

REVISIÓN CRÍTICA DE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO

José Antonio Caro John¹

1. Preliminar

Felipe Villavicencio sostuvo en su monumental obra de Parte General que “el dominio del hecho constituye la característica general de la autoría”, y, refiriéndose a la participación, anotó “son partícipes aquellos que no son autores” (2006, pág. 492). Es decir, quien en una situación concreta ejecuta una acción con el dominio del hecho en sus manos siempre calificará como autor, siendo imposible poder considerarlo de otra manera. Esta idea se aprecia con mayor nitidez en su rechazo a la construcción dogmática de la denominada autoría mediata en aparatos de poder, sobre la que sostuvo “cuando el intermediario actúa dolosa y plenamente responsable, el dominio del hecho le pertenece y se excluye la posibilidad de una autoría mediata” (2006, pág. 480). Como es de ver, estamos claramente ante un pensamiento de férrea defensa de la teoría dominio del hecho como criterio fundamentador de la autoría y diferenciador de la participación.

Las presentes consideraciones, dedicadas a Felipe Villavicencio, recogen unas críticas a la teoría del dominio del hecho que nuestro ilustre y querido homenajeador ya no podrá leer, pero que escuchó tantas veces en nuestros diálogos fraternos sobre la moderna dogmática penal de la autoría y participación. La presente contribución apunta a perennizar estas ideas para el diálogo que en adelante habrá de ser continuada ya sólo en el espíritu con él. Se nos fue un grande, pero se queda entre nosotros la grandeza de su obra.

2. Génesis de la Teoría del Dominio del Hecho

La teoría del dominio del hecho fue introducida en el Derecho penal por Hegler en 1915 en un sentido diferente a como se la entiende usualmente en la dogmática penal de la teoría del delito en nuestros días como un concepto vinculado a la autoría. En el pensamiento de Hegler el dominio del hecho aludía a los presupuestos materiales de la culpabilidad penal, de manera que la imputación de una culpabilidad por un hecho doloso o culposo debía hacerse sobre el enjuiciamiento acerca de si el ejecutor obró con el “completo dominio del hecho”. La graduación del “reproche” de culpabilidad estaba en función de la “gravedad del nivel de dominio del hecho” del autor (pág. 185). En el trasfondo de este pensamiento se encuentra la idea de fundamentar el reproche de culpabilidad en una perspectiva que considera el aspecto “social” del hecho, pues la afirmación de un “completo dominio del hecho” del autor es concebida en referencia a un hecho externo que

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de Bonn. Profesor de Derecho penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú

“lesiona los intereses de una sociedad organizada bajo un Estado” (pág. 190). En esta originaria formulación del dominio del hecho no existe referencia alguna a una fundamentación de la autoría, de allí que la aportación de Hegler no se cuenta como una teoría propiamente de la autoría, sino más bien como una interesante aportación sobre los presupuestos materiales del concepto de culpabilidad.

Luego de su incursión en el campo de la dogmática de la teoría del delito, el concepto del dominio del hecho recibió un tratamiento variado en la doctrina penal. En el famoso comentario al Código penal alemán de Frank todavía mantiene la característica de una teoría que sirve a la graduación de la culpabilidad, pudiendo excluirla o atenuarla cuando “el déficit de libertad conduzca a una merma del dominio del hecho” (1931, pág. 136). Al poco tiempo Honig se ocupó brevemente del concepto en el ámbito de la autoría mediata llegando a sostener que en el supuesto que un sujeto se sirve de otro para la ejecución, pero obrando el tercero en error, coaccionado, o en una inimputabilidad, evidenciando en todos estos casos un “dominio del acontecer”, precisamente en virtud de lo que ha dominado se le atribuye el título de autor (1930, pág. 200).

