

III

2022

N.º 138

**cuadernos
de política criminal
segunda época**

Dykinson, S.L.

III

2022

N.º 138

**cuadernos
de política criminal
segunda época**

Edita

Dykinson, S.L.

CONTENIDO

LA NUEVA CONFIGURACIÓN DE LAS AGRESIONES SEXUALES TRAS LA LEY ORGÁNICA 10/2022 Y CRITERIOS APLICATIVOS ACTUALES. <i>Por David Lorenzo Morillas Fernández</i>	5
SIMULTÁNEAS Y ACUMULADAS. LA DETERMINACIÓN DE LAS PENAS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN CONCURSO DE DELITOS. <i>Por Juan Luis Fuentes Osorio</i>	67
DEBATE ACTUAL EN TORNO A LA PARTICIPACIÓN A TÍTULO LUCRATIVO Y EL DECOMISO A TERCEROS. <i>Por Francisco Rodríguez Almirón</i>	97
EL DELITO DE MALVERSACIÓN EN CLAVE DE INTEGRIDAD PÚBLICA: SITUACIÓN ACTUAL Y PERSPECTIVAS DE REFORMA. <i>Por Juan José Romero Abolafio</i>	131
ACERCA DE LOS MODELOS POLÍTICO-CRIMINALES DE REPARACIÓN A LA VÍCTIMA: LA RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO VERSUS LA REPARACIÓN PENAL. <i>Por José Antonio Posada Pérez</i>	181
SECCIÓN DE ESTUDIOS CRIMINOLÓGICOS	
EL ARTE DE PESCAR EN AGUAS PROFUNDAS: METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN CRIMINOLÓGICA BASADA EN DARK WEB Y HONEYPOTS. <i>Por Javier Valls Prieto y Facundo David Gallo</i>	223
SECCIÓN JURISPRUDENCIAL	
PANORAMA JURISPRUDENCIAL: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y TRIBUNAL SUPREMO. <i>Por Manuel Jaén Vallejo</i>	255

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

RECENSIÓN A CRUZ BLANCA, MARÍA JOSÉ, <i>DETERMINACIÓN Y APLICACIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN EN SENTIDO ESTRICO. TEORÍA Y PRÁCTICA JUDICIAL</i> , DYKINSON, MADRID, 2022, 176 PÁGINAS. <i>Por Cristina Callejón Hernández</i>	275
RECENSIÓN A LA OBRA “ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS. ¿OPORTUNIDAD O NECESIDAD DE SU TIPIFICACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL?”, FÁTIMA PÉREZ FERRER, ARANZADI, 2022, 204 PÁGINAS <i>Por Josefa Muñoz Ruiz</i>	281
RECENSIÓN AL LIBRO “LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL A EXÁMEN: PROPUESTAS DE REFORMA” MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, ELENA/ ESQUINAS VALVERDE, PATRICIA (DIRECTORAS) MORALES HERNÁNDEZ, MIGUEL ÁNGEL (COORD.) ED. ARANZADI-THOMSON REUTERS, 2022, 919 PÁGINAS <i>Por M.^a Asunción Colás Turégano</i>	289
NOTICIARIO	297
POLÍTICA EDITORIAL, CRITERIOS Y RÉGIMEN PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS ORIGINALES EN CPC	313

ACERCA
DE LOS MODELOS POLÍTICO-CRIMINALES
DE REPARACIÓN A LA VÍCTIMA:
LA RESPONSABILIDAD CIVIL *EX DELICTO*
VERSUS LA REPARACIÓN PENAL

*Regarding political-criminal models
of victim reparation:
ex delicto civil liability versus criminal reparation*

JOSÉ ANTONIO POSADA PÉREZ*

Fecha de aceptación: 15/10/2022

Fecha de aprobación: 18/11/2022

DOI: 10.14679/1952

RESUMEN: Este artículo pretende analizar dos paradigmas de la reparación en vía punitiva. Particularmente, el tradicional modelo de responsabilidad civil *ex delicto versus* el moderno sistema alemán de la tercera vía. En esta contribución contrastaremos las ventajas e inconvenientes de una aproximación con las de la otra. Finalmente, expondremos nuestras conclusiones del estudio.

