

La teoría del dominio del hecho en los delitos económicos

Vicente Magro Servet

Magistrado del Tribunal Supremo

Doctor en Derecho

EXTRACTO

Análisis de la intervención de los autores de un delito de contenido económico bajo la teoría del dominio del hecho y la responsabilidad penal que asumen estas personas que son los auténticos responsables del delito para evitar su impunidad.

Palabras clave: delitos económicos; teoría del dominio del hecho; autoría y complicidad.

Fecha de entrada: 28-03-2018 / Fecha de aceptación: 27-04-2018

The theory of the domain of the fact in economic crimes

Vicente Magro Servet

ABSTRACT

Analysis of the intervention of the perpetrators of a crime of economic content under the theory of the domain of fact and criminal responsibility assumed by these people who are the real responsible for the crime to avoid impunity.

Keywords: economic crimes; theory of the domain of the fact; criminally responsible complicity.

Sumario

1. Introducción
2. La teoría del dominio del hecho, la cooperación necesaria, o no, y la complicidad. Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de noviembre de 2017
 - 2.1. Cooperación necesaria
 - 2.2. Distinción entre cooperación necesaria y complicidad
 - 2.3. Coautores y dominio del hecho
 - 2.4. Complicidad
3. Cooperación necesaria, autoría y dominio del hecho
4. La unidad de acción en la comisión del delito y la aplicación de la teoría del dominio del hecho
5. El dominio del hecho en los delitos cometidos en el seno de una organización
6. La delimitación de la complicidad omisiva en los delitos de comportamiento activo
7. El dominio del hecho en los delitos de falsedad documental

Cómo citar este estudio:

Magro Servet, V. (2018). La teoría del dominio del hecho en los delitos económicos. *Revista Ceflegal*, 209, 135-148.

1. INTRODUCCIÓN

En la casuística de los delitos económicos, sea en materia de corrupción, o en delitos económicos puros, los referidos a delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, suelen existir problemas a la hora de identificar a los autores del ilícito penal, en cuanto a la responsabilidad real de los que han realizado el delito, que no siempre se identifican con los autores materiales, sino que debe extenderse a quienes, realmente, llevan el control directo, o el dominio, en la ejecución real del delito, por cuanto pueden intervenir varias personas con diferente grado de actuación. Por ello, debe fijarse en cada caso quién asume el control del delito y, por ello, quién tiene el dominio de la ideación criminal, por un lado, y la mecánica de ejecución del delito para comprobar las responsabilidades penales y, por ello, civiles, de los que colaboran en los delitos económicos, porque de ello se derivarán las responsabilidades civiles del mismo.

En cualquier caso, esta responsabilidad civil dimanante de los delitos económicos se nos presenta como solidaria con respecto a los que resulten condenados, siendo entre ellos, luego mancomunada, de tal manera que el perjudicado por el delito económico denunciará, o se querrellará, contra los intervinientes, y si resultan condenados ejecutará la sentencia contra todos para que, contra quien puedan embargarse bienes o ejecutar civilmente la sentencia, esté obligado a pagar, pudiendo este, luego, reclamar al resto, pero de forma mancomunada.

Así pues, en la STS, Sala Segunda, de lo Penal, número 9/2015, de 21 de enero (rec. núm. 1192/2014), se recuerdan en estos casos los dos planos en que se aprecia la coautoría:

1. De una parte, la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo, que puede concretarse en una deliberación previa realizada por los autores, con o sin expreso reparto de papeles, o bien puede presentarse al tiempo de la ejecución cuando se trata de hechos en los que la ideación criminal es prácticamente simultánea a la acción o en todo caso muy brevemente anterior a esta.
2. De otra parte, una aportación al hecho que puede valorarse como una acción esencial en la fase ejecutoria, que integre el elemento objetivo apreciable aunque el coautor realice la acción nuclear del tipo delictivo. La trascendencia de esa aportación se fija por el dominio funcional del hecho en el coautor (Sentencia de 28 de febrero de 2013).