La teoría del dominio venía a ofrecer una sugerente propuesta de solución a los problemas no resueltos por las teorías objetivas y subjetivas de la autoría. En el caso de las teorías objetivas, por el predominio de la teoría causal de la equivalencia de las condiciones, la infructuosa diferenciación entre autoría y participación había movido a sus partidarios a encontrar la distinción en las variaciones que se daban en el aspecto interno de la voluntad de los actuantes. En este contexto, las teorías subjetivas significaron un correctivo de las teorías objetivas, con una afianzada recepción en la jurisprudencia, como lo muestra el emblemático *caso de la bañera* (RGSt 74, p. 84) donde la hermana de una parturienta que había alumbrado a un niño ilegítimo ahogó al recién nacido en una bañera en exclusivo *interés* de la madre. La teoría subjetiva que hacía depender la diferencia entre autoría y participación de la voluntad del autor (*animus auctoris*) y de la voluntad del partícipe (*animus socii*), haciendo a un lado el peso objetivo causal externo de la aportación individual al hecho externo, sirvió de fundamento para que la hermana fuera condenada como cómplice, no obstante haber ahogado de propia mano al recién nacido; a juicio del tribunal ella obró sólo con la voluntad de un partícipe. Con un planteamiento similar el Tribunal Supremo alemán resolvió el *caso Stachynskij* (BGHSt 18, p. 87), donde un sujeto que, en el ejercicio de la función de agente del servicio secreto ruso había sido destacado para matar a un correligionario que se encontraba en Alemania, a pesar de haber ejecutado el hecho de propia mano, fue condenado únicamente como cómplice por haber realizado el hecho por encargo y en *interés* de sus superiores.

3. Welzel y su Formulación de la Teoría del Dominio del Hecho

En medio de esta constelación de posturas sobre la autoría con un predominante matiz subjetivo, la teoría del dominio del hecho ganó rápidamente un espacio en el capítulo la autoría y participación gracias a que tampoco era sustancialmente ajena a una caracterización subjetiva del concepto de autor. Una fundamentación

del dominio del hecho, circunscrita esencialmente al ámbito de la autoría dolosa, se inició propiamente con Welzel. En una proyección de su teoría de la acción final hacia el campo de la intervención delictiva, sostuvo que la acción en una “relación final de la voluntad hacia el resultado” genera algo que ha de considerarse como “obra” suya. Así, la acción final engloba la dirección de un proceso causal que en el ejemplo del dolo se corresponde perfectamente con el objetivo perseguido por el autor de manera voluntaria. Una autoría culposa “no tiene nada que ver” con una teoría final de la autoría. El autor culposo representa únicamente una con-causa para el resultado: “lo que en su caso trae a colación es que él de cualquier forma es para el resultado producido una con-causa que, no obstante, pudo haberlo evitado. Cualquier forma de co-causalidad que sea evitable fundamenta su autoría” (Welzel, 1939, pág. 538).

En función de esta premisa conceptual Welzel construyó una noción del dominio del hecho basada en la acción final. El postulado es el siguiente:

En el ámbito de la acción final, la autoría final se desprende claramente de toda forma de intervención final. Autoría final es la forma englobante del dominio final del hecho. El autor final es señor sobre su decisión y sobre su ejecución, con ello es señor sobre ‘su’ hecho que él mismo configura conscientemente hacia un objetivo en su contenido y forma. El hecho en sí mismo encierra solo el dominio final del autor. La participación es por ello sólo intervención en un hecho ajeno. El instigador ciertamente determina a un hecho ajeno, el cómplice contribuye a ese hecho, pero el dominio final del hecho, el dominio sobre la decisión y su ejecución material, lo ostenta únicamente el autor. (1939, pág. 539).

Con esta exposición del dominio del hecho, Welzel tuvo dificultades para explicar de modo convincente la autoría en los casos donde el tipo penal reúne unos presupuestos personales para afirmar la autoría, como es el caso de los delitos contra la administración pública donde el actuante tiene una posición de deber especial como funcionario, soldado, etc. Aquí autor puede ser únicamente el intraneus que corporiza en sí mismo una cualificación personal especial, para cuya autoría el dominio del hecho aporta poco o nada. Para superar este problema, de una forma inconsecuente con su punto de partida finalista, Welzel explicó que estos casos debían resolverse en el marco del “completo significado social de la acción” en virtud del cual el extraneus puede ser comprendido dentro del “dominio social del hecho” (1939, pág. 543).

La teoría del dominio del hecho en la forma presentada por Welzel superó el problema de fundamentación del autor directo, que hasta ese momento había permanecido confuso. Naturalmente, dominar el hecho, comportándose como dueño y señor del hecho, es mucho más fácil de ser predicado en los casos donde el sujeto activo ejecuta de propia mano la acción delictiva. Igualmente, Welzel aportó los fundamentos de la autoría mediata atribuyendo el dominio “final” del hecho al hombre de atrás que instrumentaliza al hombre de adelante que obra como un instrumento no doloso. En el análisis de esta forma de intervención, él es enfático al rechazar la categoría del autor detrás del autor por considerar que

si existe un autor principal doloso que realiza el hecho con pleno dominio final del mismo, todo aquél situado por detrás (el hombre de atrás) sólo puede ser partícipe. Mejor dicho: si el hombre de adelante es el personaje principal que lleva a cabo la realización del injusto, no puede encontrarse a su vez dominado por el hombre de atrás. Este reconocimiento llevó a Welzel a calificar de absurda la tesis del “autor de atrás del autor” (1947, pág. 645).

