



Derecho PUCP

ISSN: 0251-3420

ISSN: 2305-2546

revistaderechopucp@pucp.edu.pe

Pontificia Universidad Católica del Perú

Perú

Schünemann, Bernd

Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales*

Derecho PUCP, núm. 81, 2018, Diciembre-Mayo 2019, pp. 93-112

Pontificia Universidad Católica del Perú

Perú

DOI: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201802.003>

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533657309003>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UNAM  redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales*

Control over Vulnerability of Interest or Breach of Duty in Special Delicts

BERND SCHÜNEMANN**

Ludwig-Maximilians-Universität München

Resumen: ¿Cuál es el fundamento del injusto penal en los delitos especiales?

La respuesta a esta pregunta no siempre fue importante en la historia de la dogmática del derecho penal, pues solo a partir de la obra de Claus Roxin se renovó el debate sobre esta clase de delitos. Las diversas posturas en discusión retrotraen sus argumentos hasta el concepto mismo de hecho punible, ya sea entendido como la lesión de un bien jurídico o como la lesión a la vigencia de la norma. El Perú no ha sido un escenario ajeno a este debate, pues los argumentos de las diversas sentencias de la Corte Suprema en los procesos contra Fujimori dan prueba de ello. En este artículo se plantea que la mayoría de delitos especiales deben entenderse como delitos especiales de garante, pues sus autores, lejos de infringir un deber, en realidad tienen dominio sobre la vulnerabilidad de un bien jurídico o sobre la supervisión de una fuente de peligro. Esta postura, que parte de entender el delito como la lesión de un bien jurídico, considera que el margen de los delitos de infracción de deber es muy reducido y, la mayoría de veces, no recibe una respuesta penal. De esta manera, la postura encabezada por Günther Jakobs, que entiende el delito como una lesión a la vigencia de la norma y, por tanto, a los delitos especiales como aquellos fundamentados en la infracción de un deber especial institucional, adolece de dos vacíos conceptuales. Por un lado, no ha logrado esbozar una necesaria diferenciación entre deberes internos y externos de una institución. Por otro lado, no ha logrado explicar por qué o cómo la lesión individual de un deber institucional perjudicaría a la institución en su conjunto. Finalmente, se analizan las consecuencias de estos planteamientos para la dogmática de la autoría y participación, las ventajas y desventajas de la recepción de estas posturas en los ordenamientos jurídicos peruano y alemán, así como la vigencia del funcionalismo y el problema de la participación del *extraneus*.

Palabras clave: funcionalismo, Roxin, infracción de deber, Jakobs, delitos de dominio, dominio sobre la vulnerabilidad de un bien jurídico, delitos especiales de garante, Perú, bien jurídico, autoría y participación

Abstract: What is the basis of the crimes perpetrated by State officials (special delicts)? The answer to this question was not always important in the history of the penal doctrine, because only from the work of Claus Roxin

* Traducido por Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz, investigadora contratada predoctoral FPI, Universidad de Alcalá (España).

** Profesor Emérito Dr. Dr. h.c. mult. de la Ludwig-Maximilians-Universität München.
Código ORCID: 0000-0003-0029-8321. Correo electrónico: bernd.schuenemann@jura.uni-muenchen.de

was renewed the debate on this type of crimes. The different positions in discussion take their arguments back to the very same concept of a punishable act, whether it is understood as the injury of an interest or as the injury to the validity of the rule. Peru has not been a scenario alien to this debate, since the arguments of the various Supreme Court rulings in the proceedings against Fujimori give proof of this. In this article, it is argued that most special delicts should be understood as special guarantor crimes, because their authors, far from violating a duty, actually have control over the vulnerability of an interest, or over the supervision of a source of danger. This position, which starts from understanding crime as the injury of a legal right, considers that the margin of crimes of duty infringement is very reduced and, most of the times, it does not receive a criminal response. In this way, the position led by Günther Jakobs, which understands crime as an injury to the validity of the rule and, therefore, to special delicts, such as those based on the violation of a special institutional duty, suffers from two conceptual vacuums. On the one hand, it has not been able to outline a necessary differentiation between internal and external duties of an institution. On the other hand, it has not been able to explain why or how the individual injury of an institutional duty could harm the institution as a whole. Finally, we analyze the consequences of these approaches for the dogmatics of authorship and participation, the advantages and disadvantages of the reception of these perspective in the Peruvian and German legal systems; as well as, the validity of functionalism and the problem of private participant.

Key words: functionalism, Roxin, duty violation, special delicts, Jakobs, control crimes, special guarantor crimes, Peru, interest, authorship, participation

CONTENIDO: I. LA HISTORIA DOGMÁTICA DE LOS DELITOS ESPECIALES.- II. LA TEORÍA DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER DE GÜNTHER JAKOBS Y SU RECEPCIÓN EN EL PERÚ.- III. EL SISTEMA ACTUAL DE GÜNTHER JAKOBS NO ES FUNCIONALISTA, SINO HEGELIANO.- IV. ¿LESIÓN DEL BIEN JURÍDICO O LESIÓN DEL DEBER COMO CONCEPTO DEL HECHO PUNIBLE?.- V. EL ESTRECHO ÁMBITO DE LOS VERDADEROS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER.- VI. CONSECUENCIAS PARA LA DOGMÁTICA DE LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.- VII. LAS CIRCUNSTANCIAS Y CUALIDADES QUE AFECTAN LA RESPONSABILIDAD DE ALGUNOS AUTORES Y PARTÍCIPES.- VIII. CONCLUSIÓN FINAL.

I. LA HISTORIA DOGMÁTICA DE LOS DELITOS ESPECIALES

La categoría de los delitos especiales no fue estudiada en detalle durante mucho tiempo en derecho penal. La parte general —o sea, las reglas generales de la imputación objetiva e individual en derecho penal— fue desarrollada en torno a los delitos comunes, con los delitos contra la vida como grupo determinante. En este grupo, el injusto penal está estructurado de manera muy sencilla. En la era de la construcción

causalista del delito, o sea, entre Beling, Liszt y Mezger, el injusto consistía en la causación del resultado (así, por ejemplo, la destrucción de la vida) por una acción cualquiera de una persona cualquiera. También en la construcción moderna del delito, caracterizada por la doctrina de la imputación objetiva, el injusto consiste en la acción de una persona cualquiera que ha creado un peligro no permitido para la vida de otro, con cuya muerte se realiza el riesgo específico.