Vemos, pues, que en la estructura comisiva del delito pueden realizarse actuaciones previas de concierto en la ideación criminal, o bien que este concierto se lleve a cabo en la fase de ejecución del delito, lo que determinaría que debería extenderse la responsabilidad penal más allá de la mera ejecución material del delito, para incluir a los que «verdaderamente» tenían el real dominio de la actuación delictiva, o la misma ideación criminal.

Carlos Prat (2009)¹ señala que lo que se conoce como teoría del dominio del hecho se integra en un conjunto de teorías de carácter material, que centran su atención en la capacidad que tiene una persona para dominar el hecho físico, la realidad.

Veamos cómo se aplica esta teoría del dominio del hecho en delitos económicos, ya que es preciso identificar las diversas formas de participación en el delito, que puede configurarse desde la autoría, o cooperación, y complicidad.

2. LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO, LA COOPERACIÓN NECESARIA, O NO, Y LA COMPLICIDAD. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE FECHA 24 DE NOVIEMBRE DE 2017

Debemos destacar la STS, Sala Segunda, de lo Penal, número 754/2017, de 24 de noviembre (rec. núm. 2315/2016), en donde se fijan los criterios para concretar el momento de la intervención para anudar si puede calificarse una conducta de una persona en el grado de autoría, o en el grado de complicidad, para lo que tiene decisiva importancia la teoría del dominio del hecho, dominio esencial de la conducta y de su *influencia decisiva* en la comisión del delito para que, en su caso, un acusado de un delito económico pueda responder como autor, o como cómplice. Y las diferencias punitivas son básicas, ya que según el artículo 63 del Código Penal (CP): «A los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la ley para los autores del mismo delito».

Por ello, en esta sentencia se muestra claramente, en primer lugar, la diferencia entre complicidad y cooperación, ya que esta es punible como la autoría, puesto que:

«Artículo 28.

[...] También serán considerados autores:

b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.

Artículo 29.

Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos».

Y hemos visto que en el artículo 63 se aminora la pena a los cómplices, pero a los cooperadores se les impone la misma que a los autores directos.

Así, el Alto Tribunal señala que en cuanto a la consideración de que su participación sea considerada como de complicidad, hemos dicho en las SSTS 821/2012, de 31 de octubre, 115/2014,

¹ Prat Westerlindh, C. (2009). La teoría del dominio del hecho: orígenes doctrinales y evolución en la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. *La Ley Penal*, 56, 71. Carlos Prat Westerlindh es letrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, magistrado y abogado fiscal en excedencia.

de 25 de febrero, 425/2014, de 28 de mayo (NCJ058790), 689/2014, de 21 de octubre, que en la cooperación la determinación de cuando es meramente eficaz, calificada de complicidad, y cuando, además, es necesaria, considerada como autoría, se oponen una concepción abstracta y una concreta.

Para la primera, ha de determinarse si el delito se habría podido efectuar, o no, sin la cooperación del partícipe, en tanto que para la segunda por la jurisprudencia ha de investigarse si, en ese caso concreto, ha contribuido necesariamente a la producción del resultado como condición *sine qua non*, formulándose en la doctrina, para determinar tal necesidad, la teoría de los bienes escasos, tanto en las contribuciones que consisten en la entrega de una cosa, como en las que son de un mero hacer, y la del dominio del hecho (STS 89/2006).

Resulta, pues, importante, comprobar los distintos grados de intervención criminal, para ver las diferencias y los matices de la participación del investigado, a fin de ubicarlo en uno u otro grado de participación delictiva, lo que influirá en la pena a imponer.

2.1. COOPERACIÓN NECESARIA

Existe cooperación necesaria cuando:

1. Se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la *conditio sine qua non*).
2. Cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos).
3. Cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho) (STS 1159/2004, de 28 de octubre).