En el ámbito de la coautoría, ésta es una clase de autoría con la particularidad que el dominio del hecho sobre el delito en conjunto no es llevado a cabo individualmente por varios autores, sino el dominio del hecho es realizado en común por todos los coautores. La coautoría no es “mera suma” de autores, sino un “todo único”. El dominio del hecho pertenece al conjunto, pues,

Ningún sujeto individualmente, tampoco varios sujetos agrupados, sino todos juntos son portadores de la decisión de cometer el hecho, y el acto de cada uno con el de los demás configura un todo único mediante la decisión común de actuar en una relación final. (Welzel, 1939, pág. 549)

En suma, en la coautoría “cada quien no es mero autor de una parte, sino co-autor del todo, de allí que él responde también como coautor del hecho conjunto” (Welzel, 1939, pág. 549).

En este razonamiento no se toman en cuenta las particularidades del tipo penal porque la teoría es ubicada en el nivel de lo ontológico, previo al Derecho, en el campo estricto de la acción humana.

4. Aportación de Gallas a la Teoría del Dominio del Hecho

En un intento por conciliar los postulados de la doctrina final de la acción y la teoría formal-objetiva de la autoría, Gallas sostuvo que,

Autor de un delito doloso es sólo quien en la tipicidad realiza una acción, es decir, una acción con determinado contenido de sentido final; autor de un hecho culposo es fundamentalmente cualquiera que imprudentemente pone una condición para el resultado típico. Una diferenciación entre autoría y participación sólo es posible en el ámbito de los delitos dolosos. El criterio material de esa diferenciación es el ‘dominio del hecho’. (Gallas, 1954, pág. 132)

Agrega, “sistemáticamente, el ‘autor’ pertenece a la teoría de la tipicidad: él es el sujeto de la realización típica” (1954, p. 132). Como se puede ver, el tipo penal es el lugar donde corresponde diferenciar al autor y el partícipe, decantándose Gallas por un concepto restrictivo de autor, según el cual sólo el autor realiza el tipo penal, mientras que la responsabilidad del partícipe es en virtud de una extensión del tipo penal.

El rasgo característico del dominio del hecho en esta novedosa formulación es su evolución hacia la normativización de las categorías dogmáticas. Gallas introduce en la discusión la necesidad de dotar de un contenido normativo a la autoría, y, con ella, al dominio del hecho, en referencia a “valores”. La lectura normativa

de la autoría comienza por ubicar el “enunciado de la descripción típica”, en base al cual se tiene que el suceso causal en sí mismo es insuficiente para explicar la problemática. La descripción de la conducta en el tipo abarca el “significado final” de la misma, manifestada a través del “dominio corporal y voluntario del acontecer típico” (Gallas, 1954, pág. 133). La acción final no es analizada en la ontología, sino en su *sentido* de realización típica. No obstante estar presente el elemento de la finalidad dentro del concepto de acción, esa finalidad (a diferencia de Welzel) no fundamenta en sí misma la autoría, porque, como se acaba de decir, el concepto de autor en el pensamiento de Gallas se construye en función de la interpretación del contenido de sentido de la tipicidad según el caso que corresponda analizar. Por ejemplo, si el hecho ha de referirse a una sustracción, la acción no debe llenarse de contenido mediante la mera causación del desplazamiento del bien mueble, sino a través del poder de dominio del autor sobre los elementos configuradores de la tipicidad. La finalidad se encuentra circunscrita al sentido típico de la acción ejercitada por el autor.