Durante mucho tiempo, la idea de que el injusto pudiera depender de determinadas condiciones o requisitos en la persona del autor no fue reconocida ni analizada como un problema realmente propio de la parte general. Así, en la decimocuarta edición del famoso *Tratado de derecho penal alemán* de Franz von Liszt (1904) no se encuentra ni una sola vez el concepto de un tipo de delito en el que el injusto dependa de determinadas condiciones en la persona del autor. En la decimoséptima edición del no menos célebre comentario de Reinhard Frank (1926) del Código Penal del Imperio Alemán, se le dedica al delito especial por lo menos un párrafo propio, en el numeral IV.1. de la Tercera Sección. En él, sin embargo, su naturaleza es descrita de un modo muy positivista, de tal manera que no solo serían delitos especiales los delitos de clase (*Standesdelikte*) de los funcionarios o militares, sino también numerosos otros, en los cuales la autoría exigiría la pertenencia a un determinado oficio o una cierta posición jurídico-pública o jurídico-privada. A este grupo pertenecerían también, según Frank, los delitos del empresario, que solo podrían ser cometidos por el dueño de una empresa. Como conclusión dogmática central quedó apuntado que un extraño (*extraneus*) no podría ser autor del delito, aunque sí partícipe. Ello no sería, sin embargo, posible en los delitos militares, porque de determinadas regulaciones de derecho positivo se deduciría que, para hacer punible una participación en ellos, serían necesarias normas especiales (Frank, 1926, p. 107).

La única monografía de rango científico a la que Frank pudo remitirse en este caso fue la tesis doctoral de Johannes Nagler sobre *La participación en los delitos especiales* (*Die Teilnahme am Sonderverbrechen*) del año 1903, que trataba de encontrar la esencia del delito especial en el hecho de que su norma fundamentadora estuviera orientada solo a determinadas personas. Transcurrieron 60 años antes de la publicación en Alemania de la siguiente monografía sobre el tema de los delitos especiales, a saber, la conocida y célebre obra de Claus Roxin: *Autoría y dominio del hecho* (*Täterschaft und Tatherrschaft*) de 1963. En ella, Roxin vio la esencia de los delitos especiales en la «infracción de un deber extrapenal que no se extiende necesariamente a todos los implicados en este delito, pero que es necesaria para la realización del tipo» (1963, p. 354). De este modo se diferenciarían fundamentalmente los delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikte*) del modelo estándar de los delitos de dominio

(*Herrschaftsdelikte*), en los cuales el dominio del hecho constituiría el criterio decisivo de la autoría.

Así fue acuñado el concepto de los delitos de infracción de deber, concepto que, en el medio siglo transcurrido desde entonces, ha hecho una enorme carrera. Conforme a la concepción original de Roxin, nadie lo habría considerado posible. Pues su idea de que la infracción de un deber jurídico *extrapenal* constituya el fundamento para la realización del tipo penal es, en realidad, una idea de tipo puramente positivista que no contribuye en nada al desarrollo dogmático del concepto penal de injusto. Deberes jurídicos extrapenales hay miles: ¿qué constituiría exactamente lo específico de estos, aquello por lo que su infracción fundamenta un injusto penal?

- a) Los dos grupos de casos más importantes nombrados a estos efectos en la monografía de Roxin de 1963 —a saber, los delitos imprudentes y los delitos omisivos— han sido eliminados desde entonces por él mismo: los delitos imprudentes, que en la primera edición de *Autoría y dominio del hecho* eran calificados todavía como delitos de infracción de deber (1963, p. 527), fueron inmediatamente eliminados en las siguientes ediciones. Pues, con el desarrollo de la teoría de la imputación objetiva por el propio Roxin (1970; véase también Schünemann, 2006b), fue evidente que el injusto penal en los delitos imprudentes no depende de la infracción de un deber extrapenal, sino de la creación de un riesgo permitido, el cual se debe constatar desde un punto de vista penal. Tampoco el injusto de los delitos de omisión impropia es visto ya hoy por Roxin como la infracción de un deber especial extrapenal. Aquello era todavía absolutamente consecuente en 1963, cuando se publicó la primera edición de *Autoría y dominio del hecho*, porque en aquel momento era aún dominante la llamada teoría del deber jurídico formal. Hoy es prácticamente indiscutible que el injusto no depende de la infracción de un deber extrapenal, sino de la asunción de una función de protección: bien en el sentido de la vigilancia o supervisión de una fuente de peligro, o bien en el sentido de la protección total de un bien jurídico desvalido o desamparado (Schünemann, 1971, 2009b, pp. 275-300, 329-381, 383-408, 2006d, 2009a). Por lo tanto, el injusto de los delitos de omisión impropia es hoy también descrito por Roxin en su obra en conexión con la concepción desarrollada por mí del dominio sobre una fuente de peligro o sobre el bien jurídico desprotegido (vulnerable) (Roxin, 2014, pp. 851ss.).
- b) De los dos grupos de delitos más importantes que Roxin reivindicó en 1963, no queda entonces ninguno hoy. Con toda la admiración por la teoría de la autoría de Roxin —la cual ha determinado hasta la historia del derecho con la figura de la autoría mediata

por dominio de un aparato organizado u organizativo de poder, también en Perú (Roxin, 1963, pp. 242ss., 2010)—, debe decirse lo siguiente: como candidatos para la categoría especial de delitos de infracción de deber restan únicamente algunos grupos dispares de tipos penales como, por ejemplo, los delitos de los titulares de un cargo público, la administración desleal y peculado conforme al derecho alemán o las lesiones corporales a menores por sus progenitores o personas a cargo de su educación. En 1979 expuse por primera vez en mi monografía sobre la delincuencia empresarial, con el ejemplo de la actuación en lugar de otro, que en estos delitos también se trata de delitos de dominio (1979, pp. 127ss.[pp. 44ss.]; indico las páginas correspondientes de la traducción al español entre corchetes en los casos en que esto sea posible), salvo algunas excepciones, y acuñé simultáneamente para estos grupos el concepto de delitos especiales de garante (*Garantensonderdelikte*) (Schünemann, 2006c). Gracias a la labor proseguida por Luis Gracia Martín, esta concepción ha ido siendo conocida en España y progresivamente en Latinoamérica (1985, 1986a, 1986b). Me ocuparé enseguida de ella con más detalle, pero antes me gustaría examinar el modelo claramente opuesto, a saber, la teoría de los delitos de infracción de deber de Günther Jakobs.