2.2. DISTINCIÓN ENTRE COOPERACIÓN NECESARIA Y COMPLICIDAD

En la STS 699/2005, de 6 de junio, se reconoce que para la distinción entre cooperación necesaria y complicidad, entre la teoría del dominio del hecho y la de la relevancia, la jurisprudencia, aun con algunas vacilaciones, se ha decantado a favor de esta última, que permite, a su vez, distinguir entre coautores y cooperadores necesarios, visto que «el dominio del hecho depende no solo de la necesidad de la aportación para la comisión del delito, sino también del momento en que la aportación se produce "de modo que" el que hace una aportación decisiva para la comisión del delito en el momento de la preparación, sin participar luego directamente en la ejecución, no tiene, en principio, el dominio del hecho» y así «será un partícipe necesario, pero no coautor», concluyendo que «lo que distingue al cooperador necesario del cómplice no es el dominio del hecho, que ni uno ni otro tienen. Lo decisivo a este respecto es la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores». Es decir, que se aplica la teoría de la «relevancia» para distinguir la cooperación necesaria de la complicidad, porque los cooperadores no participan de la teoría del dominio del hecho, puesto que no lo tienen.

Por ello, no se asimila la cooperación necesaria a la teoría del dominio del hecho, ya que el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 106/2009, de 4 de febrero (rec. núm. 1185/2008), señala que «La identificación que el recurrente hace entre cooperación necesaria y dominio del hecho no es, desde luego, aceptable. Quien coopera a la ejecución del delito con un acto sin el cual no se habría efectuado (art. 28 b) es cooperador necesario pero no siempre puede afirmarse que tenga el dominio del hecho. La cooperación necesaria, en aquellos casos excepcionales en los que el cooperador actúa con carácter previo, en el inicio de la fase ejecutiva del delito, no permite afirmar que aquel tenga el dominio del hecho. En aquellos otros supuestos en los que se reputa forma de participación, esa contribución tendrá siempre carácter accesorio frente a una acción principal. En aquellos otros en los que, por el contrario, se presente como una forma de coautoría, adquirirá carácter principal».

2.3. COAUTORES Y DOMINIO DEL HECHO

Según el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 677/2003, de 7 de mayo (rec. núm. 434/2002), una de las teorías más aceptadas para conformar la autoría es la que la identifica con el dominio funcional del hecho. Serán, pues, coautores los que codominan funcionalmente el hecho que se subsume en la conducta típica. Y ese dominio funcional del hecho que ejerce cada uno de los coautores se manifiesta en el papel que le corresponde en la división del trabajo, integrado en la decisión conjunta al hecho. En esa decisión conjunta o común aparecen conectados los distintos aportes o tareas en que se divide la realización del hecho.

Conclusión: Con ello, una primera conclusión sería que la teoría del dominio del hecho solo se aplica a los autores, pero no a los cooperadores o a los cómplices.

2.4. COMPLICIDAD

Como señala el Tribunal Supremo en la Sentencia 147/2007, de 28 de febrero, la complicidad criminal requiere una participación meramente accesoria, no esencial, que se ha interpretado jurisprudencialmente en términos de imprescindibilidad, o no, concreta o relacionada con el caso enjuiciado (STS 1001/2006, de 18 de octubre), no en términos de hipotéticas coyunturas comisivas. Debiendo existir entre la conducta del cómplice y la ejecución de la infracción una aportación que, aunque no sea necesaria, facilite eficazmente la realización del delito de autor principal (STS 185/2005, de 21 de febrero).

La complicidad –dice la STS 1216/2002, de 28 de junio– requiere:

- a) El concierto previo o por adhesión (*pactum scaeleris*).
- b) La conciencia de la ilicitud del acto proyectado (*consciencia scaeleris*).
- c) El denominado *animus adiuuandi* o voluntad de participar contribuyendo a la consecución del acto conocidamente ilícito.
- d) La aportación de un esfuerzo propio, de carácter secundario o auxiliar, para la realización del empeño común.

Se distingue de la coautoría en la carencia del dominio funcional del acto y de la cooperación necesaria en el carácter secundario de la intervención, sin la cual la acción delictiva podría igualmente haberse realizado, por no ser su aportación de carácter necesario, bien en sentido propio, bien en el sentido de ser fácilmente sustituible al no tratarse de un bien escaso.

Ello nos lleva a concluir que el dominio funcional del hecho solo puede predicarse de los autores, y no de los cómplices, ni en los cooperadores, porque la idea del dominio en la ideación criminal o en su ejecución solo parte de la idea de la autoría pura.