PALABRAS CLAVE: Reparación, responsabilidad civil *ex delicto*, Derecho penal, víctima, Derecho civil.

ABSTRACT: *This article aims to analyze two paradigms of restoration in criminal proceedings. Particularly, the traditional ex delicto civil liability*

* Doctor en Derecho. Docente e investigador en Derecho penal. Universidad Internacional de la Rioja (joseantonio.posada@unir.net). Universidad del Atlántico Medio (joseantonio.posada@pdi.atlanticomedio.es). Universidad de Almería (jposadap@ual.es).

model versus the modern German system of the third way. In this paper we will contrast the advantages and disadvantages of one approach with those of the other. Finally, we will present our conclusions from the research.

KEYWORDS: *Restoration, ex delicto civil liability, Criminal law, victim, Derecho civil.*

Sumario: I. Presentación de la problemática 1. *Introducción y justificación del estudio* 2. *Objetivo, planteamiento metodológico y aproximación.* II. La reparación penal 1. *Presentación, causas y antecedentes históricos* 2. *Principios fundadores* 3. *¿Relación con las teorías de la pena? ¿y con la pena o medida de seguridad en sí?* 4. *¿Es o debe ser la reparación penal un fin en sí mismo?* 5. *Sobre su incorporación al ordenamiento punitivo.* 5.1 *Argumentos a favor.* 5.2 *Argumentos en contra* 6. *Una breve recapitulación del estado de la ciencia e influencia del AE-WGM.* III. La responsabilidad civil ex delicto 1. *Antecedentes históricos* 2. *Generalidades acerca del modelo* 2.1 *Lineamientos básicos* 2.2 *La construcción del sistema* 2.2.1 *Sobre la naturaleza jurídica de la institución* 2.2.2 *El nacimiento de la responsabilidad civil ex delicto y la estructura de la norma generadora* 2.2.3 *El contenido de la responsabilidad civil derivada de delito* 3. *Sobre las funciones político-criminales del modelo de responsabilidad civil ex delicto* 3.1 *Opiniones doctrinales defensoras del uso político-criminal* 3.2 *Opiniones doctrinales partidarias de la economía procesal.* IV. *Análisis y contraste de los modelos* 1. *La responsabilidad civil “ex delicto”.* 2. *El Proyecto Alternativo alemán.* 2.1 *Acerca de los argumentos a favor de su adopción.* 2.2 *Sobre los argumentos en contra de su adopción* V. *Conclusiones.*

I. PRESENTACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA

1. INTRODUCCIÓN Y JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO

El debate sobre los modelos político-criminales de reparación a la víctima del delito es, muy probablemente, una cuestión ya trasnochada en nuestra producción científica. Ello se debe, casi con total seguridad, al escaso interés que hoy despierta tal problemática en la doctrina. Tras un considerable periodo de intenso estudio y atención, el tiempo y el esfuerzo dedicados a la investigación sobre este tema han decaído de manera evidente. Por el contrario, el interés de los estudiosos ha ido acercándose a otras cuestiones que, parece ser, revisten más actualidad y, en conse-