II. LA TEORÍA DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER DE GÜNTHER JAKOBS Y SU RECEPCIÓN EN PERÚ

No es ninguna casualidad que el «liderazgo de la opinión» en el terreno de los delitos de infracción de deber haya pasado entretanto a Günther Jakobs y sus discípulos peruanos. Pues, mientras que en el transcurso del tiempo este concepto ha ido jugando un papel cada vez más pequeño para su creador Roxin, en el sistema de derecho penal de Jakobs ha ido ganando cada vez más importancia e incluso ha encontrado, en el tercer proceso contra Fujimori, un reconocimiento de la Corte Suprema de Justicia similar al recibido por la teoría del dominio del hecho de Roxin en el segundo proceso. Este punto álgido de la recepción de la teoría de Jakobs se halla en la Sentencia del 16 de agosto de 2016 de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, en cuya página 16 se caracteriza la naturaleza del delito de peculado, con referencias a Sánchez-Vera y Caro John, como un delito de infracción de un deber institucional personalísimo, por lo que las formas de coautoría y autoría mediata quedarían aquí excluidas y solo sería posible la autoría directa o personal. Aparte de las obras de Sánchez-Vera (2002, p. 183) y Caro John (2013, p. 283) citadas por la Corte Suprema, resulta también de gran importancia el artículo de quien fue el Presidente de la Sala Penal,

Javier Villa Stein (2012), texto que trata el desarrollo del funcionalismo en el sentido de Jakobs en la ciencia penal peruana. Asimismo, Raúl Pariona —doctorado en Alemania con un trabajo sobre los delitos de infracción de deber (2010), si bien no como discípulo de Jakobs sino de Roxin— caracterizó, en un detallado ensayo, al delito de peculado como uno de infracción de deber (2011).

Soy plenamente consciente de la delicada tarea que es, como penalista alemán, adoptar una posición crítica sobre el desarrollo de la ciencia penal peruana y su influencia en la jurisprudencia del más alto tribunal peruano. Que en ello no hay que ver ninguna petulancia inapropiada, y creo poder afirmarlo sobre la base de dos motivos: en primer lugar, el hecho de que, en su previa y mundialmente célebre sentencia contra Fujimori de 7 de abril de 2009, la Corte Suprema peruana ya tomara exhaustivamente en consideración la dogmática penal alemana y, en especial, asignara a la figura jurídica de la autoría mediata por dominio de aparatos organizados u organizativos de poder, desarrollada por primera vez por Roxin en 1963, un papel decisivo en la fundamentación de la resolución. El segundo motivo es que la Corte se haya apoyado expresamente ahora, en su nueva sentencia, en la dogmática de la autoría de Günther Jakobs —otro prominente penalista alemán—, adoptada sin fisuras e inalterada para la ciencia penal peruana en los trabajos de Villa Stein, Sánchez-Vera y Caro John. Siguiendo esta línea, podría ser útil y fructífero para la discusión peruana dar a conocer y desarrollar aquí el análisis crítico y extendido en Alemania contra la concepción de Jakobs.

Desde el punto de vista de la dogmática alemana, debe explicarse esta recepción íntegra de las posiciones de Jakobs en Perú por su sugestivo carisma como gran personalidad del derecho, carisma que ha marcado a discípulos entusiasmados en el mundo entero, quienes siguen a su maestro en todas sus posiciones: en China, por ejemplo, lo hacen hasta en la teoría del derecho penal del enemigo, la cual ha sido rechazada unánimemente en Alemania (Cancio & Gómez-Jara, 2006; Schünemann, 2006a; y otros). Sin embargo, con respecto al contenido, la adhesión al funcionalismo (determinante según mi impresión para el actual derecho penal peruano) ya no se puede apoyar en el sistema actual de Jakobs, que, desde su giro filosófico-jurídico de hace 25 años, es en realidad totalmente deontológico. Y la completa sustitución de la lesión del bien jurídico como esencia del hecho punible por la lesión o infracción del deber que hoy se puede encontrar en Jakobs puede defenderse todavía menos en el derecho penal peruano que en el derecho penal alemán, ya que el primero ha elevado la lesión del bien jurídico a fundamento legal. Permítaseme exponer con algo más de detalle estas dos objeciones fundamentales, pues mi postura sobre la teoría de los delitos de infracción de deber, en general, y sobre la

naturaleza dogmática del peculado, en especial, se deriva de ellas de manera inevitable.

99

III. EL SISTEMA ACTUAL DE GÜNTHER JAKOBS NO ES FUNCIONALISTA, SINO HEGELIANO

Observado desde un punto de vista teórico-científico y filosófico-jurídico, el funcionalismo es un método de justificación de normas consecuencialista, es decir, de justificación de normas de comportamiento y normas sancionadoras por los objetivos con ellas perseguidos y alcanzados, en forma de consecuencias sociales positivamente valoradas. Mientras que Günther Jakobs desarrolló un funcionalismo —descrito por él mismo como «normativización»— desde su muy considerado estudio *Culpabilidad y prevención* (*Schuld und Prävention*) de 1976 hasta la segunda edición de su tratado de 1991, desde 1992 ha sustituido esa relación funcional a hechos externos (es decir, observables) por una semántica del hecho punible prácticamente sin empirismo. El delito es definido por él ahora como un daño a la vigencia de la norma y mediante la pena se opone a la contradicción a la norma, radicada en la conducta del autor, una contradicción de su contradicción, hecha efectiva a sus expensas (para una discusión y demostración más extensa de este punto, véase Schünemann, 2011, 2014). El significado de la pena consiste, por lo tanto, en la contradicción de la negación de la vigencia de la norma por el delincuente; el fin de la pena consiste en el aseguramiento cognitivo de la vigencia de la norma. Pero este «fin» no está referido a un acontecimiento posterior en el mundo exterior, sino que se realiza a sí mismo. Resulta por ello sencillo ver que esta teoría del hecho punible y de la pena representa una moderna reformulación de la célebre frase de Hegel, conforme a la cual el delito sería la negación del derecho y la pena la negación de la negación del derecho. Se trata con ello de una teoría comunicativa del hecho punible y de la pena, pues, según Jakobs, el autor de un homicidio afirmarí que él no tendría que respetar el derecho a la vida de la víctima y la punición daría la respuesta. Tal concepto del derecho penal no es funcionalista, sino puramente deontológico. Quien en derecho penal abogue por un funcionalismo en el sentido de Jakobs, por lo tanto, o bien no ha entendido correctamente la posición de Jakobs, o bien utiliza el término «funcionalismo» de una manera incorrecta.

DOMINIO SOBRE LA
VULNERABILIDAD
DEL BIEN JURÍDICO
O INFRACCIÓN
DEL DEBER EN
LOS DELITOS
ESPECIALES

CONTROL OVER
VULNERABILITY
OF INTEREST OR
BREACH OF DUTY
IN SPECIAL DELICTS

IV. ¿LESIÓN DEL BIEN JURÍDICO O LESIÓN DEL DEBER COMO CONCEPTO DEL HECHO PUNIBLE?

Para mi concreto tema de la relación entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber, esta clarificación resulta de esencial importancia.