3. COOPERACIÓN NECESARIA, AUTORÍA Y DOMINIO DEL HECHO

Según Carlos Prat existe una importante posición doctrinal que considera el dominio del hecho como único criterio para distinguir entre autor y partícipe. Así, señala este autor que se refieren brevemente al dominio del hecho como criterio único para determinar la autoría las Sentencias de 7 de diciembre de 1994 y 8 de junio de 1999, entre otras muchas, y las Sentencias 909/2007, de 31 de octubre, y 944/2007, de 21 de noviembre.

- a) STS 258/2007, de 19 de julio. La diferencia entre cooperador necesario y coautor, que es una imposición del nuevo texto del artículo 28 de 1995, tiene una especial relevancia a partir de la introducción de la coautoría y la autoría mediata en el texto de la ley y de la adopción en la jurisprudencia del criterio del dominio del hecho para diferenciar entre autores (coautores y autores mediatos) y partícipes.

En efecto, es evidente que *quien pone una condición sin la que el hecho no se hubiera cometido tiene el dominio del hecho*, pues este debe ser atribuido a quien puede interrumpir la ejecución del delito retirando la que es una condición sin la que este no se hubiera efectuado.

Ello podría sugerir que la cooperación necesaria es superflua, porque no es más que una repetición del concepto de autor.

Sin embargo, la cooperación necesaria en sentido estricto se refiere a quienes ponen una condición necesaria, pero no tienen el dominio del hecho, pues no toman parte en la ejecución del mismo, sino que, realizado su aporte, dejan la ejecución en manos de otros que ostentan el dominio del mismo.

En otras palabras, el cooperador necesario realiza su aportación al hecho sin tomar parte en la ejecución del mismo.

En muchos delitos económicos existe un plan común en su ejecución, e ideación criminal, pues han obrado sobre la base de un plan común, con una decisión conjunta al hecho y distribuyendo sus acciones.

Así, al referirse al plan común y a la decisión conjunta como elementos de la coautoría, no se pretende resucitar la antigua teoría jurisprudencial del «acuerdo previo», que estimaba que todo acuerdo entre los partícipes convertía a todos en coautores,

cualquiera que hubiera sido su aportación al hecho de cada uno. Pero en esta sentencia del Tribunal Supremo se matiza que: «El plan común y la decisión conjunta son los elementos que determinan la unidad del hecho imputable a los coautores, siempre y cuando su aportación al hecho tenga objetivamente una importancia que demuestre que actuaban con dominio funcional del mismo». Con ello, serán coautores, y no meros cooperadores, quienes tienen el dominio funcional de ese hecho delictivo, de tal manera que tienen la capacidad material de su ruptura.

- b) STS 37/2006, de 25 de enero (ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre). Se indica la posibilidad de una responsabilidad penal omisiva basada en la posición de garante. Se afirma: «conforme al art. 11 CP, se ha admitido respecto a aquellas personas que, teniendo un deber normativo, un deber jurídico de actuar, y con posibilidad de hacerlo, nada hacen para impedir un delito que se va a cometer o para impedir o limitar sus consecuencias.

Por ello, la participación omisiva parte de unos presupuestos:

- a) El presupuesto objetivo, que debe ser causal del resultado típico (cooperador) o al menos favorecedor de la ejecución (cómplice);
- b) Un presupuesto subjetivo, consistente en la voluntad de cooperar causalmente con la omisión del resultado o bien de facilitar la ejecución; y
- c) Un presupuesto normativo, consistente en la infracción del deber jurídico de impedir la comisión del delito o con posición de garante.

A esta concreta posición de garante se refiere, normalmente, el artículo 11, apartado b) del CP, cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente. De este deber derivado de su posición de garante surge la obligación de tomar determinadas medidas de seguridad destinadas a evitar que la situación arriesgada se concrete en una lesión, imponiéndole una obligación de actuar para evitar el delito en una situación de riesgo previamente originado.

La inacción, cuando estaba obligado a actuar en defensa del bien jurídico, equivale a la realización de un acto positivo, pues una hipotética acción esperada por la norma hubiera sido causa para la no producción del resultado. No se puede olvidar que en la comisión por omisión se imputa un resultado lesivo a una persona, no por su conducta activa, sino por no haberlo impedido cuando habría ese deber (norma prohibitiva), resultando equiparable la realización activa del tipo penal».