El concepto de autor se encuentra así en una estrecha relación con la acción típica de quien realiza directamente el hecho. Por ello, “comisión inmediata equivale a dominio del hecho” (Gallas, 1954, pág. 133), con la particularidad que no es la cantidad del dominio del suceso externo lo determinante para la autoría, sino el “contenido de sentido” del dominio llevado a cabo. Las demás formas de autoría, como la autoría mediata y la coautoría, tienen en común con la autoría directa el *sentido* del dominio del hecho para concretar su configuración. De este modo, la determinación del “mayor peso” del hombre de atrás en el caso de la autoría mediata “es una cuestión valorativa” (Gallas, 1954, pág. 134), porque puede darse el supuesto que el hombre de adelante, que ejecuta directamente el hecho, también ostente un dominio del hecho, pero relativizado por el mayor peso ejercido por hombre de atrás. Este es el supuesto del ejecutor que actúa dolosamente, pero adoleciendo de una capacidad de culpabilidad, en cuyo caso el mayor peso del hombre de atrás se evidencia por la “utilización” de un ejecutor directo que obra sin libertad. Nuevamente, estamos en un escenario donde los criterios valorativos (y no el peso causal de la aportación) deciden el título de intervención que ha de recaer sobre el actuante, llámese autor o partícipe. Con la coautoría ocurre algo semejante: el coautor es “co-señor del hecho” (Gallas, 1954, pág. 137), y, el sentido del dominio del hecho en su caso dependerá de la interpretación valorativa que se haga de quién, en el contexto de una intervención plural de sujetos en un hecho, se encuentra en el “mismo nivel” de intervención de otro que pueda “compartir” el título de co-señor del hecho (Gallas, 1954, pág. 133).

Como se puede ver, Gallas presenta una exposición del dominio del hecho claramente diferenciada de su antecesor Welzel, donde la determinación de la autoría no descansa en la aportación causal al resultado, ni únicamente en el contenido interno de la voluntad final de la acción, sino en la descripción típica de la conducta en función de criterios valorativos. Con la determinación del *sentido* del dominio del hecho podrá diferenciarse en el caso concreto claramente la autoría y la participación, así como las distintas formas de autoría.

5. Roxin y el Dominio del Hecho Como Figura Central

En 1963 salió a la luz el escrito de habilitación de Claus Roxin, titulado “Autoría y dominio del hecho” en el que emprende la sistematización del concepto del dominio del hecho como un “principio rector” (Roxin, 2015, pág. 25) en la determinación de todas las formas de autoría y en su delimitación con la participación. Ese principio rector consiste en identificar quién ha de erigirse en el “personaje central” para recibir el título de autor (autor directo, coautor o autor mediato), y, quién, por “estar al margen”, alcanza el título de partícipe instigador o cómplice (2015, pág. 26). El principio rector en mención no tiene un contenido fijo, sino abierto, “asigna, de una parte, el criterio legal de valoración determinante para la delimitación, y, de otra, también un patrón de diferenciación prejurídico claramente comprensible” (Roxin, 2015, pág. 25).

Acorde a este principio, “autor es la figura central del suceso concreto de la acción” (Roxin, 2015, pág. 25), “la figura clave” (Roxin, 2015, pág. 336) que el Código penal identifica como el “ejecutor”. Roxin enfatiza que el concepto de autor es primario y no secundario, es decir, él rechaza todo intento de definición de la autoría mediante un procedimiento de exclusión, como quien define al autor después de descartar quién no es partícipe. La condición de figura central del suceso ubica al autor como alguien primario precisamente merced al dominio del hecho que convierte a quien lo detente en una figura central de cuyo núcleo debe partir todo análisis para establecer la autoría y la participación.

Para Roxin el dominio del hecho despliega su campo de operación en las clases de autoría de la siguiente manera (Roxin, 2015, pág. 306):

- Como “dominio de la acción” de quien realiza la acción típica personalmente. Este es el caso de la autoría directa.
- Como “dominio de la voluntad” cuando se hace ejecutar el hecho mediante otro cuya voluntad no es libre, o desconoce el sentido típico de su acción, o cuando se hace sustituir la voluntad por un aparato de poder organizado. Es el caso de la autoría mediata.
- Como “dominio funcional”, cuando en la fase ejecutiva el sujeto realiza una aportación funcionalmente significativa. Este es el caso de la coautoría.

A diferencia de sus predecesores, Roxin da un tratamiento al dominio del hecho con base en una consideración que él mismo denomina “ontológica y teleológica” (2015, pág. 25), reconociéndole un doble papel: de una parte, el dominio del hecho encarnaría el concepto de autor a que aluden los tipos penales, pues “los tipos no son abstracciones descoloridas, sino que representan el intento de plasmar gráficamente, con todos los rasgos personales, a la figura central del suceso de la acción” (Roxin, 2015, pág. 327), y, de otra parte, como el dominio del hecho convierte a la autoría en un concepto primario, la participación es desplazada a un lugar secundario donde el dominio del hecho no desempeña función alguna.

Roxin reconoce que su concepción acerca del dominio del hecho es tributaria en cierta medida del enfoque normativo del mismo iniciado por Gallas (2015, pág. 321). Pero va mucho más allá, transformándolo prácticamente en el componente esencial de una teoría de la autoría.