En efecto, del concepto del delito como daño a la vigencia de la norma se deduce sin más (*eo ipso*) para Jakobs que la esencia del delito no consiste en el daño a un bien jurídico real por una persona real que ejerce el dominio sobre el suceso dañoso, sino en el criterio formal de la lesión o infracción del deber. Y ello sería válido para todos los delitos, los cuales para Jakobs no se subdividen, como para Roxin, en los dos grupos de delitos de dominio y delitos de infracción de deber, sino solo según la naturaleza de los deberes infringidos, en cuanto deberes denominados «negativos» o «positivos». El concepto de delito de infracción de deber es, así, en la obra de Jakobs, uno totalmente diferente al de la obra de Roxin: mientras que Roxin quería originalmente determinar los delitos de infracción de deber mediante la lesión de un deber especial extrapenal, para Jakobs se trata de un deber penal en sí mismo, cuya concreta infracción sería idéntica al daño para la vigencia de la norma penal general.

Pero, por supuesto, la definición del hecho punible mediante la infracción de la norma prohibitiva típica resulta circular, ya que no se puede indicar ningún criterio mediante el cual diferenciar las normas prohibitivas *penales* de las otras miles y miles de normas prohibitivas. Este criterio debe derivarse del fin del derecho penal, es decir, determinarse de manera funcional. Quien no esté de acuerdo con ello, no debe entonces de ningún modo llamar a su concepto «funcionalismo». Este fin no puede tampoco consistir solo en el restablecimiento de la vigencia de la norma: eso sería otra vez un argumento puramente circular. El tercer error sería concluir la punibilidad ya de la infracción de una norma, es decir, de cualquier antijuridicidad. La tarea del derecho penal debe ser más bien determinada socialmente. Eso es precisamente lo que el italiano Beccaria desarrolló por primera vez hace aproximadamente 250 años, al final de la época de la Ilustración, y lo que ha llevado adelante la doctrina alemana. El derecho penal tiene la tarea de prevenir daños sociales o, con otra formulación de idéntico sentido, de proteger los bienes jurídicos indispensables para el individuo y la comunidad para una pacífica vida en común (para mayores detalles, véase Schünemann, 2007a). En Alemania, esta definición fundamental del fin (y con ello también limitación) del derecho penal está reconocida por la amplia mayoría de la doctrina, pero lamentablemente no ha sido formulada de manera expresa en una ley escrita y es, por ello, reiteradamente incumplida, a veces incluso por el Tribunal Constitucional Federal alemán. Escapa los límites del presente texto fundamentar en detalle el principio de dañosidad social o (expresado en positivo) de protección de bienes jurídicos como consecuencia necesaria del principio del Estado de Derecho, así como revelar los malentendidos y errores de la crítica expresada contra él. Tampoco es necesario hacerlo en absoluto para el caso peruano, pues el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal

aclara que «[l]a pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley». La denominación de este principio como principio de lesividad expresa también acertadamente que el principio del daño social como elemento del hecho punible —desarrollado por Beccaria— y la formulación tradicional en Alemania —desde otra perspectiva— de la protección de bienes jurídicos como fin del derecho penal no implican ninguna contradicción, como se sostiene, en cambio, en la monografía de Amelung (1972), sino que (como ya he presentado en otro lugar con más detalle; por ejemplo, Schünemann, 2012) encarnan una idéntica idea. A consecuencia de esto, no se puede compatibilizar con los fundamentos legales del derecho penal peruano una teoría del hecho punible que se conforme con la infracción de cualquier deber y que no tenga en consideración que un bien jurídico tutelado por la ley debe ser lesionado o puesto en peligro.

Otro sería el caso si se pudiera mostrar, en el marco de la teoría de los bienes jurídicos, que hay una categoría propia de bienes jurídicos que, conforme a su naturaleza, no requieren ningún daño exterior, físicamente medible, por así decirlo, sino que ya resultan lesionados mediante la falta de respeto de los deberes que los constituyen.

El análisis conceptual del hecho punible debe, entonces, asumir aquí su punto de partida. Dada la pobreza de contenido de un concepto tan sumamente abstracto como el de bien jurídico, es recomendable comenzar con el análisis de los bienes jurídicos indiscutidos desde hace siglos y reconocidos hasta hoy; es decir, empezar con la vida, la integridad física y la libertad ambulatoria. Los objetos del bien jurídico individuales, que en su totalidad fundamentan la clase del bien jurídico, deben ser protegidos contra un proceso causal que provoque su lesión física. El derecho penal, que mediante su amenaza de pena solo puede surtir efecto en la motivación del ciudadano individual, debe, por lo tanto, dirigir sus normas prohibitivas prioritariamente a aquellas personas que ejercen el dominio decisivo sobre el proceso causal dañoso. Este dominio sobre el fundamento, origen, razón o causa del resultado —como estructura primaria e indiscutiblemente lógica de la autoría— se presenta de dos formas: como dominio de vigilancia o supervisión de una fuente de peligro, y como dominio de protección sobre el bien jurídico vulnerable y puesto en peligro. El dominio sobre una fuente de peligro se divide a su vez en dos formas, según si la fuente de peligro consiste en una acción humana activa o en una cosa peligrosa, como un perro que muerde o una central nuclear. La primera forma se constituye por el dominio del hecho; la segunda, por el actual control del objeto peligroso. Al mismo nivel se encuentra la tercera forma de dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico. La unánimemente reconocida e indiscutible evidencia de la comparabilidad de estas tres formas de dominio puede demostrarse muy bien con el ejemplo del dueño de un perro que muerde y que lo deja

sin atar, mientras la madre de un niño pequeño deja a este gatear fuera de su carrito. Si perro y niño se encuentran y tanto el dueño del perro como la madre se quedan mirando tranquilos cómo el perro devora al niño, entonces ambos tienen en igual medida el dominio sobre el suceso como fundamento o razón del resultado. Y lo mismo vale para la niñera o el estudiante que han recibido el encargo de la madre y del dueño del perro de llevar respectivamente al niño de paseo o de sacar al perro.

Dado que, salvo el caso especial del dominio sobre el propio cuerpo, solo pocas personas poseen el dominio sobre el fundamento o razón del resultado —llamado en los delitos omisivos «posición de garante» a partir de un artículo de Johannes Nagler (1938)—, en los delitos de omisión impropia, caracterizados por la posición de garante, se trata de delitos especiales. Su naturaleza obviamente no cambia si el legislador regula la conducta activa y la omisión de garante conjuntamente en un tipo penal particular.