En estos casos, si el garante es el que tuviera la opción de impedir el delito, se entendería que asumiría el dominio del hecho, pero en este caso para que no se cometiera, por lo que existiría una comisión por omisión como autor.

En cualquier caso, es importante destacar que la actitud omisiva en delitos en los que puedan los investigados haber realizado actos tendentes a impedir o evitar actos concretos decanta la ad-

misión de la teoría del dominio del hecho a los omitentes, ya que con su conducta se pudo haber impedido la realización de los ilícitos penales, por lo que puede extenderse a los que omiten intervenir para impedir la realización del delito, cuando este tiene una consecuencia directa de las acciones de los que pueden impedirlo con su actuar, pese a lo cual lo omiten, por lo que este «dominio del hecho», en este caso para impedir la comisión, les hace responder en concepto de autores.

4. LA UNIDAD DE ACCIÓN EN LA COMISIÓN DEL DELITO Y LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO

Hemos visto que el CP castiga no solo a quienes realizan el hecho por sí solos, sino también a los que obran conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento además de los que inducen a otro a ejecutarlo, o los que cooperan a tal ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado. Todas estas hipótesis de participación están incardinadas en el concepto penal de autor. Pero de nuevo la doctrina jurisprudencial viene a reflejar aquí la formulación de la teoría del dominio del hecho sobre la consideración puramente formalista derivada de la mera ejecución del verbo que describe la acción tipificada como punible.

Si solo los que ejecutan directamente el delito fueran declarados responsables, quedarían sin sanción personas que, posiblemente, no ejecutaron formal y materialmente el acto que desencadena el resultado final (la muerte, lesiones, etc.), pero que tienen un claro componente de coparticipación, bien por acción directa, indirecta o por pura omisión al no evitar lo que estaba ocurriendo cuando tuvieron participación en el inicio de los actos delictivos. Así, es innecesario aclarar que esa conceptualización penal de la autoría no trata de dilucidar la cuestión sustantiva de a quién cabe atribuir mayor responsabilidad por la realización de un hecho punible –cuestión que en algunos casos es especialmente perseguida en el CP–, sino lisa y llanamente definir las conductas penalmente responsables en concepto de autor, para sancionar una pluralidad de conductas sobre un mismo hecho y perseguir de este modo la autoría conjunta, al no quedar excluidos aquellos que no efectúan directamente la acción punible.

Pero para la aplicación de la teoría del dominio del hecho no se viene a exigir de forma absoluta la existencia de acuerdos previos, como hemos visto antes, ya que para la conceptualización jurídico-penal nunca es la acción un hecho, sino mejor el sentido de un hecho, para armonizar la respuesta punitiva con la responsabilidad personal, sin precisar para ello el acuerdo previo, que es una vetusta exigencia de la vieja jurisprudencia del Tribunal Supremo. Al contrario, antes parece necesario extender la responsabilidad en el grado de autor a quienes concurren y participan en el hecho para dar el sentido que el mismo persigue.

En este sentido la STS de 16 de julio de 1984 ya señaló que «en el caso de concurrencia de varios delincuentes en la ejecución de un hecho punible, la individualización de la responsabilidad criminal de cada uno de ellos solo puede tener lugar cuando entre los propósitos y los actos que hayan desencadenado exista la independencia y separación necesarias para juzgarlos aisladamente, pero no cuando aparezca afirmada la unidad de acción, recíproca cooperación y mutuo

concurso con que coadyuvaron a su perpetración, porque en este caso los actos individuales no son más que accidentes de dicha acción común en que juntos tomaron parte –abstracción hecha del papel que cada uno desempeñó–, y que los constituye a todos en responsables en concepto de autores del delito, a tenor de lo prevenido en el número 1.º del artículo 28 CP». Y en la Sentencia de 14 de enero de 1985 del Alto Tribunal señaló que: «son autores aquellos que toman parte directa en la ejecución del hecho; ejecución que ha de entenderse en el sentido de realizar actos propios del núcleo de la acción que constituye el tipo delictivo».