No cabe duda de que el “impresionante sistema” (Marlie, 2009, pág. 16) del dominio del hecho presentado por Roxin a la comunidad jurídica en su escrito de habilitación, desarrollado posteriormente en diferentes obras para lograr su consagración definitiva en su Tratado de Derecho penal (2003), ha tenido una prolija acogida al punto de constituir en la actualidad doctrina dominante en el campo de la autoría y participación.

La teoría del dominio del hecho representó sin duda un gran avance en relación a las teorías subjetiva y formal-objetiva de la autoría. La dependencia de la voluntad e interés del sujeto como criterio fundamentador de la autoría, en el sentido de la teoría subjetiva, por el cual autor sería quien tiene interés por el resultado y cómplice quien ejecuta el hecho según el interés del autor, debilitó su fuerza explicativa ante la llamada de atención por parte de Roxin de que cómo podía ser sólo cómplice quien ejecuta el hecho principal dolosamente y de propia mano, cuando realmente obró con el dominio del hecho. La solución del caso de la bañera (RGSt. 74, pág. 84) sonaba un poco alejada en el tiempo, pero justamente en 1962, un año antes de la aparición del escrito de habilitación de Roxin se hizo de público conocimiento la solución del Tribunal Federal Supremo del caso Stachynskij (BGHSt. 18, pág. 87). La oportunidad fue propicia para acrecentar el éxito que significaba dar a conocer a la comunidad jurídica la más acabada formulación de la teoría del dominio del hecho. La teoría ya era conocida desde Welzel, sobre todo después que en el marco de su concepción finalista había señalado que “autor es el señor del hecho, donde él es señor sobre la decisión y su ejecución; quien lo instiga o colabora con él, participa ciertamente en el hecho, pero no es señor sobre el hecho” (Welzel, 1939, pág. 539). Luego siguieron Maurach, Gallas, pero fue Roxin quien dio el salto a la gran sistematización de la teoría, con una aplicación detallada a todas las formas de autoría, en la autoría directa, autoría mediata y coautoría.

Otro dato a considerar para la creciente acogida de la teoría del dominio del hecho fue la propuesta de Roxin de aplicarla para resolver el famoso caso Eichmann. Él había ocupado una posición central por lo que, si bien no se manchó las manos de sangre, considerarlo instigador lo colocaba en una posición secundaria. Roxin pensó que tampoco podía ser coautor porque esta forma de autoría para él ubica a todos los coautores en una posición horizontal. Como la autoría mediata tenía como escollo que ella sólo podía ser de aplicación en los casos cuando el ejecutor obra sin dolo o sin culpabilidad, Roxin vio como salida una reformulación de la autoría mediata sobre la base de tener a un ejecutor que obra dolosamente y con culpabilidad. Esto fue logrado mediante su famosa teoría de los aparatos de poder organizados, que tuvo una recepción posterior en la jurisprudencia alemana (Jakobs, 1995), argentina (Ambos, 1998) y peruana en el caso Fujimori (Ambos & Meini, 2010).

La teoría del dominio del hecho roxiniana se funda a partir de una base objetiva y subjetiva. En la medida que es de aplicación única a los delitos dolosos es innegable que el elemento de la voluntad, central para la teoría subjetiva, está presente en la configuración del dominio del hecho. Naturalmente, el dominio

del hecho abarca mucho más que la parte subjetiva. La realización exterior del hecho, como tener en las manos el desarrollo del suceso típico, constituye un elemento de cierre de la teoría, sin poder negarse el influjo en esta parte de la teoría formal-objetiva. El dominio del hecho en el pensamiento de Roxin viene de este modo a aplacar una vieja aspiración dogmática de encontrar un criterio de autoría que agrupe tanto lo subjetivo como lo objetivo del hecho unidos en un único criterio de imputación. No es casual por ello que la teoría del dominio del hecho presentada en esta versión haya logrado captar pronto el interés de la doctrina, al punto que incluso en nuestros días suele identificarse la autoría directamente con el dominio del hecho (Wessels, Beulke, & Satzger, 2018).

6. Lo Problemático de la Teoría del Dominio del Hecho

El dominio del hecho explica el concepto de autor a partir de la fenomenología externa del suceso típico, lo que se ve plasmado de manera expresiva en la fórmula del “personaje central” o de la “figura clave”. Precisamente, a dicho personaje se le atribuye esa condición en base a su poder de control de la fenomenología exterior (Schild, 1994, pág. 26). Con esto, los otros que no tienen ese poder de dominio quedan relegados a la condición de partícipes, en una posición marginal y accesorio. La lógica es clara: únicamente el autor domina el hecho, el partícipe colabora a un hecho dominado por el autor; la autoría se identifica con la realización típica y la participación se define en un sentido negativo: partícipe es quien obra sin el dominio del hecho, quien accede al hecho a través de la colaboración que presta al autor (complicidad), o por determinarlo a su realización (instigación).