Un buen ejemplo para esto último lo ofrece el artículo 388 del Código Penal peruano (Peculado de uso), el cual castiga con pena privativa de libertad de hasta 4 años al funcionario o servidor público que usa o permite que otro use vehículos u otro instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública para fines ajenos al servicio. A este tipo de delito que une una conducta activa y una omisión impropia lo he denominado delito especial de garante, y se puede encontrar en variadas formas en el derecho penal alemán. El autor se caracteriza aquí mediante el dominio de protección sobre la vulnerabilidad del bien jurídico; en el ejemplo concreto, la propiedad pública de vehículos que están subordinados a su administración. Otro ejemplo lo ofrece el artículo 122.3 d) y e) del Código Penal peruano, o mejor, el tipo especial del § 225 del Código Penal alemán, según el cual, a modo de ejemplo, se castiga con pena privativa de libertad de hasta 10 años a aquel bajo cuya protección se encuentre una persona débil, en caso de lesión corporal de esta última por medio de una conducta activa o de una omisión.

En cambio, según la teoría de Jakobs —que han adoptado en Perú muchos dogmáticos penalistas y, por último, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema—, se estaría en estos casos ante un delito de infracción de deber, en el que el deber infringido tendría su fundamento en la institución estatal afectada, por ejemplo, la relación padre-hijo o el matrimonio. Pero entonces, se pasaría por alto que aquellos deberes cuya infracción está amenazada con pena no son en absoluto los deberes originales de estas instituciones. Así, en el centro del matrimonio se ha encontrado, desde siempre, el deber de convivencia matrimonial, incluido el de mantener relaciones sexuales; en el centro de la educación de padres a hijos, el deber de los padres de otorgar a los hijos una buena educación. Pero una infracción de estos deberes no está prácticamente

nunca amenazada con una pena. Tampoco se castiga, por ejemplo, el daño para la familia en caso de omisión de la prevención de una inminente lesión corporal del niño, sino que el bien jurídico es la salud del menor, sobre la cual los padres tienen un dominio de protección. Pasa algo similar con los delitos contra el patrimonio público, como en el caso del tipo de peculado. Este patrimonio es el bien jurídico protegido, igual que el patrimonio de una persona privada. El titular del cargo público ejerce sobre su desvalimiento (vulnerabilidad) el mismo dominio de protección que el tutor sobre el patrimonio de su tutelado. Y, por eso, es igualmente punible si él mismo perjudica el patrimonio o si permite que otro lo perjudique. El injusto tampoco reside en absoluto en la infracción del deber institucional, como se muestra en el ejemplo del celador de una cárcel que, ante una inundación, deja ahogarse a un preso en su celda. Aquí es el dominio sobre el desvalimiento (vulnerabilidad) del preso lo que convierte al celador en autor de un homicidio en comisión por omisión. El que la institución «ejecución de la pena» quede perjudicada de esta manera en su funcionamiento, en la medida en que la ejecución de la pena ya no puede continuar frente a un muerto, sería otro injusto completamente diferente, para el que, sin embargo, no hay ningún tipo penal.

V. EL ESTRECHO ÁMBITO DE LOS VERDADEROS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

En la mayoría de los delitos especiales se trata, por lo tanto, de delitos especiales de garante, en los cuales el dominio de protección sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o el dominio de supervisión o vigilancia de una fuente de peligro fundamentan el injusto. No obstante, podría haber también algunos delitos especiales, presumiblemente no demasiado numerosos, en los cuales no encajaría esta construcción dogmática, porque como bien jurídico entraría solo en consideración la institución misma. Aun así, en la mayoría de los casos en los que alguien no se atiene a las normas de la institución, la reacción apropiada no es el derecho penal, sino una medida institucional que puede llegar a la expulsión de la persona concernida de la institución. Cuando un cónyuge no quiere hacer vida común matrimonial, el otro cónyuge puede divorciarse. Un funcionario del Estado que entorpece con su pereza el funcionamiento del aparato estatal puede ver primero recortado su salario mediante una medida disciplinaria y, si eso no funciona, se le puede despedir del servicio público.

La lesión o infracción de deberes institucionales no puede, por lo tanto, fundamentar como regla general ningún injusto penal. Si puede hacerlo excepcionalmente y qué requisitos deben ser cumplidos para ello son cuestiones que hasta hoy han quedado en gran parte sin resolver.

La teoría de los delitos de infracción de deber tampoco ha ofrecido a estos efectos, a mi parecer, ninguna contribución que implique progreso alguno con respecto a dichas cuestiones porque ha dejado sin considerar dos puntos de vista decisivos:

- a) El primero es la necesaria diferenciación entre *deberes internos* y *externos* de una institución, como puede explicarse con el ejemplo de la corrupción. Cuando un funcionario acepta dinero para cometer un acto ilegal en el ejercicio de su cargo, se trata de una infracción de los deberes externos de la institución, sobre los que ejerce el dominio en cuanto funcionario competente. En cambio, cuando cobra dinero para un acto debido y conforme a la ley, entonces quedan intactas las relaciones externas y únicamente ha infringido un deber interno de la institución: el de contentarse con su salario mensual y no sacar ninguna ventaja de sus actos en el ejercicio del cargo. Los numerosos ejemplos de funcionarios que están autorizados a cobrar las tasas o comisiones que les corresponden por su actividad hacen obvio que se trata aquí de deberes internos, cuya infracción puede ser, por lo general, suficientemente castigada mediante sanciones institucionales.
- b) El segundo punto de vista que no ha tenido lo bastante en cuenta la teoría general de los delitos de infracción de deber es que la lesión individual de un deber institucional no perjudica todavía a la institución en su conjunto, sino que, ante el mal ejemplo ofrecido, solo fundamenta un lejano peligro para la lenta decadencia de la institución; o sea, un peligro abstracto que se diferencia esencialmente del concepto de peligro en los delitos de dominio. El delito de peligro abstracto de la puesta en circulación de alimentos tóxicos, por ejemplo, significa solo una anticipación de la punibilidad mediante la renuncia al resultado de lesión, que de hecho en muchos casos acabará produciéndose. En cambio, ante bienes jurídicos institucionales la acción se agota en la infracción de la norma; no amenaza ningún daño sustancial. Como punto de comparación, se puede citar, por ejemplo, la aportación de una gota de mayonesa al Amazonas en relación con el delito de contaminación de aguas. La penalización de tal infracción de la norma, que por sí misma representa una bagatela, es justificada en la dogmática penal alemana bajo la categoría de los delitos acumulativos o de acumulación, diciendo que la impunidad podría llevar a que todas las personas se comportaran de esa manera y, entonces, hasta el Amazonas quedaría seriamente contaminado por millones de gotas de mayonesa. Sin embargo, con este argumento solo se puede legitimar la penalización de una

infracción individual de la norma bajo la condición de que se trate de una norma fundamental, de cuyo amplio seguimiento dependa la supervivencia de la institución entera. Un ejemplo interesante para ello es la antigua punición del adulterio. Debía ser finalmente derogada porque ya no había disposición a seguir viendo en ella una norma fundamental de la institución «matrimonio».