5. EL DOMINIO DEL HECHO EN LOS DELITOS COMETIDOS EN EL SENO DE UNA ORGANIZACIÓN

La aplicación de la teoría del dominio del hecho tiene especial significación en los delitos cometidos en el seno de una organización. Por ello, el Tribunal Supremo destaca en la Sentencia de 20 de julio de 2006 que se trata de saber si quienes solo realizan una tarea preparatoria del delito, sin ninguna actuación en la ejecución del mismo y sin que conste que hayan participado del plan delictivo, deben también responder como miembros de la organización. El Tribunal Supremo entiende que no. La organización imprime mayor gravedad porque implica la concepción de la estructuración, orientación, funcionamiento del conjunto de las aportaciones. Este elemento no se da en la adopción de papeles subordinados, definidos y coordinados por la organización. En el caso de los que solo cooperan en un aspecto puntual y preparatorio, aunque sea importante, estos elementos no concurren. También aquí es preciso considerar la analogía estructural que existe entre la organización delictiva y la empresa. No forman parte de la empresa los que solo hacen aportaciones puntuales. La ley ha recogido esta idea al distinguir en materia de terrorismo entre integración en banda armada y colaboración con la misma (véanse arts. 517 y ss. CP).

Aplicando también la teoría del dominio del hecho que estamos estudiando en los delitos cometidos por medio de personas jurídicas sí que tendrían responsabilidad en los delitos cometidos en el seno de empresas u organizaciones, amparándose en las mismas para su comisión los administradores o responsables directivos de las mismas, como administradores de hecho o de derecho, ya que como apunta la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 10.^a, Sentencia de 29 de octubre de 2007 (rec. núm. 343/2005), esta doctrina de extensión de responsabilidad a los directivos ha sido recogida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 22 de mayo de 2000, 10 de noviembre de 1993, 24 de abril de 1997, entre otras muchas) y que en todas ellas se aplica, respecto de la autoría, la tan aceptada doctrina del dominio del hecho, con base en la cual cabe entender que han de responder penalmente como autores todos aquellos que tienen una posición de dominio en la sociedad, en la organización de hecho y derecho de la misma.

En este mismo sentido, las SSTS de 26 de julio de 2006 y 25 de octubre de 2002 apuntan que cuando el artículo 31 del CP se refiere a representante o administrador, se está refiriendo a los órganos de la dirección o personas físicas que posean expresa y directamente facultades de gestión en el ámbito concreto en que se haya desarrollado la actividad delictiva (posición de dominio) o que hayan impulsado ese comportamiento, determinando como base para llevar a cabo la

atribución de responsabilidad penal si sus actos (u omisiones equivalentes) son casos de autoría, inducción o cooperación al delito concreto cometido (STS de 24 de marzo de 1997). Así pues, los términos «representante» o «administrador» que utiliza el artículo 31 son conceptos valorativos, expresando control y dirección de las actividades de una empresa, que en modo alguno se constriñen a la significación literal de los términos en cuestión. El Tribunal Constitucional en Sentencias 150/1989 y 253/1993 ya establece que la norma del artículo 31 del CP no constituye una regla de responsabilidad penal objetiva, sino que lo que persigue es precisamente evitar la impunidad en que quedarían las actuaciones delictivas perpetradas bajo el manto de una persona jurídica.

En su Sentencia de 10 de julio de 2006, el Tribunal Supremo señala que «La relevación de responsabilidades puede aceptarse en términos empresariales o societarios, pero no penales, donde la atribución de responsabilidades depende de la realización de la conducta típica», y apreció responsabilidad criminal en el acusado porque «es indiferente que sea cumpliendo órdenes o por iniciativa propia, realiza la conducta descrita en el tipo penal, pero, en todo caso, conociendo perfectamente su ilicitud, lo que conforma plenamente el delito del que se le acusa».