cuencia, reciben prácticamente toda la atención de nuestros autores. De cualquier forma, bien puede decirse que el número de contribuciones de la doctrina española sobre la problemática relativa a la reparación en sede penal se acentuó particularmente en aquellas fechas inmediatamente posteriores a la presentación del Proyecto Alternativo alemán de 1992 o AE-WGM¹. Este texto suponía una novedosa aproximación al papel de la víctima del delito así como a la forma en la que concebir la reparación en vía punitiva, aunque siempre desde el contexto histórico-jurídico y la experiencia alemana, donde existía una separación muy pronunciada entre las esferas punitivas y resarcitorias que dificultaban obtener una indemnización en vía criminal². Por el contrario, lo cierto es que en nuestro sistema, así como en el resto de ordenamientos de corte romanista, ya se contaba con instituciones jurídicas bien consolidadas que tutelaban los intereses de la víctima en el propio proceso penal en contraste con el modelo germánico. En este orden de cosas, durante algún tiempo se discutió en nuestra doctrina acerca de la conveniencia político-criminal de adoptar este modelo de reparación penal en nuestro ordenamiento, así como sobre sus ventajas e inconvenientes. Con el tiempo, como decíamos, el interés por este debate decayó y la atención de nuestra doctrina se dirigió hacia otras cuestiones.

En este orden de cosas, ¿por qué se vuelve aquí a retomar el debate acerca de esta problemática? Ante todo quisiéramos acentuar la importancia que reviste la cuestión por sí sola. Así, se debe comenzar esta justificación reconociendo que buena parte del objeto de estudio de las ciencias jurídico-penales es casi siempre reconducible a los principios fundadores del Derecho penal. En este sentido, también se debe hacer valer que la estructura, función, contenidos y fundamentos del Derecho penal propio del Estado moderno, en perspectiva histórica, nacieron precisamente con la inculpa de la víctima del delito. A partir de la asunción exclusiva y excluyente del *ius puniendi* por parte del Estado en régimen de monopolio, éste se atribuye la totalidad de la regulación del tratamiento de la actividad criminal apartando a la víctima a un segundo plano y centrando su atención en el delincuente. En

¹ Por todos, recalcando el interés científico del Proyecto, De Vicente Remesal, J. (1997). "La consideración de la víctima a través de la reparación del daño en el Derecho penal español: posibilidades actuales y perspectivas de futuro", en Silva Sánchez, J. M. (Ed.). Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin, Bosch, Barcelona, págs. 205-206.

² Así, Roxin, C. (1991). "La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones", en Jornadas sobre la "Reforma del Derecho Penal en Alemania", Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 19-31.

otras palabras, de conformidad con el planteamiento más básico de los fundamentos de nuestro modelo punitivo, la víctima es neutralizada en la articulación del sistema jurídico-penal³. Esta característica propia del Derecho penal moderno contrasta diametralmente con el protagonismo otorgado durante la llamada “edad de oro de la víctima” a lo largo de arcaicas épocas jurídicas, particularmente, en el Derecho romano más primitivo, en el Derecho germánico y en el Derecho medieval – periodos en los que *lato sensu* la víctima fijaba la sanción y la ejecutaba sobre el autor y sus bienes⁴. No obstante, el Derecho penal contemporáneo vuelve a fijar nuevamente su atención en la víctima del delito, aunque siempre dentro del mencionado paradigma propio del Derecho penal moderno. En palabras de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, “*Protagonismo, neutralización y redescubrimiento son (...) tres lemas que podrían reflejar el estatus de la víctima del delito a lo largo de la historia*”⁵.

Por todo lo expuesto, reflexionar hoy sobre los modelos de reparación a la víctima equivale directamente a meditar acerca de la actualidad de los preceptos fundadores de la intervención y articulación propias de nuestro sistema penal. Todo ello, lamentablemente, a pesar del escaso interés que la ya descolorida cuestión despierta en la doctrina más actual. De otra parte, como motivo justificante de esta contribución, quisiéramos asimismo hacer valer una serie de consideraciones, argumentos y contraargumentos que serán expuestos a lo largo del trabajo y que, hasta donde nos alcanza el conocimiento, no se han aducido en el tratamiento de esta problemática.

