general*. T.I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid 1997, pág.581/82 (traducción de LUZÓN/DÍAZ/DE VICENTE de la segunda edición alemana, *Strafrecht.AT, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 2.Auf. München, 1994), &14 nm 56. n.67 Este autor *ibidem* estima que en su resultado esta teoría viene a coincidir en el tratamiento del error con la teoría restringida o limitada de la culpabilidad; difieren en el dato de que hace posible la participación de un sujeto de mala fe en el hecho del que sufre el error.

67 Así se recoge en “Der Irrtum...”, págs. 227 y 228. Esta propuesta, *de lege ferenda*, va a ser catalogada por ROXIN *Derecho Penal*... dentro de la “teoría de la culpabilidad independiente en cuanto a las consecuencias jurídicas”. Dicha teoría se caracteriza por desligarse completamente del &16 en el tratamiento del error de tipo permisivo. No sólo aprecia un delito doloso sino que además construye un marco penal propio para el caso de vencibilidad del error. ROXIN *ibidem*.

68 DREHER E., “Die Sphinx...”, págs. 381 y ss. “Nochmals zur Sphinx... en *JR* 1984, pág. 402. Véase SEEBODE, *Die Rechtmässigkeit*..., pág. 88 y pág. 95.

69 DREHER, *Die Sphinx*..., pág. 382. Resalta a su vez este autor, *ibidem*, la buena acogida que tuvo esta regulación entre los representantes de la praxis jurídica por la elasticidad que la ley respecto a las consecuencias jurídicas concede a la atenuación de la culpabilidad.

70 HIRSCH J.H., “Zur Reform...”, pág. 251, n. 62. En el mismo sentido LENZ, *Die Diensthaltung und ihre Rechtmässigkeit in & 113 StGB*, Diss., Bonn, 1987 pág. 174. Sobre la teoría de HIRSCH, por ejemplo, sintéticamente WESSELS, *Strafrecht*... núm. 622; BUBNOFF, “113”... núm 23; ESER, S-S “113” núm 19; HORN E., “113” *SK StGB* II,25 Lfg 4 Aufl (September 1989), núm. 22.

71 Véase HIRSCH J.H., “Zur Reform...”, págs. 247, 248, 249 n. 57 y *passim*. Nótese que HIRSCH apela para respaldar su teoría a la autorizada opinión (dada su decisiva influencia en la conformación del &113 por su condición de ponente en la Comisión Especial) de HORSTKOTTE en las deliberaciones legislativas. De acuerdo con esta teoría de HIRSCH, LENZ, *Die Diensthaltung*..., pág. 174. En línea parcialmente diversa THIELE, “Verbotensein und Strafbarkeit des Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte”, *JR* 1979, pág. 397, BERGMANN, *Die Milderung der Strafe nach & 49 II StGB*, 1988, pág. 124 (n.33) y págs. 126 y ss y HORN, “113...” n.º 22, que hacen depender la justificación de la resistencia, incluso la opuesta a acciones oficiales antijurídicas, de la observancia previa de acciones legales.

72 HIRSCH J.H., “Zur Reform...”, pág. 248.

73 HIRSCH J.H., “Zur Reform...”, pág. 248 n. 53.

ción que regularmente impregna las situaciones de resistencia, será exculpable conforme a lo prescrito en el &3374.

Finalmente, para este autor el error sobre la legitimidad equivale a error sobre la antijuricidad del ataque en la legítima defensa<sup>75</sup>. Y el tratamiento dispensado por el &113-IV se orienta hacia la solución propugnada por la teoría estricta de la culpabilidad en estas hipótesis: la normativa del error de prohibición.

### 2.2.3. La “Rechtmissigkeit der Diensthandlung” como condición objetiva de punibilidad

A pesar de que el espíritu de la Reforma de 1970 fue huir a toda costa de las negativas consecuencias provocadas por la teoría dominante hasta entonces, la de la condición, un sector minoritario sigue manteniendo hoy en día la calificación de condición objetiva de punibilidad del & 113-III-1; mas la redacción actual del precepto impide a sus partidarios sostener esta concepción de forma pura debiendo recurrir a la inserción de diversas variaciones, lo que provoca que se la catalogue en algunos casos de “modificada” (*modifizierte objektive Bedingung der Strafbarkeit*).

Los representantes de esta postura son WESSELS<sup>76</sup>, BOCKELMANN<sup>77</sup>, HAFT<sup>78</sup> y BLEY<sup>79</sup> existiendo a su

vez en el ámbito jurisprudencial algún pronunciamiento al respecto<sup>80</sup>.

Dicen estos autores que dada la estructuración y formulación del párrafo no es posible apreciar en el requisito de legitimidad ni un elemento del tipo ni tampoco una causa de justificación. En el primer caso porque el legislador de 1970 ha segregado de la descripción típica del primer párrafo la exigencia de “legitimidad”. En el segundo porque se ha optado por una formulación neutral, incolora, de la cláusula del & 113-III-1 “no punible” descartando la inequívoca de no antijurídica; además esta exclusión legislativa de la teoría de la justificación se ve reforzada por las reglas del error del & 113-III-2 y el IV. Por tanto, nos hallaríamos ante una condición objetiva de punibilidad modificada o alterada mediante las atípicas reglas del núm. 481.

Estos argumentos no parecen, sin embargo, ser de la suficiente entidad como para contrarrestar los obstáculos insalvables que presenta la defensa de esta teoría tras la Reforma de 1970. Difícilmente como afirma generalizadamente la doctrina será posible compatibilizar la “solución de la condición” con las reglas del error consignadas en el &113. Del mismo modo, problemático será negar la repercusión del elemento para el injusto del hecho con la consiguiente exclusión de la legítima defensa frente a acciones antijurídicas<sup>82</sup>.

74 HIRSCH J.H., “Zur Reform...”, pág. 251. El &33 declara impune el exceso intensivo de legítima defensa cuando la causa esencialmente codeterminante del mismo se haya debido a un *estado emocional asténico* causado por terror, miedo o pavor. A pesar de que HIRSCH se refiere a él como exceso exculpable hay que reseñar que no existe una posición doctrinal y jurisprudencial unitaria respecto al fundamento y naturaleza de este exceso motivado por “estados pasionales asténicos”. Ampliamente véase IGLESIAS RIO M.A., *Fundamento...*, págs. 431 y ss. Interpretan por el contrario este “exceso” como “objetiva causa de exclusión de la pena”, THIELE, *ibidem*, BERGMANN, *ibidem*, y HORN *ibidem*.

75 HIRSCH, “Zur Reform...”, pág. 251. Así lo sostuvo también, afirma este autor, HORSTKOTTE como relator en la Comisión Especial para la Reforma del Derecho penal (Prot. V, 2890).

76 *Strafrecht.BT...*, cit., núm. 622.

77 *Strafrechts.BT...*, 13 & 18 VI 2.

78 *Strafrecht.BT* 6 Aufl., München 1997, pág. 4.

79 BLEY, *StrafrechtII.BT*, 10 Aufl, München 1976, pág. 329. También MAURACH, eso sí parcialmente, en el suplemento a su Manual con motivo de la Reforma de 1970, *Nachtrag II zur 5 Auf (1969) des Strafrechtslehrbuchs*, Karlsruhe, 1971 págs. 11 y ss.: diferencia entre el *Abs 3* que lo considera una condición objetiva de punibilidad y el *Abs.4* especial elemento de la antijuricidad libre del dolo.

80 Así en la primera sentencia de la KG tras la reforma, *NJW 1972* pág. 781. Extenso comentario crítico en SEEBODE, *Die Rechtmissigkeit...*, págs. 74 a 76. El *BGH* no se ha pronunciado de manera manifiesta hasta el presente sobre la problemática de la clasificación dogmática de la exigencia de legitimidad. Véase sobre La “solución de la condición”, por ejemplo, KÜPPER W., *Strafrecht BT 1*, Berlin, 1996, pág. 123 n.º 43; KÜHL, en LACKER/KÜHL *StGB &113* núm 17; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, 4 Aufl., Berlin-New York, 1995, &91 II núm. 35.

81 En estos términos WESSELS, *Strafrecht...*, núm. 622.

82 Véase BUBNOFF, “113... núm 22. Sobre las diversas objeciones cfr. asimismo DREHER, “Die Sphinx...”, págs. 367 y ss.; SEEBODE, *Die Rechtmissigkeit...*, págs. 73 y ss. Para cerrar la exposición sobre la clasificación dogmática hacemos eco de la opinión de un reducido sector doctrinal que califica el requisito de “legitimidad” de causa de exclusión de la pena (*Strafaußschliessungsgrund*). En este sentido, BOTTKER W., “Wege der Strafrechtsdogmatik, zugleich eine Besprechung der Gedächtnisschrift für HORST SCHRÖDER” en *JA 1980*, pág. 98 y SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht.BT*, 1980, 22/24, 31 (“la resistencia es fruto únicamente de una fuerte irritación del sujeto no estando autorizada en un Estado de Derecho la interpuesta violentamente”). Véase, por ejemplo, OTTO, *Grundkurs...*, &91 II núm. 35. NEUHEUSER, *Die Duldungspflicht...*, 189 núm. 29, habla respecto a estos dos autores de causa de exclusión de la culpabilidad.

### III. Los presupuestos de la "legitimidad de la acción oficial"

Polémico resulta también la fijación del contenido del elemento, es decir, de los presupuestos que deben estar presentes en una acción oficial para que se estime su legitimidad. Es en el seno del delito de resistencia donde cristaliza la formación de un "concepto jurídico penal específico de conformidad a derecho", de carácter restrictivo para el ciudadano, que posteriormente se extenderá a otros tipos de la parte especial así como al ámbito de la justificación, especialmente a la causa de justificación de ejercicio del cargo<sup>83</sup>. Junto a él, se han formulado otro tipo de propuesta que van desde la antigua "teoría objetivo material", pasando por "la teoría de la eficacia", hasta llegar a la pujante hoy en día teoría de la "ejecutabilidad"<sup>84</sup>. A ello habría que sumar las posibilidades interpretativas abiertas por recientes pronunciamientos del *BVerfG* lo que ha dado lugar a diversos posicionamientos doctrinales novedosos.

3.1 El concepto penal de conformidad a derecho o la teoría del deber del cargo (*Amtspflichttheorie*)

Un concepto penal propio de conformidad a derecho desligado de los principios aportados por el Derecho administrativo y Derecho de ejecución es hoy el dominante tanto en la jurisprudencia como en la doctrina alemana<sup>85</sup>. Este concepto supone la preeminencia de la legalidad formal frente a la corrección material de la actuación del funcionario ejecutor. Así la acción pública será conforme a derecho en los términos del §113 si el *Amtsträger* ha observado las formalidades esenciales (1.º), es competente territorial y funcionalmente (2.º), y ha realizado un examen conforme a deber, en caso de actuación discrecional o actuación por propia iniciativa, de los presupuestos materiales sobre los que se sustenta su intervención (3.º). Si este *Amtsträger* actúa por orden o mandato (*Handeln auf Befehl*) bastará que ejecute legalmente la orden recibida por superior competente en "la confianza del carácter legal de la misma". Ello siempre que ésta no sea manifiestamente antijurídica (4)<sup>86</sup>.

83 NEUHEUSER, *Die Duldungspflicht...*, pág. 7. La coincidencia de los elementos básicos de ambas construcciones conceptuales, la justificación de acciones oficiales y el concepto penal de conformidad a derecho es resaltada por KÜPPER W., "Die Bedeutung des §105 Abs.2 StPO für die Rechtmässigkeit der Diensthandlung (&113 Abs. 3 StGB) en *JZ* 1980, pág. 637. Partidarios de una generalización a otros tipos delictivos del StGB distintos del §113 y §136, entre otras, OLG Köln *NSZK* 1986, 234(235); OLG Schleswig, *JR* 1985, 474(474)=*NSZ* 1985, 74(75); VITT E., "Gedanken zum Begriff der 'Rechtmässigkeit der Diensthandlung' bei §113 StGB", en *ZStW* 106 (1994), pág. 586 n. 18. En contra -especialmente en los tipos de detenciones ilegales- BUBNOFF, &113... n.º 27; OTTO, *NSZ* 1985 75 comentario a la sentencia OLG Schleswig de 15.6. 1984-1 Ws 366/84; AMELUNG/BRAUER, *JR* 1985, 475 comentando la sentencia anteriormente citada. Respecto a la causa de justificación de ejercicio del cargo, causa de justificación carente en Alemania de regulación, la literatura y jurisprudencia mayoritaria se pronuncian por un concepto penal específico integrado por el "examen conforme a deber de los presupuestos objetivos de justificación". Sin embargo, se rechaza la admisión de este examen como elemento subjetivo de todas las causas de justificación. Véase SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ I., *El ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad*, Barcelona, 1995, págs. 144 y ss. Véase modernamente sobre el examen conforme a deber como especial presupuesto de justificación en la literatura alemana TRAPERO M. *Los elementos subjetivos de justificación y de atipicidad penal*, Granada, 2000, págs. 400 y ss.

84 Es esta la clasificación más generalizada entre la doctrina moderna. Véase por ejemplo, VITT, "Die Gedanken...", págs 581 y ss.; SEEBODE, *Die Rechtmässigkeit...*, p. 111; KÜHL en LACKNER/KÜHL, *StGB...* "§113" núm 7. Nótese que la doctrina alemana, en contraposición al "concepto penal específico", cataloga a estas tres teorías como "propuestas ligadas al Derecho público".

85 Sostienen esta línea de pensamiento BOCKELMANN, *Bes. Teil* 3, 1980, pág. 138 ss. DREHER/TRÖNLE, "§113"... Rdn. 11, (también en TRÖNDE/FISCHER & 113 Rdn. 11); ESER en: *StGB Kommentar* & 113 Rdn. 28 y ss. Este autor, sin embargo, a partir de la 18.ª ed. cambia de opinión pasando a recoger las aportaciones más relevantes de la doctrina crítica frente al concepto penal específico. Cfr. su opinión actual en S-S "§113"... n.º 21.; GEPPERT, en *JURA* 1989, 274, 279; GÜNTHER, *NJW* 1973, 309; HIRSCH, en *LK*, 10 Aufl. 1984, vor & 32 Rdn. 146 f.; KOLRAUSCH/LANGE, *StGB*, 43. Aufl. 1961, & 113 Anm. 2, 3; LACKER K, *StGB*, 20 Aufl., "§113" Rdn. 7, (también en LACKER/KÜHL "§113" Rdn.7); MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Bes. Teil, Teilbd. 2*, 7. Aufl 1991, & 69 Rdn. 10 ff.; OPPE, *MDR* 1961, 196, 197; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht Bes. Teil. 2*, Aufl. 1983, 22/31; BUBNOFF "113" Rdn. 25 ff. en *LK*; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11 Aufl. 1969, pág. 502 y ss.; WESSELS, *Bes. Teil 1...*, págs. 133 y ss. MÖBIUS *Die Funktion...* pág.120 y ss, 129; VITT, "Gedanken...", págs. 580; SEEBODE H., *Die Rechtmässigkeit...* pág. 195; NEUHEUSER *Die Duldungspflicht...* pág. 196 y ss, 207. La jurisprudencia y doctrina partidaria del concepto penal de conformidad a derecho tomada de VITT "Gedanken...", págs. 583/4 n. 6 y 7, y NEUHEUSER, *Die Duldungspflicht...*, pág. 196 n. 62 y 63. Entre la cuantiosa jurisprudencia podemos citar RGSt. 5, 295, 297; 6, 400, 403; BGHSt 4, 161, 164; 21, 334, 365; 24, 125, 130; BayObLG *JZ* 1980, 109 y *JZ* 1989, 24; OLG Bremen *NJW* 1977, 158, 159; OLG CELLE *NJW* 1971, 154 y *NJW* 1979, 57, 58.

86 Véase NEUHEUSER, *Die Duldungspflicht...*, págs. 196 y ss.; ESER S-S &113 n.º 21; BLEI, *Strafrecht...*, pág. 329; ART/WEBER, ob.cit., núm 129; SEEBODE, *Die Rechtmässigkeit...*, págs. 110 y ss. OSTENDORF H., "Die Strafrechtliche Rechtmässigkeit rechtswidrigen hoheitlichen Handels" en *JZ* 1981, págs. 165 y ss., esp. pág. 166; AMELUNG, "Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamte" en *JS* 26 Jahrgag, Mayo 1986, Heft 5, págs. 330 y ss, esp. pág. 334; del mismo "Die Rechtfertigung und Entschuldigung von Polizeibeamten in deutschen Recht" en *Rechtfertigung und Entschuldigung*. Rechtsvergleichende Perspektiven, Band II, Freiburg i.Br, 1988, págs. 1327 y ss., esp. págs. 1360 y ss. JESCHECK H.H., *Lehrbuch...*, & 35-1; REINHART M., "Das Bundesverfassungs-

Dichos requisitos deben concurrir cumulativamente<sup>87</sup>. Si así sucede, el comportamiento del *Amsträger* estará justificado aunque luego se demuestre la no existencia de los presupuestos objetivos de la intervención. Ello acontece en los siguientes casos judiciales repetidamente difundidos por la literatura alemana<sup>88</sup>: –el del policía que detiene al sospechoso de un delito que en realidad es inocente, guiado por el gran parecido físico con el verdadero delincuente; –el del agente judicial que realiza un acto de ejecución sobre un falso destinatario (v.gr. procede al embargo en un piso que no pertenece al deudor); –la hipótesis del funcionario de policía que contravinendo lo dispuesto en el §81 a *StPO* encarga a un *Medizinalassistent*, en lugar de a un médico titulado, la extracción de una muestra de sangre al conductor presuntamente ebrio.