Llego con esto a la conclusión de que el ámbito legítimo de los delitos especiales es, en su mayor parte, el de los delitos especiales de garante, en los cuales el fundamento penal reside en el dominio de protección sobre el bien jurídico o en el dominio de supervisión o vigilancia de una fuente de peligro. La legitimidad de los delitos puros de infracción de deber, en los cuales la sola infracción de un deber especial institucional fundamenta la punibilidad, ha quedado hasta hoy en buena medida sin resolver y, en cualquier caso, solo se puede tener en cuenta en un ámbito muy estrecho.

DOMINIO SOBRE LA
VULNERABILIDAD
DEL BIEN JURÍDICO
O INFRACCIÓN
DEL DEBER EN
LOS DELITOS
ESPECIALES

CONTROL OVER
VULNERABILITY
OF INTEREST OR
BREACH OF DUTY
IN SPECIAL DELICTS

VI. CONSECUENCIAS PARA LA DOGMÁTICA DE LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Como última cuestión dogmática con respecto a la rivalidad entre las categorías de los delitos especiales de garante o los delitos de infracción de deber, resta ocuparse de la tesis de Jakobs y su escuela que sostiene que la autoría solo quedaría determinada aquí mediante la infracción altamente personal del deber y que, por eso, la diferencia efectuada tanto en el artículo 23 del Código Penal peruano como en el § 25 del Código Penal alemán entre autoría directa, mediata y coautoría no tendría ningún sentido (Sánchez-Vera, 2002; Caro John, 2013; véase también la Sentencia del 16 de agosto de 2016 de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, p. 16). Esta tesis tampoco resulta convincente. En primer lugar, por lo que se refiere a la coautoría, no es posible reconocer ningún motivo concluyente por el que el dominio de protección o el dominio de supervisión no puedan ser ejercidos conjuntamente, como sucede con la división del trabajo en el caso del dominio del hecho. Un buen ejemplo lo ofrece aquí el cuento alemán de Hansel y Gretel. Tanto si los padres deciden ahorrarse la manutención de sus hijos conduciéndolos al desierto y abandonándolos allí como si en mitad de lo que en principio era una inofensiva excursión al desierto deciden dejar a los niños en la estacada, en ambos casos hay coautoría: en uno mediante hacer activo y en otro, mediante omisión. Lo mismo debe valer si en un caso azuzan al perro familiar a abalanzarse sobre el malvado vecino y en otro no lo llaman al orden cuando este echa espontáneamente a correr. También en el servicio público puede darse coautoría entre los superiores jerárquicos y sus subordinados si ambos conjuntamente ejercen dominio sobre la propiedad pública. El director

del parque móvil estatal y el guarda del garaje pueden, por lo tanto, ser coautores si convienen en permitir el uso ilegal de los vehículos estatales por los miembros de su familia. De ahí se deduce forzosamente, en mi opinión, que la resolución de la Corte Suprema peruana en el nuevo caso Fujimori no puede convencer en su parte dogmática. No veo ningún motivo por el que Fujimori, en cuanto Presidente de la República altamente responsable del patrimonio público de Perú, no pueda haber sido coautor de un delito de peculado junto con el encargado especial Montesinos y el Director de la Oficina Técnica de Administración del Servicio de Inteligencia Nacional. En especial, la Corte Suprema ha reconocido al final de su resolución que en una crisis institucional podría haber un administrador de hecho, quien entonces podría ser asimismo autor del peculado. Desde el punto de vista de la teoría del dominio, resulta casi obvio que aquel que usurpa una competencia estatal es también penalmente responsable por su dominio de los daños ocasionados bajo este.

Por supuesto, el castigo por delito doloso exige que todos los coautores tengan conocimiento del suceso, lo que sería como mínimo dudoso en el caso de Fujimori según la citada resolución de la Corte Suprema, si la he entendido bien. Es evidente que no puedo juzgar esta cuestión, pues reside en aspectos de hecho y de valoración de pruebas. La absolución puede, por lo tanto, ser correcta en su resultado, aun cuando la fundamentación dogmática no convenza.

Por último, unas palabras sobre la posibilidad de *autoría mediata*. La doctrina tradicional alemana ha desarrollado para esto la forma especial de la autoría mediata por empleo de un instrumento doloso no cualificado, criticada y rechazada por Jakobs y su escuela (véanse Sánchez-Vera, 2002; Caro John, 2013; Sentencia del 16 de agosto de 2016 de la Corte Suprema, p. 16; Pariona, 2011, p. 94; en otro sentido, véase Roxin, 1963, p. 361). En el marco de referencia de la teoría del dominio no existe, sin embargo, ningún reparo fundamental en contra de que el poseedor del dominio utilice para sus planes fuerzas subordinadas que, por su parte, no puedan ejercer dominio por falta de una visión de conjunto sobre el acontecimiento global, cometiendo así el primero el hecho «a través de otro», como se formula en el § 25 del Código Penal alemán. También en este punto considero por ello oportunos los fundamentos generales de la autoría.

VII. LAS CIRCUNSTANCIAS Y CUALIDADES QUE AFECTAN LA RESPONSABILIDAD DE ALGUNOS AUTORES Y PARTÍCIPIES

En la práctica, casi incluso más importante que la aclaración de la estructura dogmática de los delitos especiales es la cuestión de cómo

se debe determinar la punibilidad de los diversos participantes, cuando en el tipo penal se exigen circunstancias o cualidades especiales de naturaleza personal que no se presentan en todos, sino solo en uno o algunos participantes. El Código Penal peruano —tan moderno en muchos aspectos— tiene a la mano, para este difícil problema, solo una única y muy rudimentaria disposición que se encuentra en el artículo 26. De acuerdo con esta, las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de algunos autores o partícipes no deben modificar las de los otros autores o partícipes del mismo delito (el llamado principio de incomunicabilidad). Si se compara esta regulación con el Código Penal alemán, entonces se advierte una diferencia fundamental. El derecho alemán es mucho más diferenciado, porque este —en el caso de las características referidas al autor o partícipe y, en este sentido, características personales— contiene regulaciones separadas en el § 28 inciso 1 e inciso 2, a saber, o bien, en caso de características modificadoras de la punibilidad o excluyentes de la punibilidad, lo que en Perú es llamado «ruptura del título de imputación», como en el artículo 26 del Código Penal peruano; o bien, en caso de características fundamentadoras de la punibilidad, una disminución de la pena que ambigualmente se denomina en Perú teoría de la unidad de imputación.