2. OBJETIVO, PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO Y APROXIMACIÓN

En este orden de cosas, nuestro objetivo fundamental será realizar una exposición contrastando los modelos de reparación penal y de responsabilidad civil *ex delicto*. Respecto al primer sistema, tomaremos como referencia fundamental el AE-WGM, ya que se trata del modelo

³ Por todos, Hassemer, W. y Muñoz Conde, F. (1989). Introducción a la Criminología y al Derecho Penal. Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 29. Aunque lo cierto es que, a pesar de tan genérica declaración, el protagonismo actual de la víctima en el sistema penal es incuestionable.

⁴ Sanz-Díez de Ulzurrun Lluch, M. (2004). “La víctima entre el Derecho. La regulación de la posición jurídica de la víctima en el Derecho internacional, en el Derecho europeo y en el Derecho positivo español”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, t. 57, fasc. 1, 2004, pág. 220.

⁵ García-Pablos de Molina, A. (2016). Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos [Recurso electrónico]. Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 99-101.

resarcitorio más relevante construido desde el prisma del Derecho penal. Ciertamente, este planteamiento evolucionaría con el paso del tiempo dando lugar a otros modelos de justicia restaurativa más recientes que, en todo caso, se encuentran basados en este planteamiento de una manera más o menos apreciable. En cuanto al segundo, nuestra referencia será el sistema de responsabilidad civil *ex delicto* contemplado en el Código Penal de 1995. De esta forma, primero abordaremos el tema a partir de una exposición de los rasgos fundamentales del AE-WGM, incluyendo argumentos a favor y en contra de su incorporación a nuestro ordenamiento y, en segundo lugar, examinaremos las generalidades propias del modelo de responsabilidad civil *ex delicto*. A continuación, procederemos al análisis y contraste de las referidas aproximaciones tomando como referencia sus caracteres básicos así como los diferentes argumentos a favor y en contra de uno y de otro sistema. Finalmente, exponaremos nuestras conclusiones personales sobre esta cuestión.

II. LA REPARACIÓN PENAL

1. PRESENTACIÓN, CAUSAS Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El Proyecto Alternativo alemán de 1992 fue una propuesta legislativa elaborada por un grupo de trabajo liderado por ROXIN. Finalmente, el texto no se aprobaría, pero ello no impidió que gozase de una relevante acogida por parte de importantes sectores de la doctrina europea. A grandes rasgos, el AE-WGM proponía la incorporación al ordenamiento alemán de un nuevo modelo sobre la reparación en sede punitiva realizado, a su vez, a partir de la estructura, contenido y caracteres del Derecho penal⁶. De acuerdo con este Proyecto, la reparación vendría concebida como una tercera vía de tutela ante las ofensas penales, junto a la pena y a la medida de seguridad⁷. En el AE-WGM, así como en la obra de los diferentes autores, se insistió con gran interés en separar este nuevo concepto de la reparación frente al resarcimiento puramente civil⁸. Así, más allá de los debates sobre su naturaleza, se le otorgó a esta reparación un

⁶ Ampliamente, sobre el Proyecto y sus contenidos *vid.* Pérez Sanzberro, G. (1997). Reparación y conciliación en el sistema penal ¿Apertura de una nueva vía?, Comares, Granada, págs. 267-306.

⁷ Roxin, C. (1999). "Pena y reparación". Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, t. 52, fasc. 1-3, págs. 5-16.

⁸ Así, Roxin, C. (2008). Derecho Penal. Parte General, t. 1, Civitas, Madrid, pág. 108.

nuevo carácter autónomo, ubicado entre la esfera privada y la penal⁹. En este sentido, la nota más característica del sistema, en contraposición con el modelo de responsabilidad civil *ex delicto*, es que no se resarce el daño civil, sino que a través de la reparación lo que se restaura es el orden jurídico perturbado por el delito¹⁰. Profundizando en este planteamiento, lo cierto es que el germen de estas ideas de defensa jurídica del orden dado y de que la reparación no se concibe como una transacción entre sujetos privados, sino como una forma de restablecer el orden jurídico alterado con el comportamiento transgresor, ya se encuentra en el Derecho germánico primitivo¹¹. Por ello, y como examinaremos a continuación, puede decirse que, de alguna forma, el AE-WGM participa de estos planteamientos tradicionales germánicos – contrapuestos, como decimos y desarrollaremos, a la aproximación de base romanista.