El creador doctrinal de esta “legalidad penal específica” va a ser BOLZE en su contribución en la *Goldammer Archiv* de 1875<sup>89</sup>, siendo el Tribunal del Imperio en jurisprudencia constante el encargado de su propagación y desarrollo. No obstante, es posible señalar como auténtica precursora del mismo la praxis del Alto Tribunal Prusiano (*ObPT*)<sup>90</sup>.

Según BOLZE, uno de los primeros intérpretes del Código de 1870, “ejercicio legítimo del cargo equivale a ejercicio conforme a su deber”<sup>91</sup>. Para sustentar esta expresiva afirmación este autor parte de dos premisas fun-

damentales<sup>92</sup>. En primer lugar, que el §113 protege al funcionario, por tanto, se produce una identificación entre objeto de protección y objeto de ataque. En segundo lugar, y ligado a ello, en este artículo no se trataría de un desempeño conforme a derecho del poder del Estado... sino de que aquel funcionario desempeñe su cargo o funciones conforme a derecho...

En virtud de esta comprensión del párrafo, el requisito de *Rechtmässigkeit*, afirma BOLZE, deberá ser dilucidado en base a la relación que une al funcionario con su cargo, relación interna Estado/funcionario, y no a la relación externa entablada entre el poder del Estado y sus súbditos, sus ciudadanos<sup>93</sup>. De esta forma, el criterio de la licitud objetiva de la acción de ejecución se vería postergado pasando a primer plano el del cumplimiento de las obligaciones del cargo, en cuya determinación no es posible prescindir de la valoración de momentos subjetivos. Dichos momentos dice BOLZE no pueden hacerse coincidir con la “buena fe del funcionario” o “su creencia de estar actuando conforme a deber”, como pretendía determinada doctrina,<sup>94</sup> sino con el examen o juicio de la concurrencia de los presupuestos de hecho de su intervención realizado conforme a deber, es decir, empleando “toda la diligencia que hubiera desplegado un funcionario diligente y honrado de su misma categoría”<sup>95</sup>. Cuando el servidor público realiza semejante examen cuidadoso y

gericht wechselt die Pferde: Der strafrechtliche Rechtmässigkeitsbegriff” en *Strafverteidiger* (en adelante *StV*) 2/95, págs. 101 y ss. del mismo “Abschied vom strafrechtlichen Rechtmässigkeitsbegriff” en *NJW* 1997, Heft 14, págs. 911 y ss, esp. pág. 912; REICHERT-HAMMER H., *Politische Fernziele und Unrecht*, Berlin, 1991, págs. 283 y ss.; ROXIN “Der Strafrechtliche...” págs. 45 y ss. Del mismo en su Manual (2ª ed), al tratar la causa de justificación de ejercicio del cargo §17 A, que reproduce de manera casi idéntica su artículo anteriormente reseñado; LÜKE G. “Die Bedeutung vollstreckungsrechtlicher Erkenntnisse für das Strafrecht” en *FS für A.KAUFMANN* zum 70 Geburtstag, Heidelberg, 1993, pág. 567; FISCHER en *TRÖNDLE/FISCHER StGB* n.º 11; KÜHL en LACKER/KÜHL *StGB... “§113”* núm. 7; ZIELINSKI, “§113” *AK* Band III, Neuwied und Darmstadt, 1986, núm 22; BUBNOFF, & 113 *LK* núm. 25; GEP- PERT, K “Zum strafrechtlichen “Rechtmässigkeit” Begriff (§113 StGB) und zur strafprozessualen Gegenüberstellung en *Jura* 1989, Heft 5, pág. 276; BACKES/RANSIEK, “Widerstand...”, cit. *infra*, pág. 627; MAURACH/SCHRÖEDER/MAIWALD & 69 II, 22; VITT, “Gedanken zum Begriff...”, págs. 582-584; SCHALL, *Gesetzliche...*, pág. 30; MÖBIUS, *Die Funktion...*, pp 123 y ss. PAEFFGEN H-U, “Allgemeines Persönlichkeitsrecht der Polizei und §113 StGB, en *JZ* 1979, pág. 520; GÓMEZ BENÍTEZ J.M., *El ejercicio legítimo del cargo* (Discrecionalidad administrativa y error en Derecho penal), Madrid, 1980, págs. 27 y 28; IGLESIAS RÍO M.A, *Fundamentos...*, págs. 126-130; SÁNCHEZ GARCÍA I., *Ejercicio legítimo...* págs. 144 y ss. BLUMENBERG, *Die Rechtmässigkeit...*, pág. 5.

87 SEEBODE, *Die Rechtmässigkeit...*, pág. 112.

88 Véase entre otros ROXIN, *Strafrecht.AT...*, & 17 A; del mismo “Der strafrechtliche...”, págs. 45 y ss. SEEBODE, *Die Rechtmässigkeit...*, pág. 125; VITT, “Gedanke...”, pág. 582 aludiendo a los dos primeros casos que se citan.

89 Tomo 23, págs. 389 y ss: “Ueber den Begriff der Rechtmässigkeit der Amtsausübung im § 113. des Reich-Strafgesetzbuchs”. Le atribuyen el papel de fundador de esta orientación, por ejemplo; BENDER B., *Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung i.s des §113 StGB*, Diss., Freiburg i.Br, 1953, pág. 1; SCHALL, *Gesetzliche...*, pág.39 n.1; BLUMENBERG, *Die Rechtmässigkeit...*, pág. 5.

90 STUHRMANN, *Widerstand...*, págs. 73 y ss.; 84 y ss.; HASS G.: *Wie entstehen Rechtsbegriffe?, Darstellt am Beispiel der objektiven Strafbarkeitsbedingungen*, München, 1973, págs. 15 y ss. SCHALL, *Gesetzliche Grundlagen...*, pág.39.

91 *Die Rechtmässigkeit Ausübung des Amtes das ist die pflichtmässige Ausübung* [el original aparece en caracteres góticos]. BOLZE, “Ueber den Begriff...”, pág. 394.

92 En este sentido CLAUSS W., *Der spezifisch Strafrechtliche Begriff der Rechtmässigkeit der Amtshandlung in §113 Abs.3 StG*, Diss. Tübingen, 1973, págs. 10/11 al comentar la *Ampflichttheorie* en su primera formulación.

93 BOLZE, “Ueber den Begriff...”, pág. 391. Destaca, entre otros, la prevalencia de esta relación interna frente a la externa en esta teoría, FLESCHE, “Zur Lehre von der Rechtmässigkeit...”, pág. 69.

94 En concreto cita BOLZE a OPPENHOFF, n. 17 & 113. BOLZE, “Ueber den Begriff...”, pág. 394.

95 BOLZE, “Ueber den Begriff...”, pág. 394. Junto a BOLZE preconizan, en lo fundamental, esta *Ampflichttheorie* en la antigua literatura penal alemana, OLSHAUSEN J., *Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, Berlin, 1912, “§113”, n. 15ª; MEVES en HOLZENDORFFS *Handb. IV*, pág. 308; HÄLSCHNER, *Strafrecht II 2*, pág. 809; KALLINA, *Notwehr gegenüber Amts*

llega al convencimiento de la presencia de estos presupuestos está obligado como buen funcionario, a actuar; su proceder se calificará de legítimo a pesar de que posteriormente se demuestre que incurrió en un error. Si no actúa, por contra, será culpable de lesionar su deber, lo cual podrá originarle, según las circunstancias, al menos una dura sanción disciplinaria<sup>96</sup>.

La exclusiva consideración de la perspectiva funcional y más en concreto de su vertiente subjetiva queda patente en lo que desde entonces se conocerá como “teoría del deber del cargo”, mientras que inversamente aparece para la misma totalmente ignorado el punto de vista del ciudadano<sup>97</sup>. Su deber de tolerar las acciones ejecutivas deberá acomodarse a los derechos y deberes del funcionario frente al Estado<sup>98</sup>. De este modo se consuma, en palabras de sus detractores, la confusión entre dos ámbitos relacionales distintos: el disciplinario, jerárquico en el que se encuentra el funcionario con sus superiores y el extrínseco en el que se ubica el funcionario ante el ciudadano<sup>99</sup>.

En suma, éstos serían los **presupuestos metodológicos** sobre los que (originariamente) se aposenta la mencionada orientación.

El concepto jurídico penal de conformidad a derecho aparece presidido por **una finalidad político-criminal** pareja a la implorada por la jurisprudencia a la hora de de-

cantarse por la “teoría de la condición”: reforzar la protección del funcionario en aras a un más eficaz desempeño de su función sirviendo de esta forma a una correcta tutela del bien jurídico protegido en el §113. Este reforzamiento viene requerido, como llamó la atención la Comisión Especial para la 3.ª Reforma, por la peculiar situación en la que se halla el funcionario ejecutor. Frecuentemente se verá inmerso en situaciones difíciles en las que es preciso adoptar una decisión apresurada sin que le sea posible valorar correctamente todas las circunstancias concurrentes. Si se aplicara aquí el concepto de conformidad a derecho estricto del Derecho administrativo, el riesgo del funcionario sería tal que se produciría el peligro de que su iniciativa fuera paralizada con el consiguiente perjuicio para la colectividad<sup>100</sup>.

Subyacería por tanto tras este concepto, la máxima del “privilegio estatal a equivocarse” (“*das grosse Vorrecht des Staates zu irren*”) acuñada por WALTER JELLINEK en 1931<sup>101</sup>.

Como argumento justificativo de esta teoría, sus partidarios más actuales invocan también razones ligadas a la gestación y configuración legislativa del delito. Esta concepción, al ubicarse en un espacio intermedio entre las dos posibilidades interpretativas extremas, la teoría de la legalidad por una parte y la de la eficacia por otra estaría en

handlungen, Prag, 1898, págs. 55 y ss. BORCHARDT, *Die Verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für die rechtmässigkeit Ausübung der Amtsgewalt im Sinne des § 113 Str-G-B*, Diss., Greifswald, 1903, p. 63; FREUND, *Arch.f. öff. R I*, pág. 113; FLESCHE, “Zur Lehre von der Rechtmässigkeit...”, pág.68; PLÜCKEN, *Ist die Rechtmässigkeit der Amtsausübung beim Widerstand gegen die Staatsgewalt Tatbestandsmerkmal oder Strafbarkeitsbedingung?*, Diss., Köln Krefeld, 1932, págs. 17 y ss. ROLLER M., *Der Widerstand gegen die Staatsgewalt im reichsdeutschen und österreichischen Recht (§§113, 114, 117-119 RStGB, 81, 82, öStGB)*, Leipzig, 1934, págs. 37 y ss. SCHWARZAT, *Zur Auslegung...*, pág. 19; LISZT, *Lehrbuch*, 171, pág. 555; LUCAS, *Strafr. Praxis, Teil II*, pág. 355. Véase la referencia bibliográfica entre otros en SCHALL, *Gesetzliche Grundlagen...*, pág. 38 n. 2, HELD, *Der Widerstand gegen die Staatsgewalt*, Breslau-Neukirch, 1933, págs. 56/7 y WEISSLER, *Die Rechtmässigkeit...*, pág. 28 n.2. Sintetizan la orientación de BOLZE, BECKER F.J., *Über den Begriff...*, págs. 20 y 21; ROLLER, *Der Widerstand...*, págs. 28 y 29; BADER R., *Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung als Voraussetzung der Strafbarkeit der Widersetzung (§113 R.St.G.B)*, Diss, Strassburg, 1914, págs. 28/9; LUZÓN PEÑA D.M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, 1978, págs. 289/90.

<sup>96</sup> Véase MERSMANN, *Der Begriff der Rechtmässigkeit...*, págs. 51 y 52.

<sup>97</sup> LLama la atención sobre ello, por ejemplo, STREIT, *Widersetzung...*, pág. 92 y MERSMANN, *Der Begriff der Rechtmässigkeit...*, pág. 55.

<sup>98</sup> SCHALL, *Gesetzliche...*, pág. 40.

<sup>99</sup> Véase STREIT, *Widersetzung...*, pág. 93; STÜHRMANN, *Widerstand...*, pág. 91; BEUTNER E., *Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung beim Widerstand gegen die Staatsgewalt*, Diss., Berlin, 1916, pág. 32; FLESCHE, “Zur Lehre von der Rechtmässigkeit...”, pág. 69; HELD, *Der Widerstand...*, pág. 52.

<sup>100</sup> *BT Drucks VI/502*, ág. 5. Véase ARTZ/WEBER *Strafrecht* n.º 129. KÜPPER, *Strafrecht...*, n.º 45; SEEBODE, *Die Rechtmässigkeit...*, págs. 113/4, 124/5 y 188 y ss. REINHART M., “Das Bundesverfassungsgericht...”, pág. 101; del mismo *Abschied...*, pág. 912; BACKES/RANSIEK, “Widerstand...”, págs. 626/7; WESSELS, *Strafrecht...*, n.º 625; VITT, *Gedanken...*, págs. 581/2; NEUHEUSER E., *Die Duldungspflicht...*, págs. 5 y 197; REICHERT-HAMMER H., *Politische Fernziele...*, pág. 286; SCHÜNEMANN, “Rundung Betrachtet” en *JA* 1972 pág. 708. En la jurisprudencia, entre otras, aparece plasmada esta justificación del concepto... en las sentencias: BGH 4, 161= *NJW* 1953, 1032; KG *NJW* 1972, 781( 782); OLG Kalsruhe, *NJW* 1974, 2142(2143 f); OLG Köln *NStZ* 1986, 234(235).

<sup>101</sup> *Verwaltungsrecht*, 3ª Auf (1931) pág. 294. Véase OSTENDORF, “Die Strafrechtliche...”, pág. 166; AMELUNG, “Die Rechtfertigung...”, *JS* 334; del mismo “Rechtfertigung und Entschuldigung...”, pág. 1360; ROXIN, “Der strafrechtliche...”, pág. 5; del mismo *Derecho penal...*, & 17 11; KÜPPER, “Pflichtgemässe Prüfung bei Zuziehung von Durchsuchungszeugen”, en *NJW* 1971, Heft 38, pág. 1681 y ss ( pág. 1683/4); SPENDEL G., “vor §32” *LK* 10 Aufl., Berlin, 1985, Rdn. 64. SÁNCHEZ GARCÍA I., *Ejercicio legítimo...*, pág. 147; IGLESIAS RÍO M.A., *Fundamentos...*, pág. 127.

perfecta sintonía con el punto de vista transaccional de los intereses ciudadanos y estatales que alumbró la regulación del delito en 1970 y que luego resultó plasmado en la específica regulación del error<sup>102</sup>.

### 3.1.1 Análisis de los requisitos integradores del concepto penal de conformidad a Derecho

#### 3.1.1.1 La competencia territorial y objetiva del funcionario ejecutor

La competencia territorial del funcionario aparece determinada con carácter general por el ámbito de su circunscripción oficial (*Amtsbezirk*)<sup>103</sup>. De esta forma el policía de ferrocarriles sólo será competente en el espacio ferroviario o el funcionario de una oficina de viviendas (*Wohnungsamt*) únicamente podrá confiscar las ubicadas en su circunscripción<sup>104</sup>. Sin embargo, no siempre ocurrirá así, debiendo atender en todo caso a las características de la acción pública efectuada. Una muestra de ello lo proporciona la actividad policial en el marco de la evitación de delitos. En este supuesto el límite espacial de actuación del funcionario de policía no se ubicará en su circunscripción oficial sino en las fronteras del *Land* al que pertenece. Incluso excepcionalmente dicho funcionario podrá superar estas fronteras y actuar legítimamente en otro *Land* en el supuesto que se halle persiguiendo a un delincuente conforme a lo dispuesto en el artículo 167 *GVG*<sup>105</sup>.

La competencia material u objetiva, presupone que la acción efectuada por el funcionario caiga dentro del círculo de sus asuntos oficiales (*in den Kreis seiner Amtsgeschäfte/Dientsgeschäfte*). Como ejemplos ilustrativos de ausencia de este tipo de competencia, menciona la doctrina alemana las hipótesis del juez que procede personalmente a embargar en lugar del *Gerichtsvollzieher*, o del policía que trata de satisfacer una pretensión de Derecho privado<sup>106</sup>.

#### 3.1.1.2. La observancia de las formalidades esenciales

La licitud de la actuación oficial aparece supeditada, en segundo lugar, al cumplimiento por parte del funcionario de las formas esenciales (preceptivas) en la concreta intervención. Pacíficamente se sostiene que a la hora de dictaminar la “esencialidad” de la disposición sobre la forma habrá que atender a si, según su contenido, sentido, y fin, resulta imprescindible para el mantenimiento de los derechos del afectado<sup>107</sup>.