Debido a que, según el artículo 26, todas las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de algunos participantes no modifican las de los otros (es decir, no se les comunican a los demás), esto obliga, en el caso de las características fundamentadoras de la pena, a una decisión de todo o nada. O bien el *extraneus* queda totalmente impune o él es castigado según el marco penal del *intraneus*, porque el empleo de un marco penal reducido, impuesto en Alemania para este caso, no existe en Perú.

Para incrementar aún más las complicaciones, en la dogmática penal alemana (tanto como en la peruana), impera el conflicto total y la total confusión sobre el concepto de las circunstancias y cualidades personales y, con esto, sobre el campo de aplicación de las disposiciones correspondientes. De ello se desprende que sería necesario otro artículo (por lo menos) para analizar el problema adecuadamente. A esto se le añade, como una complicación adicional, que la correspondiente discusión dogmática en Perú está completamente dominada por la distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber. A modo de ejemplo, García Caveró (2011) quiere sustentar la distinción en si se trata de delitos de dominio o de delitos de infracción de deber. Sin embargo, al mismo tiempo el autor busca distinguir un grupo intermedio de delitos de infracción de deber con elementos de dominio. Entretanto, según lo que he venido sosteniendo, esta distinción está totalmente sobrevalorada porque en la mayoría de los supuestos delitos de infracción

de deber se trata de delitos especiales de garante (*Garantensonderdelikte*) y, con esto, de delitos de dominio.

Si bien me he dedicado intensamente a este problema en una serie de publicaciones (Schünemann, 2007b, 2007c), por motivos de extensión no es posible presentar aquí un análisis amplio y una solución de los problemas. De todos modos, quisiera ofrecer un par de observaciones al grupo de casos más importante, a saber, a la posición de un participante como funcionario público (*Amtsträger*). La jurisprudencia peruana ya se ha ocupado de este asunto en el famoso y controvertido caso *Montesinos Bedoya de Vivanco* (Corte Superior de Justicia de Lima, Sentencia del 29 de mayo de 2003) y en este caso también ha condenado al *extraneus* por la participación en peculado a partir del marco penal vigente para ello, a pesar de que en este caso se trata de un delito contra la administración pública (*Amtsdelikt*) (para una posición ampliamente crítica al respecto, véase Amoretti Pachas, 2007; para una posición a favor, Alcócer Povis, 2005). Para la fundamentación sirvió la teoría de los delitos de infracción de deber, la cual no está contenida en la ley. Por el contrario, conforme al derecho alemán, es totalmente indiscutido que la posición de funcionario público (*Amtsstellung*) es una característica personal, la cual agrava la punibilidad de la apropiación indebida (*Unterschlagung*), de modo que, en el caso del peculado (*Amtsunterschlagung*) se trata de un delito especial impropio, sobre el cual encontraría aplicación la norma del § 28 del Código Penal alemán. Por lo tanto, según el § 28, inciso 2 del Código Penal alemán, la característica de funcionario del Estado (*Beamter*) no se le comunica al *extraneus*, de modo que este último solo sería punible por una instigación a una apropiación indebida simple (*einfache Unterschlagung*) en pluralidad de hechos (concurso real) con receptación (*Hehlerei*). Considero que esta solución es correcta en el caso y, por cierto, no sobre la base de distinciones jurídico-conceptuales entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber o entre injusto y culpabilidad, sino por razones de justicia penal. No se le pueden comunicar completamente al participante características que él no puede incurrir a través de autoría mediata, sino que él las tiene que verificar en su propia persona. De lo contrario, se pondría de cabeza la relación de escalonamiento de la autoría y la participación, lo que sería una violación de la justicia material. Por ello, en el caso de características personales fundamentadoras de la punibilidad o agravantes de la punibilidad, al *extraneus* se le tiene que sancionar con mayor indulgencia, o bien a partir del delito base de carácter general, o bien, si tal no existe, según la regulación expresa del § 28, inciso 1 del Código Penal alemán, a saber, por participación en el delito especial, pero a partir de un marco penal modificado, esto es, notoriamente reducido.

VIII. CONCLUSIÓN FINAL

En resumen, es posible concluir que al menos la mayoría de los delitos especiales son delitos especiales de garante, en los que el autor ejerce un dominio de protección o un dominio de supervisión sobre el fundamento o causa del resultado, principalmente sobre la fragilidad o vulnerabilidad del bien jurídico. Solo puede haber delitos puros de infracción de deber en un marco estrecho porque la lesión o infracción de deberes institucionales puede ser, por lo general, suficientemente castigada mediante sanciones dentro de la institución. Para una solución dogmática definitiva, resulta aquí de central importancia la diferenciación entre deberes externos e internos a la institución, si bien esta distinción no ha sido elaborada de manera suficiente. Adicionalmente, los delitos de infracción de deber solo pueden ser legitimados cuando se sobrepase el umbral de insignificancia tematizado bajo la categoría de los delitos acumulativos: debe tratarse de la lesión de normas totalmente fundamentales. Para las cuestiones de la autoría no rige nada especial en los delitos especiales de garante: también aquí hay formas de coautoría y de autoría mediata. En los delitos puros de infracción de deber, en la medida en que puedan ser reconocidos, el injusto penal consiste en cambio exclusivamente en la infracción del deber, de modo que este también constituye el único criterio para la autoría.

REFERENCIAS

- Alcócer Pavis, E. (2005). La autoría y participación en el delito de peculado. Comentarios a partir del caso Montesinos-Bedoya. *Actualidad Jurídica*, 142, 97-103.
- Amelung, K. (1972). *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft: Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage; zugleich ein Beitrag zur Lehre von der «Sozialschädlichkeit» des Verbrechens*. Fráncfort d.M.: Athenäum.
- Amoretti Pachas, M. (2007). *Violaciones al debido proceso penal: análisis y crítica al proceso penal seguido contra Luis Bedoya de Vivanco*. Lima: Grijley.
- Cancio, M. & Gómez-Jara, C. (coords.). (2006). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión* (2 vols.). Madrid: Dykinson.
- Caro John, J. (2013). Autoría y participación: los grados de intervención delictiva. En J. Buompadre (dir.), *Temas fundamentales de dogmática penal y de política criminal: un homenaje a los profesores Claus Roxin y Miguel Polaino Navarrete*. Resistencia-Chaco: Contexto.
- Frank, R. (1926). *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich: nebst dem Einführungsgesetze* (17ª ed.). Tübinga: Mohr.
- García Caveró, P. (2011). La pena del partícipe extraneus en los delitos especiales. *Anuario de Derecho Penal 2009: La reforma del derecho penal y del derecho procesal penal en el Perú*, 14, 115-126.