Pero el injusto penal no tiene porqué configurarse en la pureza fenomenológica del mundo exterior, como algo tangible empíricamente, sino en plano del significado jurídico, como “enunciado y respuesta” (Jakobs, 1991, pág. 7), como un acto que afecta la vigencia de una norma, que defrauda expectativas normativas, y que cuestiona la validez de un derecho (Lesch, 1992, pág. 38). Que el autor domine el hecho y el partícipe no lo haga, es una descripción meramente naturalística, aprehensible por los sentidos y perceptible con la yema de los dedos. Obviamente en la naturaleza hay quien por introducir el cuchillo en el estómago de la víctima tiene un mayor peso de intervención que otro que se limitó únicamente a facilitar el arma blanca. Pero la distinción entre autoría y participación no tiene porqué depender de cantidades de pesos fenomenológicos. Si la perspectiva de análisis es realizada en el plano de lo empíricamente tangible, lo correcto sería afirmar que tanto autor como partícipe obran con el dominio del hecho, sólo que, según la cantidad del dominio individual, unos rinden para ser autores y otros partícipes. Sin embargo, los partidarios de esta teoría difícilmente lo aceptarían. Queda claro con esto que la fuerza dogmática del dominio del hecho alcanza sólo hasta responder la pregunta de quién ha perpetrado una acción ejecutiva y de propia mano, aunque en todo caso allí donde el injusto penal claramente no presenta elementos especiales normativos de corte objetivo y subjetivo (Stratenwerth, 2000).

Los simples datos naturalísticos de entrega del currillo y apuñalamiento con muerte subsecuente no son nada sin su significado normativo como aportaciones que reúnen el sentido de una infracción de la norma. Con esto, tanto el autor como el partícipe infringen la misma norma (Jakobs, 2000, pág. 175), de allí que (como apunta Kindhäuser) conceptos como “figura central” y “figura marginal” constituyen en buena cuenta sólo,

imágenes cautivadoras, pero están lejos de constituir categorías dogmáticas. Que en Derecho penal no se trata de la posición fáctica de un sujeto cualquiera, lo muestran claramente los delitos de infracción de deber, en los cuales es autor quien carga con la responsabilidad normativa por la producción el suceso. (Kindhäuser, 2011, pág. 44).

Otro problema que se advierte en la teoría del dominio del hecho es la inconsecuente aplicación de la “figura central” a las formas de autoría. Recuérdese que el autor como figura central es tal en lo que realiza de propia mano los elementos del tipo. Si esto es así, no se explica cómo en el caso de la coautoría, donde precisamente no hay una figura central, se impute el todo como una sola obra a varios intervinientes que por separado (en función de su dominio) podrían dar lugar a autorías individuales. En la coautoría la teoría se ve obligada a reformular la noción del dominio del hecho por un “dominio funcional” del hecho, para superar el escollo de fundamentación, porque si no se le escaparía de las manos el reconocimiento de que existe un solo hecho y no varios. De seguirse consecuentemente la noción de la “figura central” tendríamos en la coautoría muchas “figuras centrales” rompiéndose así la noción de autoría. En la coautoría Roxin agregó muy inteligentemente un criterio normativo a su concepción fenomenológica del dominio del hecho mediante el “dominio funcional”, pero habiendo logrado salir del problema dejó la insatisfacción de reconocer que la idea de “figura central” tal cual no es aplicable a todas formas de autoría, por ejemplo, a la coautoría, ya que en este caso no es a un solo sujeto, sino a un colectivo de coautores a quienes se les atribuye la realización típica. Por tanto, la “figura central” es aplicable únicamente a la autoría directa.