De esta forma, no se consideran esenciales por no servir a este fin protector de los derechos del afectado las meras instrucciones o normas reglamentarias internas del servicio (*rein innerdienstliche Vorschriften*), como por ejemplo, las referidas al uniforme y distintivos oficiales, porte de armamento, etc.<sup>108</sup>.

Por el contrario, se incardinarian dentro de las mismas, en el ámbito de la ejecución forzosa la existencia de un título de ejecución, de una “cláusula ejecutoria” o de noti-

102 Véase KÜHL en LACKNER/KÜHL *Strafgesetzbuch...* “&113” núm 7; BUBNOFF, “& 113” *LK* núm. 25. Recoge este argumento poniéndolo en boca de LACKNER, *StGB* 20 Aufl... &113 Rdn 7, REINHART M., *Das Bundesverfassungsgericht...*, pág. 104.

103 SEEBODE, *Die Rechtmässigkeit...*, pág. 115; KÜPPER, *Strafrecht...*, pág. 125; ESER, S-S “113” Rdn. 25; FISCHER en TRÖNDLE/FISCHER *StGB* “&113” Rdn 12; BUBNOFF, “&113” *LK* n.º29; KÜHL en LACKNER/KÜHL *Strafgesetzbuch...*, “&113” Rnd 8.

104 Entre otras BGH 4, 112 comentada por KERN, *JZ* 53, 701; BGH 21, 361; Bay-ObLG *NJW* 54, 362; OLG Celle NdsRPf.64, 258. Véase estos ejemplos, por todos, MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD *Strafrecht...*, & 69 II 11.

105 Para ello es requisito indispensable que la persecución se haya iniciado en el propio Estado (OLG Hamm *NJW*). Otros “casos de urgencia” se encuentran en preceptos jurídicos de los diversos *Ländern*. CLAUSS, *Der spezifisch...*, pág. 26; SEEBODE, *Die Rechtmässigkeit...*, pág. 116; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht...*, &69 II 11; ROXIN C., “Der strafrechtliche...”, p.46; del mismo *Strafrecht...*, &17 A 3; BUBNOFF, “&113” *LK* n.º29; HIRSCH H-J, “vor &32” *LK*.

106 SEEBODE, *Die Rechtmässigkeit...*, págs. 117/118; ESER, “113...” Rdn.24; KÜPPER, *Strafrecht...*, pág. 125; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht...*, & 69 II 11; CLAUSS, *Der spezifisch...*, pág. 25; BUBNOFF “&113”..., Rdn. 28 a; SCHALL, *Gesetzliche...*, pág. 226; JESCHECK H.H., *Lehrbuch...*, &35.I. 2; ROXIN C., “Der strafrechtliche...”, p.46; del mismo *Strafrecht...*, & 17 A 3. Según la jurisprudencia alemana (OLG Neustadt, *JR* 59 28; OLG Hamburg, *NJW* 1976, 2174), en tanto que la acción oficial se enmarca dentro de la competencia del funcionario no se convierte en antijurídica, a nuestros efectos, en el supuesto de que sea realizada fuera del horario de servicio (por ejemplo por un policía libre de servicio). Véase ESER, “113...” Rdn.24.

107 RGSt 17, 122, 125; BGHSt 5,93, 94; BayObLG *JZ* 1980; MAURACH/SCHRÖEDER/MAIWALD, *Strafrecht. B.T.*, &69II Rdn.13; MAURACH, *Nachtrag II...*, pág. 7; v.BUBNOFF, “&113”... Rdn.30; ESER, “113...” Rdn. 26; VITT, *Gedanken zum Begriff...*, pág. 602; KÜPPER W., “Die Bedeutung...”, pág. 632; NEUHEUSER *Die Duldungspflicht...*, pág. 602; HORN, “&113...” Rdn 11; BLUMENBERG, *Die Rechtmässigkeit...*, págs. 9/10.

108 FISCHER en TRÖNDLE/FISCHER *StGB* “&113...” Rdn 13; BUBNOFF, “&113...” Rdn. 30; ESER, “&113...” S-S Rdn 26; NEUHEUSER, *Die Duldungspflicht...* pág. 198; MAURACH/SCHRÖEDER/MAIWALD, *Strafrech. B.T.*, &69II Rdn.13; VITT E., “Gedanken...”, pág. 602; REINHART M., “Das Bundesverfassungsgericht...”, págs. 101/102; entre la doctrina antigua BINDING, *Lehrbuch II...*, pág. 744; RG 17, 122; LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 23 Auf., Berlin und Leipzig, 1921, pág. 790.

ficación de la sentencia (&& 704, 724, 750 I ZPO –ley procesal civil alemana–)<sup>109</sup>. Lo mismo ocurriría con: la orden judicial de registro –salvo “peligro de demora” (*bei Gefahr in Verzug*)– cursada tanto en sede de esta ejecución forzosa (el art. 758 ZPO autoriza al *Gerichtsvollzieher* a registrar la casa del deudor con la finalidad de proceder al embargo de cosas muebles), como en el proceso penal (art 105.1 StPO)<sup>110</sup>, la llamada de testigos en caso de resistencia a la ejecución por parte del deudor o de su ausencia del artículo 759 ZPO o paralelamente, la establecida para el registro domiciliario sin presencia del juez o del fiscal en el &105-2 StPO<sup>111</sup>, la necesidad de formalización por escrito de la orden de detención (& 114, inc.1 StPO...), la comunicación del motivo esencial por el que se procede a una medida de identificación...<sup>112</sup>. En el marco del empleo de la coacción directa, se estima formalidad esencial la previa advertencia del uso de la misma<sup>113</sup>.

### 3.1.1.3. El examen conforme a deber<sup>114</sup>

Es, sin duda, este tercer requisito el que más contribuye a establecer la especificidad del concepto penal de conformidad a derecho pudiendo considerarse el elemento nuclear del mismo. Sin embargo, no es predicable de todas las actuaciones ejecutoras públicas sino exclusivamente de aquellas en que el funcionario goza de un margen discrecional referido a la apreciación de los presupuestos de hecho de su actuación<sup>115</sup>.

Se le ha caracterizado como el examen cuidadoso o diligente por parte del funcionario de los presupuestos fácticos que motivan su intervención según las circunstancias por él conocidas y reconocibles<sup>116</sup>, estribando su especial y polémica significación en el hecho de que se confiera a su concurrencia la capacidad para neutralizar en orden a la legalidad penal del & 113-III-1, el déficit de los citados

109 RG 16, 275; ESER, “&113...” S-S Rdn 26; SEEBODE, *Die Rechtmässigkeit...*, pág. 119, que cita a su vez las garantías para el inicio de la ejecución del artículo 751 ZPO (día de inicio...); WESSELS J., *Strafrecht...*, n.º 630; NIEMEYER J., “Bedeutung des & 136 Abs.3 und 4 StGB bei Pfändung von Sachen”, in *JZ* 1976, págs. 314, 316.

110 La necesidad de esta orden judicial para considerar legítimo el registro es una exigencia constitucional a tenor de lo dispuesto en el artículo 13 (“inviolabilidad del domicilio”) de la Ley Fundamental de Bonn. Sin embargo, en este mismo artículo se excepcionan los supuestos en que pueda concurrir “peligro de demora” en cuyo caso resultarán facultados para ordenar el registro domiciliario “los otros órganos previstos por la ley”. En referencia al &758 ZPO, ante el silencio legislativo, ha sido afirmada expresamente por el Tribunal Constitucional Alemán, (Bundesverfassungsgerichts=*BVerfGE*) en su resolución 51,57. En relación al registro domiciliario penal, el &105 incorpora literalmente la prescripción constitucional. FISCHER en TRÖNDLE/FISCHER *StGB* “&113...” Rdn 13; BUBNOFF, “&113...” *LK Rdn 30*; WESSELS J., *Strafrecht...*, n.º 630.

111 En este caso se deberá llamar “a un funcionario municipal, dos testigos vecinos del municipio, sin que puedan ser los llamados ni agentes de policía ni funcionarios auxiliares de fiscalía”. Un precepto semejante en nuestro derecho positivo lo recoge el art. 569 LECr. No obstante su consideración como formalidad esencial aparece negada por un cierto sector jurisprudencial alemán. Se ha consultado para este y otros artículos de la Ley procesal penal alemana *Strafprozessordnung*, 26 Auf. Deutscher Taschenbuch Verlag, así como las traducciones al español de la citada ley de GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal Alemán. Introducción y normas básicas*, Barcelona, 1985.

112 Véase los autores anteriormente citados. Véase exhaustivamente BUBNOFF, “&113...” *LK Rdn 30* y ss. También en CLAUSS, *Der spezifisch...*, págs. 26 y 27; y SCHALL, *Gesetzliche...*, págs. 227 a 230.

113 Por todos BUBNOFF, “&113” *LK Rdn 30b*. que cita la sentencia: AG Schwandorf *NStZ* 87, 280. Aunque se puede prescindir de esta previa advertencia si las circunstancias no lo permiten, en especial, cuando es necesario el empleo urgente de los medios coactivos para contrarrestar un peligro. LISKEN/DENNINGER, *Handbuch des Polizeirechts*, 1992, F Rdn. 515 y ss, especialmente 515 y 520.

114 Se utilizan en Alemania además de la expresión *pflichtgemässe Prüfung* también las de “discrecionalidad conforme a deber”, “discrecionalidad debida” (*pflichtgemässe Ermessen*, *ordnungsmässige Ermessen*), “ejercicio de la discrecionalidad conforme a deber” (*pflichtgemässer Ausübung des Ermessens*).

115 Se distingue modernamente en el seno de esta teoría tres tipos de situaciones de ejecución: a) El supuesto en que el funcionario ejecuta directamente leyes o reglamentos (por ejemplo la detención provisional del & 127 StPO o la extracción coactiva de sangre del & 81 StPO) b) El supuesto en que lo hace de actos estatales con efectos externos bien sean judiciales (sentencias, providencias) o administrativos, es decir, actos de otros órganos públicos c) Y finalmente la ejecución por orden. Únicamente (con carácter general) en el primer caso poseería el funcionario facultad de decisión propia entrando en juego el examen conforme a deber. En el segundo supuesto, que suele prestarse a confusión con el tercero, sostienen estos autores que el acto de ejecución queda cubierto por el del acto estatal en el que se basa en virtud de su *Tatbestadwirkung* orientándose la cuestión de la conformidad a derecho de la actuación del funcionario hacia el terreno de “la eficacia jurídica” del acto estatal previo. Dicha actuación será antijurídica en caso de que éste sea nulo o no ejecutable. Véase ESER, “& 113”... n.º 32; BUBNOFF, “&113”... *LK* n.º 31 y 32 citando a GÜNTHER, *NJW* 73, 309 y OSTENDORF, *JZ* 1981, 172. En el mismo sentido NEUHEUSER, “Die Duldungspflicht...”, pág. 198. La tripartición de las acciones a las que se refiere el &113 es aceptada *mutatis mutandis* por representantes de las otras opciones apuntadas. Véase, por ejemplo, como representante de la “teoría de la legalidad” GASSMANN, “Die Rechtmässigkeit...”, pág. 11, aunque con matices.

116 Así por ejemplo, la sentencia del BGH 21, 363 dice: “se trataría únicamente de si el funcionario consciente de su responsabilidad y bajo la mejor ponderación posible conforme a deber de las circunstancias por el conocidas, pudo considerar como necesaria

presupuestos fácticos detectada a *posteriori*; esto es, la capacidad de subsanar el posible error cometido por el funcionario en su apreciación. Mas la efectividad del referido examen se detiene en estas hipótesis carenciales ya que su ausencia no desvirtúa la objetiva legitimidad de la acción pública<sup>117</sup>.

Modernamente ESER<sup>118</sup> recalca la necesidad de que este examen sea interpretado teniendo presente “un baremo objetivo”, cifrado en “lo que a un funcionario razonable de la misma categoría en una semejante situación pueda pedírsele” (...*was man von einem verständigen Beamten der betreffenden Kategorie in einer derartigen Situation verlangen kann*) y no tanto en la capacidad individual del correspondiente *Amtsträger* como se postula tradicionalmente<sup>119</sup>. Con esta fórmula del “funcionario promedio” (*Durchschnittsbeamte*) se contrarrestaría la sempiterna acusación de subjetivación achacada a esta teoría<sup>120</sup>, introduciendo una sensible acotación a la doctrina del concepto penal.

No hay unanimidad sin embargo en el seno de los partidarios del “concepto penal” en cuanto a los perfiles que debe presentar dicho error para privilegiar la actuación del funcionario. Se puede hablar con NEUHEUSER<sup>121</sup> de una tesis restrictiva y una tesis extensiva. La primera sostiene que debe ser un error invencible (*unvermeidbare*)<sup>122</sup> (“error no culpable”). La segunda, se refugia “en la culpa no grosera, no grave del funcionario (*kein grobes Verschulden*)”<sup>123</sup> para ensanchar su margen de protección contribuyendo así, según sus partidarios, a una más adecuada tutela del bien jurídico del &113. De esta guisa, bastaría en opinión de esta segunda corriente, abanderada entre otros por BUBNOFF<sup>124</sup>, el error levemente imprudente.

Al lado de esta cuestión se ha planteado a su vez el tema del error de derecho –error sobre los presupuestos jurídicos de la intervención por desconocimiento o falsa interpretación del funcionario de los preceptos legales relevantes para él en el caso concreto<sup>125</sup>–. La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia<sup>126</sup>, de forma constante, le pri-

---

y objetivamente justificada la acción”. Véase KÜPPER W., “Die Bedeutung... págs. 633, pág. 635; Del mismo KÜPPER, “Pflichtgemässe...”, pág. 1683. Véase BUBNOFF, “&113” *LK*, n.º 32, que cita la sentencia BayObLG *JR* 1989 24.

117 Así se entiende generalmente en sede del &113. MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht. B.T.*, &69 II 16; BUBNOFF, “113...” *Rdn* 32; ESER “113...” n.º 27; KÜHL en LACKNER/KÜHL *StGB* “113...” *Rnd* 10; Stuttgart *NJW* 71, 629 y BayObLG *JZ* 80, 109 ambas sentencias comentadas por KÜPER págs. 629 (= “Die Bedeutung...” cit. ) y 1681(= Pflichtgemässe Prüfung... cit.) de las respectivas revistas, autor que se muestra conforme con la mencionada posición.

118 “113...” *Rdn* 27. En línea paralela VITT, *Gedanken...* págs. 590/591; SEEBODE, *Die Rechtmässigkeit...*, págs. 189 y ss. KÜPPER, “Die Bedeutung...”, pág. 636; WEBER en ARTZ/WEBER *Strafrecht...*, LH5 *Rdn* 133. En la doctrina antigua también encuentra eco este concepto del *Normalbeamte* paralelo al del *bonus pater familias* o del “ordenado comerciante” manejado por otras ramas del derecho. Véase STREIT, *Widersetzung...*, pág. 102.

119 Esta capacidad individual, afirman críticamente ARTZ/WEBER *Strafrecht...*, LH5 *Rdn* 133, puede desempeñar únicamente su papel en el juicio de su culpabilidad, por ejemplo, a la hora de excluir el dolo o la conciencia de la antijuricidad respecto a una privación de libertad ilegal (&239 I) o una coacción(&240) pero no constituir medida de juicio de la acción del funcionario.

120 VITT, *Gedanken...*, pág. 591. Es mediante esta comprensión restrictiva [objetiva] como se logra borrar eficazmente los residuos autoritarios en el seno del concepto penal de conformidad a derecho y como se puede mantener dentro de unos límites razonables el empleo del monopolio estatal de la fuerza.

121 NEUHEUSER S., *Die Duldungspflicht...*, págs. 198 a 200.

122 Por ejemplo BGHSt 21, 334 (363), Bay *JR* 89 24 comentada por BOTTKE; FISCHER en TRONDLE/FISCHER *StGB... &113* *Rdn* 14; HIRSCH, “Vor & 32...” *Rnd* 146; KÜHL en LACKNER/KÜHL *StGB...* *Rnd* 12; VITT, “Gedanken...”, págs. 591 y ss. ESER, “&113...” *Rdn* 28; PAEFFGEN, “Allgemeines...”, pág. 523.

123 Se habla también con idéntico contenido de “notoriedad” (*Offensichtlichkeit*). En estos términos BUBNOFF, “&113...” *Rn* 34; BGHSt, 4, 161(165). Véase NEUHEUSER, *Die Duldungspflicht...*, pág. 200.

124 “&113...LK n.º 33. Del mismo parecer MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD & 69 II *Rnd* 15; OPPE, *MDR* 1961, 196 (a.E); En sintonía con esta postura, NEUHEUSER, *Die Duldungspflicht...*, pág. 196. Jurisprudencialmente, las sentencias BGH 24, 125 (130); Celle *NJW* 71, 154; Bay *JR* 89, 24; OLG HAMM GA 1973, 244 (245); OLG Zweibrücken VRS 40, 192 (193). Críticos con este criterio de “la culpa grosera, grave” tachándola de imprecisa y vaga formulación: VITT, “Gedanken...”, pág. 591, n. 38; ESER, “& 113... *Rdn*.28; HERZBERG R.D., “Unrechtsausschluss und Erlaubnistatbestandsirrtum bei versuchter und bei vollendeter Tatbestandserfüllung” en *STREE/WESSELS-Festschrift*, Heidelberg, 1993, pág.. 206.