En este orden de cosas, y sin perjuicio de los ulteriores matices que iremos realizando, debe exponerse el contexto histórico-jurídico en el que se ubica la presentación del Proyecto alternativo. Ante todo, conviene recordar que, a lo largo de su historia más reciente, el modelo punitivo alemán había venido manteniendo una separación mucho más rígida entre Derecho y proceso penal y civil que el modelo latino. Ciertamente, nos indica el propio ROXIN que en Alemania existe la posibilidad de ejercitar la acción de reparación de daños en vía punitiva, aunque el “proceso de adhesión” no tiene mucho éxito en ningún sitio, pese a su diferente configuración en cada uno de los *Länder*¹². En consecuencia, ello llevaría a la necesidad teórica, pero también práctica, de construir desde cero un nuevo modelo resarcitorio a implementar en vía punitiva a partir de los postulados propios del Derecho penal.

Además de los antecedentes históricos, ya sean inmediatos o más bien lejanos en el tiempo, también debe acentuarse que la presentación del

⁹ Planteamiento que siempre había defendido el principal impulsor del AE-WGM. Vid. Roxin, C. (1987). “Risarcimento del danno e fini della pena”. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 1, pág. 21.

¹⁰ Por todos, Alastuey Dobón, M^a C. (2000). *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 68-69.

¹¹ Al respecto, *vid.*, Bermejo Castrillo, M. A. (2016). *Responsabilidad civil y delito en el Derecho histórico español*. Dykinson, Madrid, págs. 15-16 y Sánchez Domingo, R. (2000). “La pervivencia del Derecho germánico en el fuero de Miranda de Ebro”. *Boletín de la Institución Fernán González*, n^o 220, 2000, págs. 173-174.

¹² Claramente en Roxin, C. (1991). “La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones”, en *Jornadas sobre la “Reforma del Derecho Penal en Alemania”*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pág. 20.

Proyecto se benefició de un clima propicio a su aceptación¹³. En esta línea, los factores que con frecuencia vienen citados como causas concretas del fomento de la reparación en Derecho penal son, fundamentalmente, el llamado redescubrimiento de la víctima y el impacto de la victimología¹⁴. Asimismo, también son habitualmente señalados el interés por rellenar el vacío provocado por la crisis del ideal resocializador¹⁵ y la influencia de la corriente abolicionista, que denunciaba la “expropiación” por parte de la maquinaria del Estado del conflicto privado y, consecuentemente, defendía la necesidad de que sean los propios ciudadanos quienes se hagan cargo de la tutela de aquellas afrentas que ellos mismos sufran¹⁶. Además de todas estas causas, TAMARIT SUMALLA acentuó otras dos, por un lado, el optimismo generado por la aplicación del Derecho penal juvenil y el desencanto por el lento e ineficaz funcionamiento de la Administración de Justicia¹⁷. En definitiva, el contexto que rodeó al Proyecto Alternativo vino enmarcado, *lato sensu*, en la renovada atención a la víctima del delito y en el desencanto por los planteamientos tradicionalistas.

2. PRINCIPIOS FUNDAMENTADORES

En lo que se refiere a la construcción del modelo reparatorio previsto en el AE-WGM, encontramos que su articulación viene materializada por

¹³ Con detenimiento sobre las causas Eser, A., (1992). “Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal. Tendencias nacionales e internacionales”, en Eser, A. et alt., De los delitos y de las víctimas, Ad-Hoc, Buenos Aires, págs. 13-52.