La coautoría sirve también de ejemplo para demostrar que la teoría-formal objetiva está arraigada en la concepción roxiniana del dominio del hecho mucho más de lo que pueda imaginar. Esto se aprecia cuando Roxin considera que si no hay intervención en la fase de ejecución típica es imposible la coautoría. Sin duda este elemento quiebra la normativización lograda mediante el dominio funcional, pues nada impide que alguien pueda configurar espiritualmente el plan delictivo con un poder capaz incluso de neutralizar o paralizar el desarrollo posterior de la ejecución, y con ello no deja de ser coautor a pesar de no intervenir en la fase de ejecución. Esto se ve en las organizaciones criminales donde el cabecilla configura todo; por ejemplo: corrompe a la policía de control del puerto del Callao, organiza al detalle el traslado de la droga desde la selva peruana hasta el puerto, pero el día de la introducción del cargamento en el puerto no toma parte en la ejecución. ¿Cómo llamar sino coautoría en el tráfico de drogas a esta realización típica

llevada a cabo mediante una división organizada de funciones? En esto radica en todo caso el dominio funcional que Roxin quebró con su exigencia naturalística de que sólo sea coautor quien intervenga en la fase de ejecución.

El obrar con el dominio fenomenológico del hecho no fundamenta directamente ninguna autoría, porque el dominio sin una referencia al ámbito de competencia (por organización o institucional) del interviniente es pura naturaleza, irrelevante para el Derecho penal. Con un ejemplo: un fiscal a cargo de la investigación contra un amigo suyo de infancia por el delito de lavado de activos responde como autor de encubrimiento tanto cuando personalmente destruye una ingente documentación incriminatoria, como cuando permite que otro quemara toda la documentación. Es claro que en el primer supuesto la figura central del hecho coincide con la condición especial del autor. Pero en el segundo caso, la figura central es quien quema la documentación, quien obra con el dominio de la propia acción. Sin embargo, a pesar haber actuado el ejecutor con el dominio del hecho en sus manos, o de haberse comportado como la figura central del hecho, nunca responderá como autor. Autor es el fiscal, sencilla y llanamente por haber quebrantado su deber institucional, para cuya fundamentación el dominio del hecho no tiene potencia alguna.

En una básica delimitación dogmática puede distinguirse entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber (o delitos que consisten en la infracción de un deber). La terminología se halla asentada en autores como Roxin, que han realizado un amplio aporte doctrinal a la teoría de la autoría y la participación. En Jakobs la distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber se explica mediante el criterio del ámbito de competencia del autor (Jakobs, 1991, § 1/7, 7/56). Según este entender la persona vive inmersa en un mundo regido por normas donde debe satisfacer una diversidad de deberes que van dando forma a una competencia personal. La infracción de aquellos deberes mediante la incorrecta administración del ámbito de competencia personal fundamenta precisamente su responsabilidad jurídico-penal. El dominio sin referencia al deber emanante de un ámbito de competencia es simple naturaleza. Apunta Jakobs “el dominio sin competencia no es de interés ni jurídico-penalmente ni en los demás aspectos de la vida social” (Jakobs, 2000, pág. 169).

La crisis del dominio del hecho se muestra evidente en los supuestos donde la conducta no reúne el sentido de haber extralimitado los contornos del riesgo permitido. Por ejemplo: quien lleva un taladro a casa de su vecino, a pedido de éste, y perfora una pared interior de la casa alcanzando una conexión eléctrica que queda destruida por la fuerza de la perforación, ha dominado el hecho naturalmente, pero no es autor del delito de daños; su comportamiento no rebasa el riesgo permitido, pues “ha actuado a riesgo del vecino” (Jakobs, 2000, pág. 168). Pero se llega a esta solución sólo mediante el añadido de la valoración integral del hecho con referencia a la norma. Al ejecutor no le alcanza el ámbito de protección de la norma del delito de daños, por cuanto que, previamente al dominio en sí mismo del suceso fáctico, o de la causación directa del resultado, el dominio de su accionar está cubierto por la competencia jurídicamente inocua inherente al riesgo propio (permitido) del vecino.