125 Por ejemplo, si en una incorrecta estimación del alcance del &811 ZPO el *Gerichtsvollzieher* embarga bienes inembargables como ropa, aparatos de radio y televisión... Véase REHBINDER, *Die Rechtmässigkeit...* cit. *infra*, pág. 39.

126 Entre otras RG 11, 175, 178; 26, 249, 250 f; 27, 153, 155; BGH 24, 125, 130 en conexión con la sentencia Bay OLG, *NJW* 1965, pág. 1088, 1089; OLG HAMM, GA 1973, pág. 244 f. Selección tomada de las aportadas por SEEBODE, *Die Rechtmässigkeit...*, págs. 126 notas 2 y 3; 127 y 128. Doctrinalmente, DREHER/TRONDLE *StGB*, & 113 *Rnd*. 14 (Ahora en TRONDLE/FISCHER *StGB* citado); LACKNER, *StGB* 20 Aufl. &113 *Rnd* 13 (Ahora LACKNER/KÜHL *StGB* citado); JESCHECK, *Allg. Teil* pág. 352; LENCKNER, en: S/S, vor & 32 *Rdn*. 86.<sup>a</sup>; TRIFFTERER, *Festschrift für Mallmann*, 1978, pág. 373, 398; WESSELS, *Strafrecht...*, n.º 622 y ss; HAF, *Strafrecht...*, pág.6. SEEBODE, *Die Rechtmässigkeit...* pág. 127; MÖBIUS, *Die Funktion...*, pág. 123; ESER, en S/S &113 *Rdn* 29. Del mismo parecer que los autores anteriores, la doctrina antigua, por ejemplo, BINDING *Lehrbuch* II, 769. El carácter do-

van de toda eficacia. Se entiende que el Estado debe ser el único responsable de la formación de sus funcionarios ejecutores no pudiendo trasladar al ciudadano el riesgo de los posibles errores jurídicos cometidos por los mismos<sup>127</sup>.

### 3.1.1.4 La actuación por orden de un superior<sup>128</sup> (*Handeln auf Befehl*)

A la hora de dilucidar la conformidad a derecho del funcionario que ejecuta una orden impartida por su superior, la teoría del “concepto penal...” antepone el principio funcional de obediencia a la legalidad de la mencionada orden; o dicho en otros términos, se hace prevalecer su “obligatoriedad” o “vinculatoriedad” (*Verbindlichkeit*) de cara al receptor frente a su corrección intrínseca<sup>129</sup>. Gravitosa, por tanto, esta construcción en torno a la figura de las “órdenes antijurídicas obligatorias”. Ello se traduce en la siguiente formulación jurisprudencial, que ya tuvimos ocasión de anticipar, y que ostenta la vitola de absolutamente dominante: el funcionario ejecutor obra conforme a derecho si ejecuta legalmente una orden no manifiestamente antijurídica emanada (según las preceptivas formas) por autoridad superior competente (territorial y materialmente) en la confianza de su conformidad a

derecho<sup>130</sup>; además, afirma la jurisprudencia alemana de manera apodictica, el subordinado no está autorizado ni obligado por regla general al examen de la corrección material de la orden<sup>131</sup>.

Las razones que llevan a patrocinar esta concepción no difieren, a grandes rasgos, de las expuestas con carácter general para fundamentar la teoría del concepto penal específico. También aquí está latente la equiparación entre *Amtspflichtmässigkeit* y *Rechtmässigkeit*. El funcionario que en sometimiento a los principios funcionariales de jerarquía y subordinación lleva a la práctica de manera escrupulosa y recta una orden para él vinculante aunque materialmente antijurídica, no debe permanecer sustraído a la protección de las leyes penales<sup>132</sup>.

Se aduce por añadidura a la hora de rechazar una facultad examinadora del funcionario subordinado que los mismos no poseen en comparación al emisor de la orden los suficientes conocimientos situacionales y jurídicos para enjuiciar su legalidad. Es de presumir que cuanto más peldaños se avance en el escalafón jerárquico nos encontraremos ante un mayor grado de preparación y cualificación<sup>133</sup>.

Finalmente se trae a colación una determinada versión del bien jurídico protegido: en el §113 *StGB* no se prote-

minante de esta opinión y la enumeración de sus partidarios, por todos, en VITT, *Gedanken...*, p. 583 n. 5. Véase también GÓMEZ BENÍTEZ, *El ejercicio...*, pág. 42.

127 SEEBODE, *Die Rechtmässigkeit...*, pág. 127; se argumenta también en la línea de que el funcionario aglutina mayores exigencias de conocimiento legal dada su específica formación respecto al particular por lo que su error encajará siempre en la categoría de evitable. Véase VITT, *Gedanken...*, pág. 583 y nota 5.

128 A la misma se equipararía la actuación por mandato de una autoridad facultada para ordenar, como por ejemplo, la fiscalía y el *Gerichtsvollzieher* en relación a la policía, en virtud de lo dispuesto en los parágrafos 125 *GVG* y 758 III *ZPO* respectivamente. Cfr. ESER, “§113”... n. 31; SEEBODE, *Die Rechtmässigkeit...*, pág. 128 n. 4.

129 BLUMENBERG pág., *Die Rechtmässigkeit...*, págs. 11 y ss. BEUTNER E., *Die Rechtmässigkeit...*, pág. 61. VITT “Gedanken...”, págs. 597/8; SCHALL, *Gesetzliche...*, pág. 47. REINHART, “Das Bundesverfassungsgericht...”, pág. 102. De forma crítica va a ser resaltado este dato por SCHALL, *Gesetzliche...* págs. 262 y ss. Según este autor de esta manera “la teoría del concepto penal específico...” está dando respuesta al problema de la conformidad a derecho del §113 adoptando miméticamente los criterios acuñados para solucionar el problema de la responsabilidad del funcionario por hechos punibles cometidos en el cumplimiento de una orden, cuando lo que se castiga en dicho parágrafo no es a dicho funcionario sino al particular que resiste. En el mismo sentido, entre otros, ZIELIENSKI, “§113”... n.º 25.

130 Entre otras RGSt 55, 161, 163; 58 193, 195; BGHSt 4, 161, 162; KG 15-XII-1971, *NJW*, 1972 (p.781,782); OLG Karlsruhe, *NJW* 1974 (p. 2142, 2143); OLG Köln, *NJW* 1975 (págs.889, 890). En esencia, ya el Alto Tribunal Prusiano por ejemplo en GA Bd.19 (1871), s.808, 809; GA Bd.20 (1872) S.94, 95. Doctrinalmente entre los partidarios modernos de esta solución, entre otros, BUBNOFF, “§113” Rdn 35; VITT, *Gedanken...*, págs. 597 y ss. FISCHER “§113” en TRONDLE/FISCHER *Strafgesetzbuch...*, n.º 15 (aunque sin mencionar expresamente el requisito de la “actuación en confianza” hablando solamente de vinculatoriedad, esto es, competencia y formalidades); MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD *Strafrecht...* BT &69 II Rdn. 18 y 19 (con examen del superior). Véase SCHALL, *Gesetzliche...*, pág. 50; SEEBODE, “*Die Rechtmässigkeit...*”, pág.130; PAEFFGEN, “§113” *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 3, 7 Lfg (30.11.1999), Baden-Baden, 1.Aufl. 1995, Rdn 36; ROSTECK, “Der unkritische Befehlempfänger” en *NJW*, 1975, Heft 19, pág.862; del mismo *Anmerkung zum KG, Ur. v. 15.12.1971* en *NJW* 1972 Heft 30, 1335. Desde postulados extraños a la *Amtspflichttheorie*, sin embargo, en una dirección similar STRATENWERT en su relevante estudio *Verantwortung und Gehorsam (Zur strafrechtlichen Wertung hoheitlich gebotenen Handels)*, Tubingen, 1958, espec. págs. 165 y ss.

131 RGSt 55, 161, 162; 58, 193, 195; BGHSt 4, 161, 162; KG *NJW* 1972, (p.781, 782); OLG Karlsruhe, *NJW* 1974 (págs.2142, 2143). Véase STÜHRMANN R., *Widerstand...*, p.87; SCHALL, *Gesetzliche...*, pág. 48; CLAUSS, *Der Spezifisch...*, pág. 22; ROSTECK, *Der unkritische...*, págs. 862/863; ESER, “§113”... Rdn. 31; SEEBODE, *Die Rechtmässigkeit...*, pág. 130.

132 SCHALL, *Gesetzliche...*, pág. 47, STÜHRMANN R., *Widerstand...*, p.87. En esencia CLAUSS, *Der spezifisch...*, pág. 22. MERSMANN, *Der Begriff der Rechtmässigkeit...*, págs. 94 y ss.

133 En este sentido VITT, *Gedanken...*, pág. 600. En similares términos, SEEBODE, *Die Rechtmässigkeit...*, págs. 131/132 y págs.193/194 apoyándose en las sentencias OLG Karlsruhe, cit. y BGHSt 4, 161, 164, 21.

ge el unitario poder del Estado como concepto abstracto sino más bien sólo la actividad de ejecución del funcionario ejecutor y no en modo alguno la orden de la autoridad superior<sup>134</sup>.

En idéntica medida, es nítidamente perceptible tras esta solución de la “obligatoriedad”, la finalidad política-criminal auspiciadora de la teoría del “concepto penal específico...”, a saber, la preservación de la posición del funcionario obediente con vistas a garantizar el ágil y normal funcionamiento de la actividad estatal, motivo al que debe su existencia la regulación delictiva del §113 StGB<sup>135</sup>.

Procede, sustrayéndonos a la inabarcable aportación doctrinal sobre las órdenes antijurídicas obligatorias<sup>136</sup>, desentrañar sucintamente el significado de esta fórmula jurisprudencial, paradigma de lo postulado en este campo en el seno del §113 StGB por la “*Amtspflichttheorie*”.

En primer lugar, para que el cumplimiento de una orden materialmente antijurídica deje imperturbada la legalidad

del §113 III es necesario que el ordenante posea la competencia territorial y material. Así, faltará dicha competencia a juicio de la jurisprudencia, cuando la autoridad policial ordena al funcionario de policía la realización de una pretensión de Derecho privado<sup>137</sup>. Además la orden debe estar revestida de las formalidades preceptuadas en las leyes.

Es ciertamente esta competencia y estas formalidades las que confieren, en palabras de los tribunales alemanes, el carácter de obligatoriedad para el inferior de la orden materialmente irregular, su legalidad formal<sup>138</sup>.

Se admite generalizadamente que no se precisa, sin embargo, la realización de examen conforme a deber tal como lo hemos explicado anteriormente por parte del superior ordenante<sup>139</sup>.

Por otra parte, el error de apreciación del superior que avoca a la expedición de la orden antijurídica es indiferente que sea fáctico o jurídico<sup>140</sup>. Ello introduce una importante matización respecto a la ejecución por propia ini-

134 Ya este planteamiento en BOLZE; asimismo ROLLER, *Der Widerstand...*, págs. 51 y ss. Ambos autores mencionados por BENDER, *Die Rechtmässigkeit...*, pág. 26 n. 23. También goza de rancio abolengo el argumento de que no tiene sentido otorgar al particular una mayor facultad examinadora de la acción del cargo que la concedida al funcionario en lo tocante a la orden de su superior. Este argumento expresamente en FREUND, “Die Verantwortlichkeit der Beamte” en AÖR (1886) pág. 132. Se hacen eco del mismo, SCHALL, *Gesetzliche...* págs. 47/48 y 270. Merece la pena reseñar asimismo, el argumento del trato igualitario que debe conferirse a las distintas modalidades de acción por el ejecutor. Entre otros dicho razonamiento lo encontramos en FELBER R. *Die Rechtswidrigkeit des Angriffs in der Notwehrbestimmungen*, Munich, 1979, págs. 157, 158, 160, 161, al afirmar que el funcionario ejecutivo no tiene por qué estar expuesto a sufrir la legítima defensa de un tercero afectado si ha actuado conforme a deber, pues de lo contrario supondría que se trataría desigualmente, o lo que es lo mismo, más favorablemente, al funcionario diligente que obra por propia iniciativa en relación con el igualmente diligente pero en base a una orden. Dicha opinión tomada de QUERALT JIMÉNEZ, *La obediencia debida en el Código penal*, Barcelona, 1986, pág. 411.

135 Como afirma la sentencia del RGSt 2, 411 (415), invocada por BENDER, *Die Rechtmässigkeit...*, pág. 24, la energía y determinación del funcionario se vería menoscabado en perjuicio del Estado y su autoridad, si el acto ejecutor de un funcionario actuante en obediencia debida se considerase como antijurídico. En este mismo sentido SEEBODE, *Die Rechtmässigkeit...*, con alusiones a la sentencia anteriormente citada así como a las del BGHSt 4, 161, 164; 21, 334, 365 ss y la de la OLG Karlsruhe NJW 1974.

136 Esta cuestión encuentra acomodo sistemático en la parte general, concretamente en sede de la exención de la responsabilidad criminal del funcionario por obediencia debida –nótese que dicha eximente no encuentra mención expresa en el StGB fundamentándose en la legislación administrativa y militar precedentemente citada. Vid. MORILLAS CUEVAS *La obediencia debida*, 1984, págs. 37 y 38–. Se sostienen en la doctrina alemana dos tipos de posicionamientos. El que se cataloga de más extendido, admite solamente la exculpación del funcionario ejecutor de la orden antijurídica pero vinculante. La otra alternativa se decanta por la justificación del destinatario obligado a obedecer. Dentro de sus partidarios se asume mayoritariamente la tesis propuesta por STRATENWERTH, *Verantwortung...*, de una “colisión justificante de deberes” (*eine rechtfertigende Pflichtenkollision*) siendo de aplicación el §34 StGB (estado de necesidad justificante). Véase, por ejemplo, sintéticamente las partes generales de ROXIN (trad.2ª) & 17 B y JESCHKE (trad.4.ª ed.) & 35 II. Sobre la teoría de STRATENWERTH, CERERO MIR J., “Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia” en *Revista de Estudios Penitenciarios*, año XXII abril-junio 1966, n.º173, págs. 348 n. 111, 349 n. 114. Profusa relación del estado de la controversia en la doctrina germana en QUERALT, *La obediencia...*, págs. 211 y ss.

137 Sentencias del RGSt 26, 291(293); 29, 199(201), 40, 212(216); BGHSt v.7.2.1961-5StR 483/60 entre otras; BENDER, *Die Rechtmässigkeit...* pág.27; BUBNOFF, “& 113”... Rdn. 35; SEEBODE, *Die Rechtmässigkeit...*, pág. 129 n. 2; SPENDEL, &32...LK, n.97.

138 FISCHER, “&113” en TRONDLE/FISCHER *Strafgesetzbuch...*, n.º 15, citando las sentencias BGH 4, 110; 162; KG NJW 72, 781, KÖLN NJW 75, 889; SEEBODE, *Die Rechtmässigkeit...*, pág. 125, también con reseña de jurisprudencia, y pág. 194; BLUMENBERG, *Die Rechtmässigkeit...*, pág. 12.

139 SEEBODE, *Die Rechtmässigkeit...*, pág. 194. En contra de la opinión mayoritaria, ESER, “&113”... Rdn.31 y MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD *Strafrecht*.B.T... 2&69 II 18 S.143 y en AT &29 I exigiendo adicionalmente que el dador de la orden haya actuado en el marco de su deber de examen, cuando la orden ha sido expedida en virtud de la debida discrecionalidad. Igualmente SEEBODE, *Die Rechtmässigkeit...*, pág. 194.

140 En esta dirección se han pronunciado constantemente los tribunales alemanes: BGHSt 4, 161; RGSt 55, 161; KG NJW 1972 781; OLG Köln NJW 1975 889; OLG Karlsruhe NJW 1974 2142... Véase BUBNOFF, “& 113”... n. 35 y n. 57; SEEBODE, *Die Rechtmässigkeit...*, pág. 130 n. 3.

ciativa pues el ejecutor quedará en todo caso cubierto aun que su superior desconozca la situación jurídica<sup>141</sup>.

Desde el punto de vista del subordinado se precisa, además de la corrección en el proceso de ejecución<sup>142</sup>, un requisito subjetivo, a saber, la “confianza en la legalidad de la orden”. Dicho requisito generalmente es interpretado como sinónimo de buena fe y no de manera más amplia como exigencia de examen conforme a deber<sup>143</sup>. A favor de esta interpretación juega la pretensión jurisprudencial de privar al subordinado por regla general de toda posibilidad de examen respecto a la corrección material de la orden recibida<sup>144</sup>.

De esta regla quedarían excluidas, sin embargo, las órdenes manifiestamente antijurídicas, entendiéndose por tales, con carácter general, aquellas que tienen por finalidad la realización de un hecho punible o contravienen ostensiblemente una prohibición legal<sup>145</sup>. El efecto neutralizador de la juricidad (formal) se predica asimismo en las hipótesis en que el subordinado ha reconocido claramente el error del superior sobre los presupuestos de la intervención o ha debido reconocerlo<sup>146</sup>.