Y la STS de 10 de noviembre de 2006, «cuando el autor de una conducta ciega voluntariamente sus fuentes de conocimiento para ignorar la dinámica de los hechos, evitando su posible responsabilidad, la persona que no quiere conocer voluntariamente el origen de los efectos sobre los que actúa, equivale a afirmar que conoce ese origen delictivo pues con su acto de cegar las fuentes de conocimiento se está representando la posibilidad de la ilegalidad de su actuación y decide seguir actuando, máxime en una actuación tan normativizada como la adquisición y venta de inmuebles». En este sentido la STS 1637/1999, de 10 de enero de 2000, que en un supuesto de ignorancia deliberada afirma que quien así actúa «está asumiendo y aceptando todas las posibilidades del origen del negocio en el que participa y, por tanto, debe responder de sus consecuencias», pues en tales supuestos el autor se representa la antijuridicidad de su conducta y, sin embargo, actúa en la forma en que lo realizó.

6. LA DELIMITACIÓN DE LA COMPLICIDAD OMISIVA EN LOS DELITOS DE COMPORTAMIENTO ACTIVO

Como antes hemos visto, debemos, también, hacer mención a la posibilidad de aplicar responsabilidades por complicidad omisiva en delitos de comportamiento activo. Así, el problema de la denominada complicidad omisiva en un delito de comportamiento activo o por comisión es un tema que ha tenido desigual tratamiento tanto en la doctrina científica como en la jurisprudencia (Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.ª, Sentencia de 30 de abril de 2004, rec. núm. 45/2003), ya que si en un primer momento lo negó como posible en términos absolutos (STS de 19 de octubre de 1943), posteriormente (SSTS de 10 de abril de 1981 y 31 de enero de 1986) aproximó la solución a la adoptada por la doctrina científica calificable como mayoritaria y más autorizada, admitiendo esta forma de participación solo en aquellos casos en que el omitente se hallaba en posición de garante.

Se pone el acento en estos casos en la posición de garante de la persona a la que por su comportamiento omisivo se le va a derivar responsabilidad en aplicación de su posición de dominio

del hecho y vendrá impuesta con base en dos fuentes posibles: por la función protectora de un bien jurídico y por la misión de control de una fuente de peligro. Así, solo en los casos en que el compromiso del garante resulta inequívoco, es posible referirse a que toma en sus manos el riesgo real o hipotético actuando a modo de «barrera de contención» del mismo, siendo así decisivo que el sujeto que tenga normativamente controlado el riesgo deje, pese a ello, que se origine el resultado lesivo. Se trata de un deber de actuar que incumple y en virtud de lo cual se le traslada la responsabilidad por deber de dominar con su conducta lo que ocurrió finalmente.

Pero para construir la modalidad específica de complicidad omisiva es preciso que concurren los siguientes elementos: a) objetivo (omisión eficaz, patente y manifiesta, no necesaria empero para la comisión del delito); b) subjetivo (voluntad consciente de cooperar al resultado con esa inacción); y c) normativo (deber de actuar para impedir la consumación del resultado ilícito que se está cometiendo; deber impuesto por la ley o por una situación de peligro anterior creada por el omitente).

Por ello, la configuración de esta modalidad delictiva exige la confluencia de los tres factores expuestos, aunque por la mayoría de la doctrina y por alguna resolución del Tribunal Supremo (por ejemplo, Sentencia de 13 de noviembre de 1992) se hace especial hincapié en que el cómplice debe encontrarse en una particular situación (posición garante). No obstante, la STS de 20 de julio de 2001 considera por estos casos que la responsabilidad se produce en concepto de autor, como antes hemos señalado, concepto que se reconoce que presenta contornos indefinidos, porque en definitiva depende de una valoración coyuntural de las circunstancias concurrentes en cada caso. No nos encontramos ante un deber personal específico y especial de salvaguardar el bien jurídico que resultó lesionado, sino ante un deber general de impedir la comisión de hechos delictivos.

Se plantean casos curiosos, por ejemplo, cuando varias personas se ponen a tirar piedras desde una pasarela de una autopista a la carretera y la arrojada por uno de ellos golpea en un vehículo que atraviesa la carretera, y a consecuencia del impacto y accidente posterior fallece alguno de sus ocupantes o terminan con lesiones graves. En este caso se hablaría de una coautoría por la que todos los que arrojaban piedras responderían como autores del resultado producido por la arrojada por uno de ellos, pero si existiera alguna persona que por su condición de vigilante o guardador presenciara los hechos que estaban cometiendo y nada hizo tendrá atribuida algún grado de responsabilidad, al menos como cómplice por su conducta omisiva.