Gracia Martín, L. (1985). *El actuar en lugar de otro en derecho penal* (tomo I). Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza.

Gracia Martín, L. (1986a). *El actuar en lugar de otro en derecho penal: estudio específico del art. 15 bis del Código penal español* (doctrina, legislación y jurisprudencia) (tomo II). Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza.

Gracia Martín, L. (1986b). *Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales*. Barcelona: Bosch.

Jakobs, G. (1976). *Schuld und Prävention*. Tübinga: Mohr.

Jakobs, G. (1991). *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (2ª ed.). Berlín: De Gruyter. <https://doi.org/10.1515/9783110906424>

Liszt, Fv. (1904). *Das deutsche Reichsstrafrecht auf Grund des Reichsstrafgesetzbuches und der übrigen strafrechtlichen Reichsgesetze unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts systematisch dargestellt* (14ª ed.). Berlín: J. Guttentag Verlagsbuchhandlung.

Nagler, J. (1903). *Die Teilnahme am Sonderverbrechen: ein Beitrag zur Lehre von der Teilnahme*. Leipzig: Wilhelm Engelmann.

Nagler, J. (1938). Die Problematik der Begehung durch Unterlassung. *Gerichtssaal*, 111, 1-121.

Pariona, R. (2010). *Täterschaft und Pflichtverletzung. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Abgrenzung der Beteiligungsformen bei Begehungs- und Unterlassungsdelikten*. Baden-Baden: Nomos. <https://doi.org/10.5771/9783845223964>

Pariona, R. (2011). *El delito de peculado como delito de infracción de deber*. Lima: Universidad San Martín de Porres. Recuperado de http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/trabajo_de_investigacion/2011/14_El_delito_de_peculado_como_delito_de_infraccion_de_deber.pdf

Roxin, C. (1963). *Täterschaft und Tatherrschaft*. Hamburgo: De Gruyter. <https://doi.org/10.1515/9783111594941>

Roxin, C. (1970). Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht. En Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen (ed.), *Festschrift für Richard M. Honig* (pp. 133-150). Gotinga: Otto Schwartz. [Hay traducción al español: Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el derecho penal. En *Problemas básicos del derecho penal* (trad. D.M. Luzón Peña, pp. 128-148). Madrid: Reus, 1976].

Roxin, C. (2010). Apuntes sobre la sentencia-Fujimori de la Corte Suprema del Perú. En K. Ambos e I. Meini (eds.), *La autoría mediata: el caso Fujimori* (pp. 91-102). Lima: ARA.

Roxin, C. (2014). *Derecho penal: Parte general. Tomo II: Formas especiales de aparición del delito* (trad. y notas de D.M. Luzón Peña et al.). Pamplona: Civitas.

Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J. (2002). *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid: Marcial Pons.

Schünemann, B. (1971). *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*. Gotinga: Otto Schwartz.

Schünemann, B. (1979). *Unternehmenskriminalität und Strafrecht: eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht*. Colonia: Heymann. [Hay traducción al español: *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal*. Buenos Aires: Di Plácido, 2004].

Schünemann, B. (2006a). ¿Derecho penal del enemigo? Crítica a las insoportables tendencias erosivas en la realidad de la administración de justicia penal y de su insoportable desatención teórica. En M. Cancio y C. Gómez-Jara (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión* (vol. 2, pp. 963-984). Madrid: Dykinson.

Schünemann, B. (2006b). Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva. En *Cuestiones básicas del derecho penal en los umbrales del tercer milenio* (pp. 317-358). Lima: Idemsa.

Schünemann, B. (2006c). El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar del otro. En *Cuestiones básicas del derecho penal en los umbrales del tercer Milenio* (pp. 277-313). Lima: Idemsa.

Schünemann, B. (2006d). Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania. En *Cuestiones básicas del derecho penal en los umbrales del tercer milenio* (pp. 249-273). Lima: Idemsa.

Schünemann, B. (2007a). *¡El derecho penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos! Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Schünemann, B. (2007b). § 28 Besondere persönliche Merkmale. En H.W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan y K. Tiedemann, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, Band 1: Einleitung; §§ 1-31* (12ª ed., pp. 2064-2105). Berlín: De Gruyter. <https://doi.org/10.1515/9783110892888.2064>

Schünemann, B. (2007c). § 29 Selbständige Strafbarkeit des Beteiligten. En H.W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan y K. Tiedemann, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, Band 1: Einleitung; §§ 1-31* (12ª ed., pp. 2106-2108). Berlín: De Gruyter. <https://doi.org/10.1515/9783110892888.2106>

Schünemann, B. (2009a). El denominado delito de omisión impropia o la comisión por omisión. En B. Schünemann y J. Armaza Galdos, *Discursos universitarios* (pp. 17-43). Arequipa: Pangea.

Schünemann, B. (2009b). *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia: con una aportación a la metodología del derecho penal* (trads. J. Cuello Contreras y J.L. Serrano González de Murillo). Barcelona: Marcial Pons.

Schünemann, B. (2011). Hacia la síntesis necesaria entre la construcción de una concepción funcional y ontológica del derecho penal: reflexiones a propósito del fundamento de la culpabilidad. En Y. Montoya Vivanco (ed.), *Críticas*

al funcionalismo normativista y otros temas actuales del derecho penal: *Jornadas Internacionales de Derecho Penal* (pp. 17-35). Lima: Palestra.

Schünemann, B. (2012). Protección de bienes jurídicos, *ultima ratio* y victimodogmática: sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado de Derecho liberal. En R. Robles Planas (ed.), *Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo* (pp. 63-86). Barcelona: Atelier.

Schünemann, B. (2014). Ein neues Bild des Strafrechtssystems? Zugleich Rezension von Günther Jakobs, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 126(1), 1-26. [trad. al español por L. Gracia Martín, aún no publicada]. <https://doi.org/10.1515/zstw-2014-0001>

Villa Stein, J. (2012). El funcionalismo en el derecho penal peruano: apreciaciones, teorías y práctica. *Agora. Revista de Derecho*, 9-10, 263-280.

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Código Penal [CP] (Perú).

Corte Superior de Justicia de Lima, Sala Penal Especial, Sentencia del 29 de mayo de 2003, Caso Montesinos Torres, Bedoya de Vivanco y otros, Expediente 010-2001.

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Especial, Sentencia del 7 de abril de 2009, Casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos del SIE, Expediente AV 19-2001 (acumulados) (Perú).

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, Sentencia del 16 de agosto de 2016, Caso Diarios Chicha, Recurso de Nulidad No. 615-2015 (Perú).

Strafgesetzbuch [Código Penal de la República Federal Alemana, StGB] (Alemania).

Recibido: 19/06/2017

Aceptado: 18/01/2018