Concluyendo, se puede afirmar que la solución dada por esta teoría a este tipo de situaciones supone, un mayor

aligeramiento de las garantías del ciudadano en relación a otro tipo de actuaciones públicas, al trasladarle en su perjuicio, el error de prohibición cometido por el ordenante y descender, desde el punto de vista subjetivo, al estadio de la mera confianza del inferior en el análisis de la orden reduciendo a la mínima expresión sus facultades examinatorias<sup>147</sup>.

### 3.2 La Teoría objetivo-material (*Gesetzmäßigkeitstheorie*)

En el extremo opuesto al concepto penal se sitúa la teoría objetivo-material formulada también en los primeros estadios de vigencia del Código penal de 1871. A pesar de la multiplicidad y heterogeneidad de las diversas opciones que se aglutinan bajo esta corriente, todas ellas estarían transidas por un pensamiento base: *Rechtmässigkeit* (a los efectos del §113) equivale a legalidad, a corrección objetiva de la conducta del funcionario<sup>148</sup>.

Esta interpretación va a ser defendida por un nutrido y significado sector de la doctrina antigua contando con algún defensor contemporáneo<sup>149</sup>. Permanece sin embargo ajena a la praxis jurisprudencial alemana.

141 Dicha situación supone, como ha resaltado gráficamente WAGNER, “Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung OLG Karlsruhe, NJW, 1974, 2142”, en *JuS* 1975, págs. 224 y ss, pág. 225, que “si yerra el superior sobre la situación jurídica y ejecuta él mismo actúa antijurídicamente en el sentido del §113 StGB; pero si no ejecuta él mismo, sino que ordena a su subordinado la ejecución, entonces la acción de ejecución de éste es conforme a derecho... si ejecuta la orden recibida en la forma legal y confiando en su conformidad a derecho”.

142 Esta corrección o legalidad de la ejecución viene colmada por la afirmación positiva de la competencia territorial y material del ejecutor para la realización de la orden (RG JW 1928, 2352) y la observancia de las formalidades esenciales. Véase SCHALL, *Gesetzliche...*, p. 48; SEEBODE, *Die Rechtmässigkeit...*, pág. 129.

143 STRATENWERTH, *Verantwortung...*, pág. 191; SPENDEL, “& 32” LK Rdn. 76 n.155; GÓMEZ BENÍTEZ, *El ejercicio...*, p.44.

144 Así las sentencias, RGSt 24, 389(390) (BENDER *op.cit.*p.22); OLG Karlsruhe NJW 1974 2143; KG NJW 1972 782; BGHSt 4 162 (citadas por BUBNOFF, “& 113” LK Rdn 35). Sobre esta negación jurisprudencial del examen cfr. igualmente MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD *Strafrecht.BT* &69 II n.º 21. Sin embargo, dentro de la doctrina del “concepto penal específico...” se muestran favorables a un deber de examen limitado (*eine begrenzte Prüfungspflicht*): ESER, “113”...Rdn. 31, BUBNOFF, LK & 113 Rdn 35 y FISCHER en TRONDLER/FISCHER *Strafgesetzbuch...* “&113” n.º 15.

145 RGSt 6, 439(440); 54, 337; 71, 284; RGJW 1928, 2325: “contradiga manifiestamente la ley y la Constitución”. Sentencias citadas por BENDER, *Die Rechtmässigkeit...*, págs. 27 y 28. Nótese que Las leyes que regulan la actuación funcional, bien civiles o militares, contemplan ya importantes excepciones a la “obligatoriedad de la orden”, en línea similar a lo sostenido para el §113. El supuesto regulativo más relevante en todas ellas de falta de obligatoriedad los constituye la punibilidad del comportamiento ordenado. Junto a él aparece la lesión de la dignidad humana; finalmente, se invoca asiduamente la infracción de las reglas generales del Derecho internacional en virtud de lo prescrito en el artículo 25 GG.

146 RGSt 2, 10(13); BayObLG VRS 29 26; LG Hamburg DVBL (citada por SCHALL *Gesetzliche...* pág. 50); KÜHL en LACKNER/KÜHL *Strafgesetzbuch...* “&113” Rdn. 14.; ESER, “&113”... Rdn.31; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD &69 II Rdn 19; VITT, *Gedanken...* pág.601; STRATENWERTH, “*Verantwortung...*”, p. 180; en el ámbito militar SCHÖLZ/LINGENS, *WStG* & 2 Rdn.32. A título de ejemplo citan JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrecht, A.T.*, 5ª Aufl, Berlin, 1996, &35 II 2 b, el caso en que el policía que va a realizar una detención provisional ordenada por su superior reconoce la existencia de una confusión en la persona.

147 Subraya este acentuado “aligeramiento”, REINHART “Das Bundesverfassungsgericht...”, pág. 104. Asimismo REICHERT-HAMMER, *Politische Fernziele...*, pág. 285, al referirse a los delitos de resistencia cometidos con ocasión de manifestaciones.

148 La unidad de medida de la *Rechtmässigkeit* del §113 no es en este posicionamiento el *Amtsrechts* sino la ley. HELD K., *Der Widerstand...*, págs. 54 y 57; BINDING, *Lehrbuch...*, págs. 765 y ss. ROLLER, *Der Widerstand...*, pág. 27.

149 Entre los partidarios de la antigua literatura se cuentan: NEUMANN; KIRCHENHEIM; BINDING; M.E. MAYER; MERSMANN; LISZT; SCHMIDT; SAUER; FRANK; GOLDSCHMIDT; BEUTNER; GERLAND; STREIT; HELD, citados. Modernamente: ROSTEK, NJW 1972 pág. 1335 y ss. del mismo NJW 1975 pág. 862 y ss. SCHELLHAMMER, NJW 1972 págs. 319 y ss. ARTZ/WEBER, *Strafrecht BT LH 5 Rn.133*. Véase la recopilación bibliográfica, entre otros en SEEBODE, “*Die rechtmässigkeit...*”, pág. 132 n. 2.

Mediante esta comprensión, y contrariamente a lo acaecido con la teoría anteriormente expuesta, la perspectiva ciudadana se afirma decididamente en detrimento de la estatal<sup>150</sup> operándose la transposición en el campo del Derecho penal del principio político liberal. Implica a su vez esta teoría de la legalidad, en palabras de CLAUSS<sup>151</sup>, una renuncia a la consideración en exclusiva del funcionario como objeto de protección. La tutela del poder, de la autoridad del Estado, se esconde en última instancia tras el §113.

Sin embargo, la radicalidad de los efectos prácticos que conllevaría sostener en estado puro la identidad legalidad/conformidad a derecho, compele a un relevante sector de los partidarios de esta teoría a adoptar (en la práctica) construcciones más matizadas, en las que no dejan de imbricarse algunos aspectos provenientes de la teoría del deber del cargo<sup>152</sup>.

No procede extendernos en todas y cada una de las variantes presentadas por esta teoría, sino de forma genérica enfatizar las principales divergencias que la alejan de su antagónica –sobre el papel– contrincante.

En lo que se ha titulado de “conformidad a derecho formal” o “presupuestos formales de la conformidad a derecho”<sup>153</sup> existe coincidencia con los postulados de la *Amtsmässigkeitstheorie*. El funcionario ejecutor debe ser competente material y territorialmente y respetar el cumplimiento de las formalidades esenciales. La significación conferida a los mencionados requisitos es similar para ambas corrientes, con lo que nos remitimos a lo ya expuesto en su momento.

No ocurre lo mismo a la hora de afrontar el tratamiento de las acciones estatales motivadas por una decisión dis-

crecional del funcionario. En estas hipótesis los partidarios de esta teoría exigen la compatibilidad de la acción efectuada por el funcionario con el derecho vigente. Es preciso que estén presentes los presupuestos bajo los cuales el derecho le faculta a intervenir no siendo suficiente, en orden al requisito de legalidad del § 113, el examen conforme a deber de los mismos por parte de este funcionario<sup>154</sup>.

De acuerdo con este planteamiento, en los clásicos ejemplos expuestos en páginas precedentes, de la detención provisional del inocente, la extracción sanguínea por un asistente sanitario... se defenderá la absolución del resistente<sup>155</sup>.

Se argumenta en esta línea que la representación obtenida por el servidor público ejecutor no puede teñir de legalidad algo objetivamente antijurídico. Especial énfasis adquiere este pensamiento en la contribución de J. GOLDSCHMIDT<sup>156</sup> para el que el castigo de la resistencia no puede estar supeditado al “estado de ánimo del funcionario”. La ley, prosigue este autor, puede solicitar del remitente que examine la concordancia de la acción pública ejecutora con el derecho; no así si el funcionario ha actuado de buena fe o se equivoca excusablemente. También LISZT/SCHMIDT al rechazar el planteamiento de la doctrina mayoritaria expone que “la *Rechtmässigkeit* de la acción pública y por consiguiente la antijuridicidad de la conducta del remitente no puede estar sujeta a un totalmente vago momento subjetivo, a la *bona fides* del funcionario”<sup>157</sup>.

En consonancia con este planteamiento se muestra la solución aportada por esta teoría a la cuestión del error sobre los presupuestos fácticos y jurídicos de la interven-

150 MERSMANN, *Der Begriff der Rechtmässigkeit...*, pág. 55.

151 *Der spezifisch...*, pág. 28.

152 GASSMANN, *Die Rechtmässigkeit...*, pág. 5. Especialmente representativas de una línea intermedia son las teorías de BINDING y M.E. MAYER. Según estos autores, la *Rechtmässigkeit* no se puede hacer depender de la corrección interna de la acción del cargo, pues ello implicaría la posibilidad de revisión material de sentencias firmes o actos administrativos definitivos. BINDING, *Lehrbuch...* pág. 766 subraya esta idea al exponer que no debe ser conforme a la ley el contenido de la voluntad, el cual se debe llevar a ejecutar; más bien debe ser pretendido por la ley únicamente que esta voluntad se ejecute.

153 Entre otros, esta denominación en HELD, *Der Widerstand...*, pág. 59 en contraposición a la conformidad a derecho material, interna o ROLLER, *Der Widerstand...*, pág. 30 y ss. También se habla de conformidad a derecho externa opuesta a la interna. Véase CLAUSS, *Der Spezifisch...*, pág. 30.

154 Véase LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch...*, págs. 790 y 791 que pone como ejemplo el caso de la detención provisional (§127) “...la valoración objetivamente incorrecta conduce a la antijuridicidad de la detención provisional, y ello sin que deba ser tenido en cuenta si la divergencia con la corrección objetiva ha tenido lugar a causa de un error culpable o inculpable, de un error sobre los hechos o sobre la situación jurídica”. En sentido similar FRANK, *StGB* §113, III 2 ( “Concreta competencia”); NEUMANN, “*Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung beim Widerstande gegen die Staatsgewalt*”, *GA Band 22, Jahrgang 1874*, pág. 216, 224; SAUER W., *System des Strafrecht. BT.*, Berlin, 1954, pág. 467; ARTZ/WEBER, *Strafrecht BT*, LH 5 Rn.133 (p.47). Véase SEEBODE, *Die Rechtmässigkeit...*, pág. 132; LUZÓN PEÑA, “Aspectos esenciales...”, pág. 228, espec. n. 559.

155 Véase SEEBODE, *Die Rechtmässigkeit...*, pág. 138; VITT, “Gedanken...”, pág. 585.

156 “Rechtsgrund und Rechtsnatur der Staatlichen Entschädigungspflicht gegenüber unschuldig Verhafteten und Bestraften” en *Festgabe für OTTO GIERKE*, Bd. 3, Breslau, 1910, pág. 109 ff, especialmente en págs. 126 y ss. Véase resumida la opinión de este autor en STRATENWERT, *Verantwortung...*, págs. 189 y ss.

157 LISZT/SCHMIDT *Lehrbuch...*, pág. 790 y ss. Se apoyan ambos autores en el ejemplo de la detención provisional (§ 127). Si la sospecha contra un inocente, afirman LISZT/SCHMIDT se muestra como plenamente infundada, la detención efectuada a causa de la simple sospecha es imposible considerarla como legítima únicamente porque el funcionario ejecutor ha creído que actuaba según

ción. Dichos errores para la misma, sean de la especie que sean, son irrelevantes a efectos de alterar la antijuricidad de la conducta objetivamente incorrecta y en último extremo a efectos de la afirmación o no del delito de resistencia. De esta manera se pronuncian por ejemplo LISZT/SCHMIDT<sup>158</sup> y ARTZ/WEBER<sup>159</sup> y más tempranamente NEUMANN<sup>160</sup>.

Mas el citado principio general –conurrencia de los presupuestos habilitadores– va a ser excepcionado en determinadas circunstancias por un relevante sector de esta teoría. Ello se aprecia, por ejemplo, en la interpretación aportada por BINDING<sup>161</sup>. Para este autor hay una serie de supuestos en los que la propia ley hace depender la licitud de la actuación de la autoridad del convencimiento del funcionario, obtenido conforme a deber, de la concurrencia de los presupuestos fácticos –no concurrentes en realidad– de su intervención<sup>162</sup>. En estos casos la acción efectuada conforme al deber del cargo se co-

rresponde siempre a la voluntad de la ley. Sin embargo, en los restantes casos apostilla BINDING la juricidad de la actuación de la autoridad depende de que efectivamente concurran los presupuestos fácticos de su intervención<sup>163</sup>.

Por último, es preciso referirse al espinoso tema de la “actuación por orden de un superior”. El planteamiento de esta teoría disiente del “criterio de la obligatoriedad” plasmado en la fórmula acuñada por el *Reichsgericht* que podríamos denominar de “actuación en la confianza...”, exigiendo de cara al requisito del §113 –desde diversas fundamentaciones– la corrección jurídica, desde el punto de vista formal y material, tanto de la orden como de su realización<sup>164</sup>.

De resultados de esta interpretación se reclamará un deber de examen de las órdenes del superior más amplio por parte del subordinado en comparación con la teoría precedente<sup>165</sup>.

---

el mejor criterio. Idéntico parecer FRANK, *Strafgesetzbuch*, §113 N.IV; y SAUER W., *System des Strafrechts...*, pág. 467 que esgrime el mismo ejemplo que los primeros.

158 *Lehrbuch...*, pág. 791.

159 *Strafrecht...* Rnd 135 (p.48).

160 “Die Rechtmässigkeit...”, pág. 221. Cfr. SEEBODE, *Die Rechtmässigkeit...*, pág. 137; LUZÓN PEÑA, “Aspectos esenciales...”, pág.289 especialmente n. 559.

161 *Lehrbuch...*, págs. 769/770; del mismo en *Handbuch des Strafrechts*, erster Band, Leipzig, 1885, pág. 742 al tratar la legítima defensa. Sobre este posicionamiento de BINDING, véase por ejemplo HELD, *Der Widerstand...*, pág. 54 y ss, espec. págs. 63 y 64; BEUTNER, *Die Rechtmässigkeit...*, pág. 47; LUZÓN PEÑA, “Aspectos esenciales...”, pág. 292 que conceptúa como “intermedio” este posicionamiento de BINDING.

162 Cita BINDING, *Lehrbuch...*, p.769 la detención provisional o el decomiso.

163 Véase BLUMENBERG, *Die Rechtmässigkeit...*, p 4. De un cariz similar, aunque con una fundamentación propia, se encuentra impregnado el pensamiento de M.E.MAYER “Widerstand gegen die Staatsgewalt” en VD, Berlin, 1906, pág. 443 y ss, que se vertebraba en torno al binomio “voluntad abstracta/ concreta de la ley”. En cuanto a la clase de error apropiado para validar este examen BINDING, *Lehrbuch...*, II 2, pág.770, afirma que los mismos no tienen que responder a un actuar doloso o culposo del funcionario. Respecto al error de derecho dentro de este sector existe disparidad de pensamientos. Así mientras que para unos, por ejemplo MERSMANN, *Der Begriff der Rechtmässigkeit...*, pág. 84 y M.E.MAYER, *op.cit.*, pág.452; afirman la antijuricidad de la acción del cargo, otros como BADER postulan que también el error de derecho del funcionario es apropiado para transformar la antijuricidad objetiva de la conducta en los términos del §113 StGB. Estado de la cuestión, por ejemplo, en CLAUS, *Der spezifisch...*, pág. 35.