También quien obra en el ejercicio de un oficio cotidiano o socialmente estereotipado se mantiene por fuera del perímetro de la tipicidad, protegido por la garantía de no responder penalmente por un obrar enmarcado dentro de un segmento personal de libertad caracterizado como inocuo. En el plano naturalístico o fenomenológico claro que el actuante cotidiano obra plenamente con el dominio del hecho, pero mientras ese dominio esté cubierto por un obrar adecuado a un rol social inocuo, no despierta el interés de la intervención penal. ¿Acaso el deudor no domina el hecho de pagar su deuda aun cuando sabe que su acreedor enseguida destinará el dinero para corromper a un juez en un proceso civil? Lo que cuenta entonces es ámbito de competencia y sólo ella, el dominio del hecho per se es irrelevante jurídico-penalmente. Entonces, en el caso de las conductas neutrales, si el dominio del hecho convierte al actuante en la “figura central del suceso típico”, ergo en el autor delictivo, entonces en las situaciones donde el resultado es producido por quien obró en el ejercicio de un oficio cotidiano o estereotipado, la aplicación coherente de la teoría roxiniana del dominio del hecho tendría que conducir a rechazar la validez de las denominadas “conductas neutras” con el efecto de rechazar también la no punibilidad de quien se beneficia precisamente del privilegio excluyente de responsabilidad por una actuación enmarcada dentro de esta neutralidad. Por ejemplo, el cartero domina el hecho de la entrega de la carta, el taxista domina el hecho del traslado del cliente a su lugar de destino, el médico domina el hecho de curar las heridas de unos terroristas, el dueño de un departamento domina el hecho de arrendar el inmueble a unos narcotraficantes. Todos ellos obran con el dominio del hecho, incluso teniendo conocimiento de lo que hacen, pero no responden penalmente, más exactamente no actúan típicamente al encontrarse enmarcada sus conductas dentro de una *zona libre de responsabilidad*, como lo ha reconocido nuestra Corte Suprema de manera reiterada sobre la problemática de las conductas neutrales. Sólo a título de ejemplo baste aquí mencionar la ejecutoria suprema del Caso del Transportista, donde se estableció que,

Una conducta es imputable objetivamente sólo cuando quebranta los deberes pertenecientes a su rol social, como es la superación del riesgo permitido; en este sentido, quien obra en el marco de un rol social estereotipado o inocuo, sin extralimitarse en sus contornos, no supera el riesgo permitido (RN. N° 776-2006-Ayacucho, F.J. 4).

REFERENCIAS

- Ambos, K. (1998). *Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate*. GA.
- Ambos, K., & Meini, I. (2010). *La autoría mediata. El caso Fujimori*. Lima.
- Bruns, H. (1932). *Kritik der Lehre vom Tatbestand*. Bonn: Röhrscheid.
- Frank, R. (1931). *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz* (18 ed.). Tübingen.
- Gallas, W. (1954). Täterschaft und Teilnahme. *Materialien zur Strafrechtsreform: Gutachten der Strafrechtslehrer*, 132 - 150.
- Hegler, A. (1915). Die Merkmale des Verbrechens. *ZstW* 36.
- Honig, R. (1930). Kausalität und objektive Zurechnung. *Festgabe für reinhard von Frank*.
- Jakobs, G. (1991). *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. Berlin.
- Jakobs, G. (1995). Anmerkung zu BGH v. 26.7.1994 – 5 StR 98/94 (Beteiligung der Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrats der DDR an den Schüssen an der Grenze). *NStZ*, 25.
- Jakobs, G. (2000). El ocaso del dominio del hecho: Una contribución a la normativación de los conceptos jurídicos. En M. Cancio Meliá, *El sistema funcionalista del Derecho penal*. Lima.
- Jescheck, H., & Weigend, T. (1996). *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. Berlin.
- Kindhäuser, U. (2011). Infracción de deber y autoría. Una crítica a la teoría del dominio del hecho. *REJ*(14), 41.
- Lesch, H. (1992). *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*. Frankfurt: Main.
- Lesch, H. (1995). *Intervención delictiva e imputación objetiva*. (J. Sanchez-Vera, & Gomez-Trelles, Trad.) Bogota.
- Marlie, M. (2009). *Unrecht und Beteiligung. Zur Kritik der Tatherrschaftsbegriffs*. Baden-Baden: Nomos.
- RN. N° 776-2006 (Segunda Sala Penal Transitoria 23 de Julio de 2007).
- Roxin, C. (2003). *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat*. München: C. H. Beck.
- Roxin, C. (2015). *Täterschaft und Tatherrschaft*. Berlin.
- Schild, W. (1994). *Täterschaft als Tatherrschaft*. Berlin/New York.
- Stachynskij, B.G.H. 18,87 (Tribunal Supremo 19 de 10 de 1968).
- Stratenwerth, G. (2000). *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*. Köln.
- Villavicencio, F. (2006). *Derecho penal. Parte general*. Lima.
- Weber, H. (1935). *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*. Jena.
- Welzel, H. (1939). Studien zum System des Strafrechts. *ZStW*, 58, 491.
- Welzel, H. (1947). Zur Kritik der subjektiven Teilnahmelehre. *JZ*, 645.
- Wessels, J., Beulke, W., & Satzger, H. (2018). *Derecho penal. Parte general. El delito y su estructura*. (R. Pariona, Trad.) Lima.