Sin embargo, cuando la intervención en los hechos de algunas personas haya sido expectante, o no tan grave, en su acción, debe descartarse la extensión a ellos de una complicidad omisiva (STS de 26 de diciembre de 1994), como ocurriría en casos de actitudes consistentes en un simple comportamiento agresivo, amenazante o insultante previo, o (STS de 9 de julio de 1997) en caso de comportamiento expectante o contemplativo de la acción homicida entre el público que observaba la reyerta. Y ello sin perjuicio de la posible infracción del deber genérico de socorrer a la víctima que fundamentaría la apreciación de los delitos propios de omisión previstos en los actuales artículos 450 del CP (omisión del deber de impedir delitos o de promover su persecución) y 195 del CP (omisión del deber de socorro). Sin embargo, recordemos que a los cómplices no se les aplica la teoría del dominio del hecho por predicarse solo de autores.

7. EL DOMINIO DEL HECHO EN LOS DELITOS DE FALSEDAD DOCUMENTAL

La aplicación de la misma teoría del dominio del hecho tiene una significación distinta en cuanto resulta de la traslación de la misma teoría en los delitos de falsedad documental, ya que es la única vía en algunos supuestos de estos delitos por la que se puede entender enervada la presunción de inocencia, al ser imposible exigir otro tipo de pruebas cuando se constata la existencia de una falsedad documental y la posible responsabilidad penal en quienes tenían el dominio del documento de forma exclusiva, de tal manera que solo a ellos beneficiaba la alteración que constaba en el mismo.

El Tribunal Supremo señala a este respecto (entre otras, Sentencia de 15 de noviembre de 2007) que el delito de falsedad documental no es un delito de propia mano, es decir, de aquellos que requieren para su comisión la realización corporal de la inveracidad reflejada en el documento. Por ello, en los supuestos en los que no pueda determinarse quién sea el autor de la falsedad, podrá tenerse por tal a quien tenga el dominio funcional del hecho conociendo la falsedad del documento. Esta construcción tiene su amparo legal en el artículo 28 del CP que refiere que son autores no solo quienes realizan por sí solos el hecho, sino también quienes lo realizan por medio de otro del que se sirven de instrumento (por todas, STS 2553/2001).

En la misma línea, la STS de 2 de julio de 2002 señala que no es necesario que para reputar autor de un delito de falsedad se hayan realizado personal y materialmente las manipulaciones o alteraciones cuando el acusado es el único beneficiario, poseedor y usuario de los títulos falsificados que necesariamente y por inferencia lógica debió encargar la falsificación de la firma al tercero al que debió facilitar los datos precisos para ello, lo que también supondría una hipótesis de cooperación necesaria.

En la STS de 9 de mayo de 2006 se atribuyó tal autoría material a un administrador de una sociedad mercantil, ya que controlaba toda la administración de la entidad y pudo conocer la falsedad de los aceptos de dos letras de cambio totalmente ficticias a cargo de una empresa librada inexistente, y que fue endosada al querellante como pago parcial de su deuda, cuando los pagarés resultaron infructuosos como instrumentos de pago. Pero, además, por este administrador se siguieron haciendo pedidos mediante la articulación de letras endosadas que sabía que no se iban a pagar por venir de una relación comercial inexistente previa, es decir, no obedecían a causa real alguna. De modo que, siendo las firmas falsas de los aceptos, lo que es incuestionable, y no obedeciendo a causa real alguna, nadie más que el acusado tenía el dominio funcional del hecho para presentar ante el querellante, como endosatario, unas letras totalmente inexistentes en pago del suministro de madera, una vez que los pagarés habían resultado infructuosos.

Por ello, aplicando la teoría del dominio funcional, la jurisprudencia ha venido considerando que no es óbice para que se pueda reputar a una persona como autor de un delito de falsedad el hecho de que no haya quedado probado quién hubiera realizado personal o materialmente las manipulaciones: lo decisivo es que el acusado haya tenido el dominio funcional del acto, y que, por ello, la autoría fuese directa o simplemente mediata es irrelevante (SSTS de 15 de junio de 1994, 27 de mayo de 2003 y 16 de febrero de 2004).