164 Es decir, que estén presentes los presupuestos objetivos de los que las leyes hacen depender la licitud de la medida ordenada (GASSMAN, *ob.cit.* pág. 17) NEUMANN, “Die Rechtmässigkeit...”, págs.216, 224; KIRCHENHEIM, “Die Strafbarkeit des Widerstandes gegen den in dienstpflchtigen Gehorsam rechtswidrige Anordnung seiner vorgesetzten Behörde vollstreckenden Unterbeamten”, in GS, Band 30, Jahrgang 1878 págs.172, 191 y ss, pág. 194; BINDING, *Lehrbuch...*, pág. 771-773; GEYER *Grundriss zu Vorlesungen über gem. Deutsches Strafrecht (1885) Bd 2* pág. 138; MAYER M.E., “Widerstand...”, pág. 447; del mismo “Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten” en: *Festschrift Paul Laband, Tübingen 1908*, págs.119-162; HILLER K., *Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung in Begriffe des Vergehens der Widersetzlichkeit (§113 des R-ST.G.-B)*, Würzburg, 1873, pág. 81; STREIT, *Widersetzung...*, págs. 103 y ss. LISTZ/SCHMIDT, *Lehrbuch...*, pág.198 n.1. Sin embargo, LISTZ *Lehrbuch* pág. 171, 555 y § 351 pág.153 pág. 558; FRANK, *Strafgesetzbuch & 113 Anm IV 1.*; JOHN en *HOLZENDORFF Handbuch III* pág.119; GASSMANN, *Rechtmässigkeit...*, págs. 16 y ss. ROSTEK, *NJW 1972* págs. 1335 y ss y *NJW 1975* pág. 862 y ss. ARTZ/WEBER, *Strafrecht... BT Rn 136* (p. 48); MEZGER/BLEI, *Strafrecht BT II (1966)*; WELZEL, *Lehrbuch...*, pág. 503. Con matices, BEUTNER, *Die Rechtmässigkeit...*, p.65 que exige sólo la legitimidad formal de la orden; la material según este autor queda fuera de toda consideración. Véase STÜHRMANN, *Widerstand...*, págs.88/9; ampliamente GASSMANN, *Die Rechtmässigkeit...*, pág. 16. No obstante, advierte STRATENWERT *Verantwortung...*, pág. 191, que muchos de estos autores suelen caracterizar en la mayoría de los casos como legítima también la orden que ha sido emitida según un examen conforme a deber aun cuando materialmente aparece infundada.

165 SCHALL, *Gesetzliche...*, pág. 52. No faltan, sin embargo, expone STÜHRMANN, *Widerstand...*, pág. 89, defensores de la teoría de la legalidad que disiente de este planteamiento debido a la ilimitada facultad de examen a favor del funcionario que conllevaría. Así por ejemplo, BEUTNER, *Die Rechtmässigkeit...*, págs. 58 y ss o HILLER *Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung...* 47 y ss.

### 3.3 La teoría de la eficacia (*Wirksamkeitstheorie*)<sup>166</sup>

Esta teoría pretende dar respuesta a la interrogante aquí planteada mediante la traslación de los principios acuñados por el Derecho administrativo (y de ejecución forzosa, *ZPO*) sobre la eficacia de sus actos. Así conforme a derecho en el sentido del §113 serían tanto los actos lícitos como los que aunque eficaces padecen algún vicio que les hace susceptibles de ser anulados (*anfechtbare oder aufhebbare*); antijurídicos, por el contrario habría que catalogar exclusivamente a las actuaciones funcionariales nulas (*nichtige*)<sup>167</sup>. Supone esta teoría, como acertadamente han manifestado sus críticos<sup>168</sup>, un mayor grado represivo con respecto a las dos anteriores pues el ciudadano solamente se ve exonerado de tolerar la intervención estatal, cuando la misma adolezca de los “vicios más graves y manifiestos”<sup>169</sup>.

Dicho planteamiento, catalogado de minoritario, tuvo su punto de arranque en la tesis doctoral de BENDER<sup>170</sup>, aunque bien es cierto que ya fue defendido durante el período nacionalsocialista por GRAF v. PESTALOZZA<sup>171</sup>.

Tras la reforma de 1970 se cuentan entre sus defensores más significados a W. MEYER<sup>172</sup>, H. WAGNER<sup>173</sup>, KREY<sup>174</sup> y G. LÜKE<sup>175</sup>. Asimismo, fue propuesto por WELZEL infructuosamente en la Gran Comisión para la Reforma del Derecho penal<sup>176</sup>.

Según BENDER conformidad a derecho del ejercicio de las funciones, en el sentido del §113, equivale a eficacia jurídica [administrativa] de la acción desempeñada en este ejercicio. De este modo, la resistencia contra el poder del Estado del §113 es siempre antijurídica si el título y la acción ejecutora son eficaces a pesar de que los mismos puedan ser anulables por mor de cualquier defecto jurídico. Por el contrario, la resistencia no será punible si la acción pública efectuada en el desempeño de las funciones es ineficaz<sup>177</sup>.

Para avalar dicha interpretación ofrece BENDER una serie de argumentos de diverso calado, que a continuación pasamos a exponer.

El primero y que podríamos catalogar como “central” para toda la escuela nos conduce al principio de unidad del ordenamiento jurídico. “La pregunta de cuándo un

166 Esta expresión va a ser propuesta por BENDER. Se conoce también a esta teoría como “el concepto administrativo de conformidad a derecho”.

167 PAEFFGEN, “&113” *Nomos Kommentar...*, n.º 38; VITT, “Gedanken...” págs. 586/7; OTTO, *Grundkurs...*, &91 15 n; KÜPPER, “Die Bedeutung...”, pág.634; NEUHEUSER, *Die Duldungspflicht...*, págs.191 y ss. MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD *Strafrecht...*, &69 II n.23; AMELUNG, “Die Rechtfertigung...”, en *JS 1986* p. 336; ROXIN, “Der Strafrechtliche...”, pág.48; SCHALL, *Gesetzliche...*, pág. 60 y ss. GÓMEZ BENÍTEZ, “*El ejercicio...*”, págs. 41/42 n. 73.

168 Entre otros ROXIN, “Der strafrechtliche...”, pág.48; VITT, *Gedanken...* págs.586/7; HIRSCH, “Vor & 32... en *LK Rdn.* 147; SEEBODE, *Die Rechtmässigkeit...*, págs. 180 y 181 que lo califica de “hostil para al ciudadano”.

169 En estos términos cataloga al acto administrativo nulo el §44 de la Ley de Procedimiento Administrativo alemán ( *Verwaltungsverfahrensgesetz=VwVfG*). Literalmente el n.º 1 de este § 44 reza: “ un acto administrativo es nulo si está afectado de un vicio especialmente grave y esto es manifiesto en una apreciación sensata de todas las circunstancias a tomar en consideración”. De esta forma la *VwVfG* consagra legislativamente la “teoría de la evidencia”(*Die Evidenztheorie*), teoría que con anterioridad a su promulgación era la dominante tanto en la doctrina como en la jurisprudencia y la asumida por los defensores de la “*Wirksamkeitstheorie*” empezando por su creador BENDER. MAURER H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 11.Aufl. München 1997, & 10 IV. El texto legal se ha consultado en [www.jura.uni-sb.de/BIJUS/vwvfg/par\\_44.htm](http://www.jura.uni-sb.de/BIJUS/vwvfg/par_44.htm). Véase BLUMENBERG, *Die Rechtmässigkeit...* págs. 56 y ss. Extensamente BENDER, *Die Rechtmässigkeit...*, cit. *infra*, págs. 68 y ss.

170 *Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung i.S des & 113 StGB*. Freiburg 1953.

171 “Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung” en *DStR=GA Bd 85(1939)*, 34(35f). Resaltan negativamente esta dato VITT, *Gedanken...*, que habla de la notoria influencia en PESTALOZZA del “pensamiento jurídico nacionalsocialista”. En contra, NEUHEUSER, S., *Die Duldungspflicht...* pág. 191, n. 39. También asumieron las tesis de la teoría de la eficacia, STÜHRMANN, *Widerstand...* cit, espec. págs.84 y ss. y DERNEDDE, *DV 1949* pág. 215. Jurisprudencialmente *OLG Hamm* de 7.3.1949 en *DV 1949,214*(comentada por DERNEDDE); *OLG Braunschweig* de 6.4.1951 en *MDR* 1951, 629 ss. En la misma línea, aunque parcial y matizadamente, a su vez STRATENWERTH, *Verantwortung...*, págs. 138 y ss. Próximo a este concepto administrativo la praxis suiza (véase TRECHSEL *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkomentar*, 1989, Rdn. 18 vor Art 285).

172 “Der Begriff der Rechtmässigkeit einer Vollstreckungshandlung i.S des & 113 Abs.3 StGB” en *NJW*, 1972 pág.1845 ss.; del mismo “Nochmals: Der Begriff der Rechtmässigkeit einer Vollstreckungshandlung i.S. des & 113 Abs. 3 StGB” en *NJW* 1973, pág. 1074 ss.

173 En su escrito de habilitación *Amtsverbrechen*, publicado en *Strafrechtliche Abhandlungen Neue Folge*, Band 24, Berlin, 1975; del mismo “Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung-OLG Karlsruhe, *NJW* 1974, 2142-“ en *JS* 1975, pág. 224 y ss.

174 *Strafrecht Bes. Teil*, Band 1, 11.Aufl. 507 y ss. Como integrante de esta teoría se cita frecuentemente la sentencia del *KG JR* 1980 513 (así v.gr. por ROXIN, *Der strafrechtliche...*, pág. 48 n. 5).

175 “Die Bedeutung vollstreckungsrechtlicher Erkenntnisse für das Strafrecht” en *Festschrift für Arthur Kaufmann* 1993 págs. 565 ss, cit., partiendo de “la eficacia procesal” en el contexto de la ejecución forzosa (*ZPO*).

176 *Niederschriften* (citados a veces como *Grkomm.*) Bd.13, pág. 54 y ss. Véase ampliamente SCHALL, *Gesetzliche...*, págs. 29 y ss. SEEBODE H., *Die Rechtmässigkeit...* págs. 140 y ss.

177 BENDER, *Die Rechtmässigkeit...*, págs. 54 y 55.

funcionario ejecutor actúa en el ejercicio legítimo de su cargo pertenece al Derecho público...". "En virtud de la doctrina de los actos estatales defectuosos, sólo el acto nulo debe ser inobservado, mientras que los anulables tienen en principio eficacia jurídica y, por consiguiente, deben ser observados por cualquiera sea autoridad o particular"<sup>178</sup>. Si se autorizara la resistencia activa contra un acto ejecutor eficaz jurídicamente, esto no significaría otra cosa que dicho acto no vincularía para el ciudadano. Y no existe ningún motivo suficiente para admitir que el Derecho penal quiera calificar en su campo como no vinculante un acto estatal a pesar de que este acto bajo el punto de vista del Derecho administrativo y de ejecución debe ser catalogado como eficaz<sup>179</sup>. La interpretación contraria nos avocaría a una contradicción valorativa entre diferentes campos jurídicos, que aunque lógicamente es posible, debe ser evitada por la grave conculcación que acarrearía del principio de unidad del ordenamiento jurídico<sup>180</sup>.

En segundo lugar, alude BENDER a las garantías jurídicas que el moderno Estado de Derecho ofrece al ciudadano frente a sus actos defectuosos. Dicho ciudadano, a diferencia de lo acontecido en épocas pretéritas, tiene a su disposición un amplio abanico de medios jurídicos, recursos, en orden a la neutralización de la eficacia del acto ejecutivo antijurídico<sup>181</sup>.

Finalmente, justifica este autor su construcción apelando al bien jurídico del §113. En el pensar de BENDER, la *Wirksamkeitstheorie* contribuye de modo pleno a garantizar la necesidad política-criminal, acertadamente planteada por

la *Ampflichtstheorie*, de dotar al funcionario, de una protección suficiente para garantizar su labor, y de esta forma asegurar la capacidad de funcionamiento del poder ejecutivo<sup>182</sup>; pero al mismo tiempo, a diferencia de la *Ampflichtstheorie*, atribuye al §113 una función de protección del ciudadano, al resolver el interrogante de la juricidad o antijuricidad de la actuación del funcionario ponderando no la relación de poder funcionario/Estado sino la que con carácter general se entabla entre el Estado y sus súbditos<sup>183</sup>.

¿Cuáles son los concretos resultados a los que llega esta teoría en comparación con las precedentes?

En lo tocante a las "leyes que regulan la ejecución"<sup>184</sup>, o legalidad formal, esto es competencia y formalidades esenciales, la teoría de la eficacia considera relevante únicamente la lesión "manifiesta" de las mismas<sup>185</sup>. Sin embargo, se va a distinguir entre la competencia material y las formalidades esenciales por una parte y la competencia territorial por otra. Mientras que los defectos que afectan a las dos primeras se presumen siempre evidentes, y por tanto acarrear la exención del deber de tolerancia del acto de soberanía, los fallos atinentes a la competencia territorial originan según esta teoría, sólo la anulabilidad dejando inalterada la conformidad a derecho de la actuación funcional<sup>186</sup>.

La aplicación de los principios administrativos, conduce, por otra parte, a la negación de todo significado para la antijuricidad de la resistencia del error –del signo que sea– del funcionario ejecutor. Lo mismo puede predicarse del examen conforme a deber<sup>187</sup>. Es decir, para que las in-

178 *Ibidem*.

179 BENDER, *Die Rechtmässigkeit...*, págs. 55/6.

180 BENDER, *Die Rechtmässigkeit...*, pág.57. Análogo parecer en DERNEDDE, *DV* 1949 pág.215; STÜHRMANN, *Widerstand...*, págs. 92 y 93; MEYER, *NJW* 1972, págs. 1846 y ss. y *NJW* 1973 pág. 1074; STRATENWERTH, *Verantwortung...*, pág. 190; WAGNER H., *Amtsverbrechen...*, págs. 335 y pág. 338.

181 Al sistema de recursos de que dispone el participante en un proceso penal o civil, se añade, en beneficio del ciudadano, según BENDER, *Die Rechtmässigkeit...*, pág. 57, la cláusula general de protección jurisdiccional del ciudadano que consagra la *LFB* en su art. 19.4, la que consagra la legislación contenciosa-administrativa y el instituto de la "queja constitucional" (*Verfassungsbeschwerde*).

182 BENDER, *Die Rechtmässigkeit...*, págs. 58/59. De acuerdo KREY, *Strafrecht... BT & 7* n.º 510, 517, y WAGNER, *Amtsverbrechen...*, pág. 338.

183 BENDER, *Die Rechtmässigkeit...*, pág. 60. Incide también en la no aminoración de la protección del ciudadano WAGNER H., *Amtsverbrechen...*, pág. 334.

184 *Volstreckungsregelnde Gesetze*, expresión que acuñada por M.E. MAYER va a ser empleada expresamente por BENDER, *Die Rechtmässigkeit...*, p. 63.

185 Véase PESTALOZZA, *Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung...*, pág. 36; STRATENWERTH, *Verantwortung...*, págs. 187/188 y también en págs. 23, 48 y 139 y ss, (contra su opinión expresamente GASSMANN, *Rechtmässigkeit...*, págs. 8 y ss. BLUMENBERG, *Die Rechtmässigkeit...*, pág.71); STÜHRMANN, *Die Rechtmässigkeit...*, pág. 90; KREY, *Strafrecht...*, Rdn. 518; MEYER, *Der Begriff...*, págs. 1845, 1846 con amplia reseña de la literatura jurídico-administrativa.

186 En este sentido BENDER, *Die Rechtmässigkeit...*, págs. 63/64 y pág. 33 n. 18; PESTALOZZA, *Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung...*, pág. 36; STRATENWERTH, *Verantwortung...*, pág. 188.

187 Los actos afectados por fallos o vicios de discrecionalidad según los principios del Derecho administrativo son eficaces y por ello según los defensores de esta opción deben dejar subsistente la legalidad del §113 *StGB*. Y ello independiente de que el fallo de discrecionalidad se aposente en una carencia de discrecionalidad (esto es, si el *Amtsträger* –contrariamente a su deber– no ha ejercitado la discrecionalidad a él concedida), en un extralimitación de la discrecionalidad (esto es, no se han respetado los límites legales de la misma) o en un abuso de la misma (esto es, la discrecionalidad ha sido utilizada de un modo que no se corresponde al fin de la autorización. Resumidamente SEEBODE, *Die Rechtmässigkeit...*, pág. 151 citando a los defensores de la "teoría de la eficacia" (MEYER, BENDER, etc.).

tervenciones defectuosas del funcionario que actúa discrecionalmente sean o no jurídicas en el sentido del &113, únicamente habrá que considerar, la gravedad y notoriedad del defecto y no el tipo de error que lo causa o la representación subjetiva del funcionario de la situación fáctica<sup>188</sup>.

Respecto a la actuación por orden, existe en el seno de esta corriente cierta discrepancia. La mayoría de sus defensores<sup>189</sup>, al igual que en las actuaciones discrecionales, van a partir de la nulidad de la acción de ejecución, siendo irrelevante la nulidad de la orden; pues una orden interna en ningún caso puede fundamentar el deber de tolerar del ciudadano en la relación externa<sup>190</sup>. Disintiendo de este posicionamiento, BENDER<sup>191</sup> va a tomar en consideración la perspectiva del ordenante, aproximándose de esta forma a lo sostenido por el “concepto penal de conformidad a derecho”.

### 3.4 La teoría de la ejecutabilidad (*Vollstreckbarkeittheorie*)

Un importante sector doctrinal jurídico-penal moderno propugna la interpretación de la exigencia de la conformi-

dad a derecho del &113 a la luz de los principios instaurados por el “Derecho de ejecución administrativo y procesal”. Se ha destacado que esta corriente viene a constituir una versión actualizada de la vieja teoría objetivo-material<sup>192</sup>, en especial, podríamos decir, en su comprensión más moderada.

Distinguen sus defensores a semejanza de lo postulado en la ejecución administrativa y procesal, entre acto o mandato básico (*Grundakt, Grundverfügung*) y acto de ejecución (*Vollzugakt*)<sup>193</sup>. Para que se dé el requisito de “conformidad a derecho” del &113-III únicamente se precisará la legalidad de la acción ejecutora, y no la legalidad del acto que le sirve de cobertura. Respecto a este último es suficiente su eficacia, y su *ejecutabilidad*<sup>194</sup>.

La disponibilidad, el acceso a los medios legales de defensa supone ya un contrapeso al deber, exigido por los intereses de ejecución del Estado, de soportar provisionalmente actos de soberanía antijurídicos<sup>195</sup>.

Esta diferenciación no se puede predicar, sin embargo, según estos autores, en la coacción inmediata o directa (*sofortige Vollzug*), aquella forma de ejecución en la que no media un acto administrativo declarativo previo. En estas hipótesis es preciso, dada la indefensión del afectado, la legalidad de la medida global<sup>196</sup>.

188 En los ejemplos citados anteriormente, de la detención de un inocente por confusión de parecidos, el embargo del piso equivocado..., esta teoría llega al mismo resultado que el concepto penal..., a saber, a la conformidad a derecho de la acción del funcionario. El acto del policía, del *Gerichtsvollzieher*... “no tiene la incorrección gravada en la frente”, debiendo catalogarse por ello de anulable. Este planteamiento permanece invariable, incluso en la hipótesis en que la confusión de identidades, o de pisos etc hubiera podido ser evitada por el funcionario empleando la debida diligencia. En este último caso divergen ambas teorías ya que “el concepto penal...” afirma la antijuricidad del acto público. Véase SEEBODE, *Die Rechtmässigkeit...*, pág. 152; CLAUSS, *Der spezifisch...*, p.50.

189 KREY, *Strafrecht...*, &7 Rdn 524; MEYER, *Der Begriff...*, págs. 1845, 1847; WAGNER, “Die Rechtmässigkeit...”, pág. 225.

190 Entre otros KREY *ibidem*.

191 *Die Rechtmässigkeit...*, págs. 61 y ss. También STRATENWERT, *Verantwortung...*, pág. 192 y ss, parte de la nulidad de la orden.

192 Así puesto de manifiesto críticamente por VITT, “Rechtmässigkeit...”, p. 588; NEUHEUSER, *Die Duldungspflicht...*, pág. 201. Obsérvese que también se conoce a esta teoría como el concepto de conformidad a derecho del Derecho de ejecución (*vollstreckungsrechtliche Rechtmässigkeitsbegriff*).

193 REHBINDER, “Die Rechtmässigkeit der Amtsausbildung im & 113 StGB” en GA 1963 pág. 37; THIELE, “Zum Rechtmässigkeit bei & 113 Abs.3 StGB” en JR 1975, pág. 356; OSTENDORF, “Die strafrechtliche...”, JZ 1981 pág. 175; SCHALL, *Gesetzliche...*, pág. 185.

194 Según el &6-1 de la Ley de ejecución administrativa (*Verwaltung-Vollstreckungsgesetz=VwVG*) los actos administrativos pueden ser ejecutados coactivamente si son inimpugnables, se ha acordado su ejecución inmediata, o el recurso interpuesto contra ellos no tiene efectos suspensivos. Este artículo hay que ponerlo en conexión con el &80 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (*VwGO*) que nos ofrece las hipótesis de insusceptibilidad. En cuanto a las decisiones judiciales, habrá que remitirse a los &708 y ss de la Ordenanza Procesal-Civil (*ZPO*) que regulan la ejecución provisional (*vorläufige Vollstreckbarkeit*). Véase THIELE, “Zum Rechtmässigkeit...”, JR pág. 356; del mismo *Die Rechtmässigkeit von Vollstreckungshandlungen. Ein Beitrag zu den Fragen des rechtswidrigen verbindlichen Befehls und der Rechtmässigkeit der Amtshandlung im Sinne des &113 Abs.3 StGB*, Diss., Köln, 1974, págs. 199 y ss. BACKES/RANSIEK, “Widerstand...”, pág.628; AMELUNG, “Rechtfertigung...”, pág. 1342; del mismo “Die Rechtfertigung...”, JS pág. 330; OSTENDORF, “Die strafrechtliche...”, JZ 1981, pág. 172, pág. 175.

195 Véase ampliamente THIELE, *Die Rechtmässigkeit...*, Diss., 1974, págs. 198 y ss.

196 Así lo preceptúa el &6-2 *VwVG* que autoriza el empleo de la coacción administrativa sin previo acto declarativo si va encaminada a impedir un hecho antijurídico que realiza un tipo penal o de multa, o es necesario para conjurar un peligro urgente y *el funcionario se halla dentro de sus facultades legales (...innerhalb ihrer gesetzlichen Befugnisse)*. Regulaciones análogas al &6 en las leyes de ejecución y de policía de los *Ländern*. También en el Proyecto Modelo-de Ley Unitaria de Policía para la Federación y los *Ländern* (*MEPolG*). Véase THIELE, “Zum Rechtmässigkeit...”, pág. 356; del mismo *Rechtmässigkeit...*, Diss., 1974, págs. 202 y ss. BACKES/RANSIEK, “Widerstand...”, pág. 628; AMELUNG, “Rechtfertigung...”, pág. 1343; del mismo “Die Rechtfertigung...”, JS pág. 330;

Dicha regla se excepciona, sin embargo, en los supuestos en que las leyes expresamente consignan conceptos de pronóstico a la hora de fijar los presupuestos habilitadores de la intervención; tal es el caso de los tipos legales de sospecha (*Verdachtstatbestände*), especialmente utilizados por el Derecho procesal penal<sup>197</sup>, o los de peligro (*Gefahrtstatbestände*) generalizados en el Derecho policial. En este caso el legislador, exponen los partidarios de esta doctrina, expresamente ha querido mitigar el riesgo del error del funcionario en situaciones inciertas. La valoración objetivamente correcta del mismo desde una perspectiva *ex ante* es suficiente para afirmar la legalidad de su proceder aunque luego *ex post* se pruebe que su apreciación fue equivocada<sup>198</sup>.

Por otra parte, rechazan estos autores el especial tratamiento dado por la jurisprudencia a la “actuación por orden”. El deber de tolerar del ciudadano no puede venir dictado por la relación interna de subordinación que liga a superior y subordinado sino únicamente por la concurrencia efectiva de un derecho de intervención estatal<sup>199</sup>.

Como precursor de dicha teoría antes de la reforma de 1970 se sitúa a REHBINDER<sup>200</sup>. Después de la misma esta doctrina va a tomar cuerpo a través de las pioneras aportaciones de SCHÜNEMANN<sup>201</sup> y THIELE<sup>202</sup> que van a influenciar a sus defensores posteriores: SCHALL<sup>203</sup>, OSTENDORF<sup>204</sup>, AMELUNG<sup>205</sup>, ROXIN<sup>206</sup>, BAC-

---

OSTENDORF, Die strafrechtliche..., JZ, pág. 171. Para otros autores, sin embargo, la disposición relevante para la mayoría de los supuestos de la ejecución inmediata (medidas procesales penales y prevención policial de peligros) sería el §80-2-2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (*VwGO*) que consagra la carencia de efecto suspensivo en caso de “medidas inaplazables de los funcionarios ejecutores de policía”. Véase especialmente SCHÜNEMANN, cit. *infra*. Con matices igualmente SCHALL, *Gesetzliche...*, pág. 286.

197 Tipo paradigmático de sospecha es por ejemplo el §127 que regula la detención provisional: el ciudadano tendrá que soportar una detención provisional cuando exista una aguda sospecha de comisión del hecho. Asimismo ostentan tal naturaleza los §§ 81 (internamiento para la observación del inculpado), 81 a (examen corporal; extracción de sangre), 81 b (fotografías e impresiones digitales), 99 (secuestro postal), 102 (registro del sospechoso). En la legislación procesal civil se considera tipo de sospecha el §808 ZPO. Véase los autores inmediatamente citados abajo.

198 REHBINDER, “Rechtmässigkeit...”, GA 1963, pág. 39; “Der besondere Beitrag-Rundum betrachtet”, JA, pág. 710; THIELE, “Zum Rechtmässigkeit...”, págs. 353/4; SCHALL, *Gesetzliche...*, pág. 120; ROXIN, “Der strafrechtliche...”, pág. 51; BACKES/RANSIEK, “Widerstand...”, pág. 628; ZIELINSKI, “&113”...AK Rdn. 23; SPENDEL, “&32”..., LK Rdn 69; OSTENDORF, en “Die strafrechtliche... en JZ, pág. 173. En contra de la equiparación de tratamiento (*ex ante*) entre los tipos de sospecha y los supuestos de apreciación del peligro para el orden público de estos autores se muestra GÓMEZ BENÍTEZ, *El ejercicio...* pág. 121 (en concreto, cita este penalista a SCHÜNEMANN, THIELE Y REHBINDER).

199 ZIELINSKI, “& 113”...AK Rdn. 25; BACKES/RANSIEK, “Widerstand...”, págs. 628/9; OSTENDORF, “Die strafrechtliche...”, pág. 173; REHBINDER, “Rechtmässigkeit...”, GA 1963, pág. 40, salvo que la orden del superior contenga un determinado acto administrativo a ejecutar por el funcionario inferior; SCHALL, *Gesetzliche...*, págs. 262 y ss. THIELE “*Zum Rechtmässigkeit...*” pág. 358. Muy ampliamente a lo largo de su tesis doctoral “Die Rechtmässigkeit... cit., Sin embargo, de otra opinión dentro de esta corriente, ROXIN o JAKOBS citados, aunque específicamente en el marco del problema de la obediencia debida.

200 “Die Rechtmässigkeit der Amtsausbildung im § 113 StGB” en GA 1963, págs. 33 y ss.

201 en la *Juristische Arbeitsblätter*(JA): “Der besondere Beitrag-Rundum betrachtet”, págs. 633-640, 703-710 y 775-786. Posteriormente en: “Die deutschsprachliche Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars” en GA, 1985, págs. 341 y ss, espec en págs. 365, contraponiendo las opiniones de SPENDEL y HIRSCH; “La función de delimitación del injusto y la culpabilidad” en *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal (Libro Homenaje a Roxin*, ed. española) págs. 228 y ss.

202 En su tesis doctoral *Die Rechtmässigkeit von Vollstreckungshandlungen. Ein Beitrag zu den Fragen des rechtswidrigen verbindlichen Befehls und der Rechtmässigkeit der Amtshandlung im Sinne des §113 Abs.3 StGB*, Diss., Köln, 1974. Del mismo también “Zum Rechtmässigkeit bei § 113 Abs.3 StGB” en JR 1975, págs. 353 y ss. “Verbotensein und Strafbarkeit des Widerstandes gegen Vollstreckungsbeamte” en JR 1979, pág. 397 y ss.

No obstante las concepciones metodológicas de estos dos autores difieren. Mientras SCHÜNEMANN piensa que el párrafo decisivo es el § 80 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (*VwGO*) que regula la “suspensibilidad” de los recursos, THIELE opina por el contrario que la regla central de cara al §113 será la Ley de Ejecución Administrativa, en concreto el §6.

203 En lo que constituye su tesis doctoral *Gesetzliche Grundlagen der Rechtmässigkeit der Diensthandlung beim Widerstand gegen die Staatsgewalt*, Diss., Heibelberg, 1980.

204 “Die strafrechtliche Rechtmässigkeit rechtswidrigen hoheitlichen Handelns” en JZ 1981, págs. 165 y ss.

205 “Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten” en JS 1986, Heft 5, págs. 330 y ss. y “Die Rechtfertigung und Entschuldigung von Polizeibeamten in Deutschen Recht” en *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven II*, Freiburg, 1988.

206 “Der strafrechtliche Rechtswidrigkeitsbegriff beim Handeln von Amtsträgern- eine überholte Konstruktion” en *Festschrift für GERD PFEIFFER*. Dicho artículo coincide sustancialmente con la parte destinada en su Manual, *Derecho Penal. Parte General I* al estudio del Ejercicio del cargo y derechos de coacción (§ 17 A, Derechos de intervención en el ejercicio de cargo). Ya anteriormente suscribió las tesis de SCHÜNEMANN en ROXIN/SCHÜNEMANN/HAFFKE *Strafrechtliche Klausurenlehre*, 4 Aufl., Köln, 1982, págs.359 y ss.

KES/RANSIEK<sup>207</sup>, ZIELINSKI<sup>208</sup>, SPENDEL<sup>209</sup>, BOTTKE<sup>210</sup>, BENFER<sup>211</sup>, JACKOBS<sup>212</sup>, OTTO<sup>213</sup>.

La fundamentación capital que preside este tipo de teorías aparece radicada en el principio jurídico-constitucional de reserva de ley (*Der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes*) informador de la actuación administrativa<sup>214</sup>. Afirman estos autores que en la ejecución, en caso de necesidad coactiva, de leyes, reglamentos..., realidad que tutela el &113, frecuentemente se producirán importantes intromisiones en los derechos fundamentales del afectado, tales como la libertad, la inviolabilidad del domicilio, la intangibilidad corporal. Estas intervenciones limitativas de derechos del ciudadano solamente podrán ser autorizadas según el citado principio si se encuentran expresamente autorizadas en una disposición normativa<sup>215</sup>.

Subyace por otra parte entre sus diversos partidarios la idea de que la citada construcción sirve de manera satisfactoria a conseguir el deseado equilibrio de intereses estatales/individuales que proclamó el reformador de 1970<sup>216</sup>.

La articulación de estas doctrinas cimentadas en el Derecho de ejecución (en sentido amplio), aparece precedida por una profunda crítica del concepto penal por parte de sus partidarios. Tampoco está exenta de reproches la teoría de la eficacia y la rama más objetivista de la teoría de la legalidad.

El concepto penal específico es insostenible desde múltiples puntos de vista. Tras él se encubre una concepción

propia del Estado autoritario que pretende limitar injustificadamente el derecho de legítima defensa y privilegiar al funcionario escudándose en pretendidas necesidades político-criminales de funcionamiento del aparato estatal<sup>217</sup>.

Contradice por otra parte, la teoría mayoritaria el principio arraigado en el Estado de Derecho de que las intervenciones estatales limitativas de derechos deben quedar reservadas siempre a la ley<sup>218</sup>.

Desde un punto de vista estrictamente dogmático-penal también es repudiable el concepto mayoritario. Al hacer depender la antijuricidad de la intervención de la culpabilidad, aunque sea grave, del funcionario está mezclando y confundiendo irremediabilmente dos categorías fundamentales del Derecho penal, la antijuricidad y la culpabilidad<sup>219</sup>.

Metodológicamente la teoría mayoritaria se aposenta sobre un erróneo concepto de discrecionalidad, alejado del que unánimemente sostiene la doctrina administrativista moderna. Según la teoría dominante de la discrecionalidad administrativa, solamente puede hablarse de un ámbito de discrecionalidad (*Ermessensspielraum*) cuando la ley concede al funcionario para la realización de un tipo determinado diversas posibilidades de solución igualmente valoradas jurídicamente. Nos hallaríamos ante una “discrecionalidad de acción” (*Handlungsermessen*), es decir, referida a la consecuencia jurídica. Por el contrario la moderna doctrina y jurisprudencia administrativa no reconoce una discrecionalidad de juicio o cognitiva (*kogni-*

207 “Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte” *JS 1989 Heft 8*, págs. 624 y ss.

208 “&113” en *AK*.

209 “&32” en *LK*.

210 Anmerkung zum Beschluss des Bay-OblG v.29.1.1988- RReg. 3 St 247, 87 (= *JR 1989*, 24) en *JR 1989*, págs. 25 y ss. Próximo a estos planteamientos, aunque con una vocación más genérica, se muestra la “justificación procedimental” que patrocina HASSEMER en su contribución “Justificación procedimental en el derecho penal” (trad. de Elena Larrauri), ínsita en el Libro HASSEMER/LARRAURI *Justificación material y justificación procedimental en el Derecho penal*, Madrid, 1997.

211 “Zum Begriff “Rechtmässigkeit der Amtshandlung” in & 113 III *StGB*” en *NStZ 1985, Heft 6* págs. 255 y ss.

212 Derecho penal, pág.G., trad. de CUELLO CONTRERAS/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO de la 2.ª ed., Madrid 1995, págs. 417 y ss.

213 *BT & 91 II 3 b bb*.

214 SCHÜNEMANN, “Der besondere...”, pág. 704 “Die Deutschsprachige...”, pág. 365; del mismo *Der besondere... en JA* pág. 704, pág. 708 y *passim*. En términos similares AMELUNG, “Rechtfertigung...”, pág.1343; BACKES/RANSIEK, “Widerstand...”, pág.627; SCHALL, *Gesetzliche...*, págs. 120, 189, 192; THIELE, *Die Rechtmässigkeit...*, pág. 194 citando doctrina administrativa, FORSTHOFF *Verwaltungsrecht*(8 Aufl) pág. 265,WOLFF *Verwaltungsrecht I* pág. 174 y la sentencia del Tribunal Constitucional Aleman *BverfGE* 8, pág. 325; THIELE “Zum Rechtmässigkeit... en *JR* págs.355/6; SPENDEL, &32 *LK* Rdn. 68; ROXIN, “Der strafrechtliche...”, pág. 48; REINHART, “Das Bundesverfassungsgericht...”, pág. 103; BENFER, *Zum Begriff...* en *NStZ* págs. 255 y 256.

215 Así lo ha declarado específicamente el Tribunal Constitucional Alemán en: *BverfGE* 8, 274(325); 9, 137(147). Ambas citadas por BENFER, *Zum Begriff...*, en *NStZ* pág. 256.

216 Véase SCHALL, *Gesetzliche...*, pág. 222.

217 Véase SPENDEL, “&32”...en *LK* Rdn. 68; AMELUNG “Rechtfertigung...”, pág. 1365; OSTENDORF, “Die strafrechtliche...”, en *JZ 1981*, pág. 169 que habla de una “comprensión estatal desfasada”.

218 BACKES/RANSIEK, “Widerstand...”, en *JS* pág. 627; AMELUNG, “Rechtfertigung...”, pág. 1366 y “Die Rechtfertigung...”, en *JS 1986*, p.335.

219 ROXIN, *Der strafrechtliche...*, pág. 48; BACKES/RANSIEK, *ibidem*; SCHALL, *Gesetzliche...*, pág. 281; SPENDEL, “&32” *LK* Rdn. 68. También denuncia esta subjetivización de la antijuricidad THIELE, *Die Rechtmässigkeit...*, Diss., pág. 122 mencionando a GOLDSCHMIDT y M.E.MAYER.

tives *Ermessen*), esto es, referida a la apreciación de los presupuestos justificativos de la acción del cargo. Respecto a ellos, concurrirían simplemente un “margen de apreciación” (*Beurteilungsspielraum*) cuando el funcionario procede a la concretización de un concepto jurídico indeterminado (*unbestimmter Rechtsbegriff*)<sup>220</sup>; margen de apreciación que, por otra parte, como afirma SCHÜNEMANN, sólo es concedido excepcionalmente por la jurisprudencia<sup>221</sup>.

Esta incorrecta aplicación de la “discrecionalidad” se haría patente, según estos autores, en los casos judiciales en los que el *Gerichtsvollzieher* entra en una vivienda equivocada, en el de las intervenciones corporales coactivas efectuadas por un no médico, o en el de la detención, por confusión de identidades, a una persona distinta a la mencionada en la orden de arresto.

La teoría de la eficacia también debe ser desestimada tanto por sus resultados, excesivamente defensistas del aparato estatal, como por su incorrecta aplicación de los principios administrativos de los que pretende partir. Al establecer como criterio exclusivo el de la eficacia del acto estatal, la resistencia legítima del ciudadano se circunscribiría a los supuestos de nulidad absoluta, hipótesis sumamente infrecuentes. De esta forma, se estaría yendo aún más lejos que la doctrina mayoritaria<sup>222</sup>.

En cuanto al segundo aspecto, esta teoría comete el error de equiparar lo que son auténticos actos administrativos, la resolución a ejecutar, con lo que simplemente constituyen actos reales (*Realakte, Realhandlungen*), ac-

ciones físicas. Los actos administrativos pueden ser nulos, anulables o legítimos; no así, los actos reales respecto a los cuales, precisamente por su naturaleza, no tiene ningún sentido predicar su eficacia o ineficacia<sup>223</sup>.

La eficacia del acto administrativo, judicial será un requisito de legalidad necesario, mínimo pero no suficiente, debiendo completarse con la legalidad del procedimiento<sup>224</sup>.

Finalmente va a ser SCHÜNEMANN<sup>225</sup> el que expresamente se pronuncie en contra de una concepción puramente objetiva del requisito del &113 como la defendida por LISZT-SCHMIDT, SAUER o ROSTECK<sup>226</sup>. Dicha concepción “no puede ser considerada seriamente por la praxis”. “Pues si se interpretase como antijurídica la detención en virtud del & 127 *Abs.2 StPO* de un sospechoso muy fundado en el caso de que en el proceso penal posterior se desvelase su inocencia, se estaría equivocando la función de determinación de las normas jurídicas: El derecho debe hacer depender sus mandatos de las circunstancias perceptibles objetivamente en una concreta situación; con una remisión al futuro no se ayuda a la persona compelida a actuar”.

3.5 El concepto material de conformidad a derecho sostenido por el *BVerfG*<sup>227</sup>.

En el marco del Derecho contravenacional (& 111 *OWG*<sup>228</sup> 29 I Nr 2 *VersG*<sup>229</sup>) el *Bundesverfassungsge-*

220 Esta concretización la realiza el funcionario, expone REHBINDER, “Die Rechtmässigkeit...”, pág. 39 cuando examina si alguien es sospecho de un hecho penal a la hora de proceder a una detención provisional según los && 127 II, 112 *StPO* o si existe un peligro para la seguridad o el orden público al que se refiere el &14 *PVG (Polizeiverwaltungsgesetz)*.

221 La valoración crítica de SCHÜNEMANN de la errática acepción de discrecionalidad postulada por la *Amtspflichttheorie* en “Der besondere...”, *JA* 1972, pág. 708, con apoyatura en abundante doctrina administrativa (WOLF, *Verwaltungsrecht I, 8 Aufl., & 31; ULE Verwaltungsprozessrecht, 5 Auf. 1971, 7 ff; KELLNER NJW 1966, 857 y ss...*). En el mismo sentido ROXIN/SCHÜNEMANN/HAFFKE, *Strafrechtliche...*, pág. 346 (citados por GÓMEZ BENÍTEZ *El ejercicio...*, págs. 51 y ss.). Asimismo REHBINDER, “Die Rechtmässigkeit...”, en *GA* 1963, págs. 39/40; OSTENDORF, “Die strafrechtliche...”, en *JZ* 1981, pág. 170. THIELE G-S., *Zum Rechtmässigkeitbegriff...*, *JR*, pág. 354, “Anmerkung...”, *JR* 1981, pág. 30 y más ampliamente en *Die Rechtmässigkeit...*, Diss. 1974, págs.106 y ss.

222 SCHÜNEMANN, “Der besondere...”, en *JA* 1972, pág. 709; ROXIN, “Der strafrechtliche...”, pág. 49.

223 BACKES/RANSIEK, “Widerstand...”, pág. 628; AMELUNG, “Die Rechtfertigung...”, en *JS* 1986, pág. 336 citando doctrina administrativa; SCHALL, *Gesetzliche...*, pág. 223, pág. 284.

224 BACKES/RANSIEK, “Widerstand...”, pág. 628.

225 SCHÜNEMANN, *Der Besondere Beitrag...*, pág. 709.

226 Estos son los tres autores citados por SCHÜNEMANN. Respecto a las críticas de SCHÜNEMANN a LISTZ/SCHMIDT, SPENDEL, ob.cit. Rdn 69 n. 149 las considera infundadas “pues estos autores nunca sostuvieron la tesis criticada por aquél”. A este respecto hay que decir que en Alemania se consideran a LISTZ/SCHMIDT como genunos representantes de la posición puramente objetiva del requisito de legalidad del &113. Sin embargo, de una lectura directa de su obra su posición no deja de ser cuanto menos, contradictoria. GÓMEZ BENÍTEZ, *El ejercicio...*, pág. 54, entre la doctrina española cataloga al posicionamiento de estos dos autores de absolutamente objetivo.

227 Con estos términos lo describe WEBER, “Grundgesetz und formeller Rechtmässigkeitbegriff-BverfGE 92, 191” en *JS* 1997, Heft 12., pág. 1082 y *passim*. De “concepto material de antijuricidad” (... *materieller Rechtswidrigkeits-Begriff*) lo cataloga PAEFFGEN, “&113...” *NK* Rdn. 45.

228 *Ordnungswidrigkeitengesetz* (Ley de contravenciones al orden de 19 de febrero de 1987). En su &111 se castiga el negarse a informar o informar falsamente a una autoridad o *funcionario competente* de determinados datos personales (nombre, vivienda, nacionalidad, lugar y día de nacimiento...). En la doctrina y jurisprudencia existe unidad sobre que este parágrafo no contiene por sí mismo un deber de información sino que se limita a proteger el deber de información preceptuado en otros parágrafos, como por

*richt*<sup>230</sup> ha planteado recientemente un concepto objetivo de legalidad de la actuación del funcionario que se ha pretendido trasvasar al & 113<sup>231</sup>.

Según el Tribunal Constitucional alemán se debe diferenciar entre dos planos o estadios valorativos, el plano de la situación (*Situationsebene*) y el plano de la sanción (*Sanktionsebene*)<sup>232</sup>. En el primero, aquel en que se produce la confrontación entre el ciudadano y el representante del poder del Estado, es necesario únicamente preguntarse sobre la ejecutabilidad del proceder público. Si ésta concurre el ciudadano deberá soportar la intervención estatal incorrecta en aras a satisfacer la necesidad de una urgente intervención estatal, pudiendo sus intentos de resistencia ser sofocados coactivamente<sup>233</sup>.

Sin embargo, en un segundo momento, en el que se decide la sanción de la conducta contravencional, no existe motivo alguno para no proceder a un completo examen de

la legalidad del acto de soberanía. Se ha atemperado ya el “calor de la disputa”, disipándose además las razones de urgencia prevalentes en el plano anterior. Al ciudadano sólo se le castigará si en un análisis retroactivo se prueba que concurrían todas las circunstancias justificativas de la intervención soberana<sup>234</sup>.

Este planteamiento admite la separación trazada por la teoría de la ejecutabilidad entre acto jurídico base y acto de ejecución propiamente dicho; mas discrepa de esta última al introducir la perspectiva *ex post* como baremo esencial a la hora de dictaminar la antijuricidad del acto estatal y por ende la punibilidad/impunidad de la resistencia<sup>235</sup>.

La anhelada nivelación de intereses, a la que reiteradamente se refiere la doctrina alemana, encuentra en la autorizada opinión del *BVerfG*, según REINHART, su cauce más depurado<sup>236</sup>.

ejemplo en el &163 b I *StPO* que faculta a la policía a adoptar las medidas necesarias para acreditar la personalidad cuando alguien es sospechoso de un hecho punible. Véase por todos LEMKE M, *Heidelberger Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz*, 1999.

229 *Versammlungsgesetz* (Ley de reunión de 24.7.1953, en su versión promulgada el 15-11-1978). El &29 I.2 castiga como contravención al orden la conducta del participante en una reunión o manifestación pública que se negase inmediatamente a alejarse después de que se ha decretado por la *autoridad competente* su disolución. Véase, por todos, WACHE, en ERBS-KOHLHAAS *Strafrechtliche Nebengesetze band IV, 108. Erg.Lfg.* V.55. Tanto respecto al &111 como en el 29 I.2 se entiende que el término competente, “*zuständig*” equivale a “*rechtmässig*”, legal, conforme a derecho.

230 En concreto en las Sentencias de 1-12-1992 publicada en la *NJW* 1993 581 ; y de 7.3.1995, publicada en la *NJW* 1995, 3110 y en la *JS* 1996, 351 Nr. 2. En la primera de ellas el Tribunal Constitucional Alemán declaró que los tribunales penales habían vulnerado la libertad de reunión (*Versammlungsfreiheit*) del &8 de la *GG* al castigar la negativa a alejarse de una reunión disuelta del art. &29 I Nr.2 *VerG*, sin examinar en toda su extensión la legalidad de la medida de disolución. De la misma forma resultaría lesionado también —en opinión del *BVG*— el &103 II, que consagra el principio de legalidad penal, principio extensible a la punición de las *Ordnungswidrigkeiten*, *BVerfGE* 81, 132 (135); el art. 103 II *GG* excluye cualquier aplicación del derecho que vaya más allá, sobrepase el contenido de una norma legal sancionatoria, *BVerfGE* 47, 109 (120)... Ello no significa, precisa el Alto Tribunal, que el legislador penal o contravencional no pueda decidir penar la pura desobediencia o resistencia a la actuación pública prescindiendo absolutamente de su legalidad; mas se precisa una decisión legislativa explícita. En similares términos se expresa la sentencia de 1995, esta vez respecto a la contravención del &111 *OWG*: el castigo del recurrente que se negó a acreditar su personalidad, en el marco de una manifestación, sin considerar la legalidad de la requisitoria del policía, es contrario, en opinión del *Bundesverfassungsgericht* al Art. 2 I *GG* (Libertad de acción). Respecto a los hechos que motivaron ambas resoluciones, de manera resumida, en la primera de ellas se trataba de la disolución por la policía de una *Sitzblockade* (bloqueo mediante sentada) ante un cuartel y la posterior retirada del lugar de sus participantes. Esta “sentada” no había sido notificada a la autoridad competente. La segunda aludía a una manifestación celebrada con motivo de la guerra del golfo bajo el lema “paz sí pero no a cualquier precio”, en el que intervinieron miembros de la *CSU* y sus juventudes; en la proximidades de dicha manifestación se ubicaron un cierto número de personas portando pancartas contrarias a la misma. Al considerar la policía que los portadores de esas pancartas efectuaban una contramanifestación no autorizada procedió a su identificación.

231 Así REINHART “Das Bundesverfassungsgericht wechselt die Pferde: Der strafrechtliche Rechtmässigkeitsbegriff” en *StV* 2/95, pág. 101 y ss. del mismo “Abschied vom strafrechtlichen Rechtmässigkeitsbegriff” en *NJW* 1997 Heft 14, págs. 911 y ss. o WEBER “Grundgesetz und formeller Rechtmässigkeitsbegriff-BVerfGE 92, 191” en *JS* 1997, Heft 12. págs. 1080 y ss, cit.

232 Esta terminología en REINHART, “Das Bundesverfassungsgericht...”, *StV* 95, pág. 105; “Abschied...”, *NJW* 97, pág. 912.

233 *BVerfG NJW* 1995, pág. 3111; *BVerfG NJW* 1993, pág. 582; REINHART, “Das Bundesverfassungsgericht...”, *StV* 95 pág., 105; “Abschied...”, *NJW* 97, pág. 912/3; WEBER, “Grundgesetz...”, págs. 1080/1081.

234 *BVerfG NJW* 1995, pág. 3111/2; *BVerfG NJW* 1993, pág. 582; REINHART, “Das Bundesverfassungsgericht...”, *StV* 95, pág. 105/6; “Abschied...”, *NJW* 97, pág. 913; WEBER *ibidem*.

235 PAEFFGEN, “& 113” Rdn. 46. Enfatiza el “eminente importante cambio de perspectiva” que se produce en el plano de la sanción REINHART, “Das Bundesverfassungsgericht...”, pág. 106.

236 REINHART, *Abschied...*, *NJW* 1997, pág. 912. contribuyen a esclarecer la enconada polémica sobre la clasificación del &113 III en la estructura del delito (*Deliktsaufbau*). La cuestión de si el elemento “Rechtmässigkeit der Diensthandlung”( & 113) es o no una condición objetiva de punibilidad, se tiene que responder en sentido afirmativo, pues nos hallamos ante un puro elemento de la sanción (*Sanktionsmerkmal*), independiente de la lesión contra la norma de comportamiento (*Verhaltensnorm*) y cuya constatación se efectúa, *ex post*, de manera puramente objetiva.

### IV. Toma de posición

A lo largo de la exposición precedente hemos tenido la ocasión de describir, en línea histórico-dogmática, la controversia surgida alrededor del requisito de legalidad del § 113 del Código penal alemán. Frente a las tesis defensoras patrocinadas por la jurisprudencia y que se materializan en la creación de un concepto penal artificial de conformidad a Derecho y en la consideración del elemento como una condición objetiva de punibilidad, surgen inmediatamente en la doctrina posturas liberales que se decantan por dar preeminencia a los derechos del individuo en detrimento de la labor ejecutiva estatal. Paulatinamente se van fraguando posturas intermedias, que huyendo del radicalismo de los planteamientos anteriores, intentan proceder a una nivelación de los intereses ciudadanos y los estatales. A este fin responde la significativa teoría de

ROXIN, de los elementos de valoración global del hecho y la moderna teoría de la ejecutabilidad. También el legislador alemán fue sensible al mismo al insertar en la reforma de 1970 la “atípica” regulación del error del § 113, obviando cualquier tipo de rigor dogmático. Creemos que éste debe ser el camino a seguir<sup>237</sup>. Un concepto penal específico de conformidad a derecho debe ser desechado atendiendo a múltiples puntos de vista. Como certeramente ha sido resaltado por los partidarios de la teoría de la ejecutabilidad, adolece de importantes lagunas metodológicas y dogmáticas, pero sobre todo encubre, enmascara, una concepción del Estado y del poder público autoritaria, inspirada en el modelo del buen y eficaz funcionario prusiano, en la que se coloca en primer plano (a la hora de enjuiciar el delito de resistencia) la relación interna del funcionario con el Estado postergando la que une externamente al Estado con el individuo.

---

237 En el Derecho español, ante la ausencia de regulación expresa, la controvertida cuestión de la naturaleza jurídica, se plantea en términos propios que será objeto de estudio en otro trabajo..