¹⁴ Por todos, Alastuey Dobón, M^a C. (2000). Op. Cit. pág. 37. Sobre el desarrollo de la victimología como causa del nacimiento de la reparación penal, Tamarit Sumalla, J. M. (1994). La reparación a la víctima en el Derecho Penal. Estudio y crítica de las nuevas tendencias político-criminales, Fundación Jaume Callís, Barcelona, págs. 116-120.

¹⁵ Tamarit Sumalla, J. M. (1994). Op. Cit., págs. 122-124. En esta línea, Schneider, H. J. (1990-1991) “Recompensación en lugar de sanción: restablecimiento de la paz entre el autor, la víctima y la sociedad”. Estudios Penales y Criminológicos, n^o 15, págs. 202-203 añadió, citando trabajos empíricos, que la causa más importante por la que fracasó el tratamiento penitenciario del delincuente recluso era que no se había logrado incluir a la víctima y a la sociedad en el propio tratamiento. Con matices, Larrauri Pijoán, L. (1997). “La reparación”, en Cid Moliné, J. y Larrauri Pijoán, E. (Coords.), Penas alternativas a la prisión, pág. 172-173, quien ve en la reparación una sanción penal alternativa a la cárcel y por tanto no desocializadora.

¹⁶ Por todos, *vid.* Christie, N. (1992). “Los conflictos como pertenencia”, en Eser, A. et alt., De los delitos y de las víctimas, Ad-Hoc, Buenos Aires, y Hulsman, L. (1993). “El enfoque abolicionista: políticas criminales alternativas”. Criminología crítica y control social, *passim*.

¹⁷ Tamarit Sumalla, J. M. (1994). Op. Cit., págs. 115-116, apuntando también otros factores secundarios, *Ibid.*, págs. 124-125.

una serie de principios básicos o fundamentadores. Ya adelantábamos que el objeto principal de la reparación prevista en el AE-WGM no es el daño civil, sino que en este caso lo que se restaura es la paz jurídica – previamente alterada con el comportamiento penalmente transgresor. En consecuencia, la reparación es aplicable a cualquier clase de delito (principio de universalidad) sin necesidad de que los hechos hayan generado daños civiles y sin que la gravedad del ilícito penal cometido sea relevante al respecto¹⁸. De la misma forma, conforme al principio de eficacia o de garantía de éxito o resultado, resulta imprescindible que la restauración de la paz jurídica se haya llevado a cabo de manera efectiva. Por ello, no cabe la simple promesa de cumplimiento y se establecen límites temporales en esta línea¹⁹. Igualmente, como decíamos, los autores del Proyecto se esfuerzan con gran interés en diferenciar entre la reparación contemplada en el AE-WGM y la indemnización civil. Es en esta conceptualización donde emerge otra diferencia fundamental entre una y otra institución, y es que, de acuerdo con los autores del Proyecto, en el AE-WGM rige el principio de voluntariedad²⁰. Consecuentemente, sólo podrá recurrirse a la reparación si ésta es libremente aceptada, por lo que no cabe obligar al delincuente a que la realice – en contraste con la reparación civil, que es coactiva en todo caso.

En congruencia con lo expuesto, se extraen una serie de consecuencias de carácter material. En primer lugar, si se repara la paz jurídica y no el daño civil, cabría admitir una amplia gama de prestaciones que pueden servir como reparación, entre ellas, la reparación simbólica, como por ejemplo la petición de disculpas. De esta forma, integran el contenido de la reparación no solamente la compensación pecuniaria a la víctima, sino también la indemnización a terceros (por ejemplo, una aseguradora), las prestaciones laborales (véanse aquellas en beneficio de la víctima o de la comunidad) o materiales de cualquier tipo. Igualmente, estas prestaciones pueden combinarse o alternarse entre sí y no deben ser irracionales, desproporcionadas o inasumibles ni para el reo ni para la víctima²¹. En segundo lugar, si bien es cierto que no se repara el daño civil, debe observarse el principio de prioridad de la víctima, según el cual ésta será la principal destinataria de las prestaciones reparatorias que el reo ejecute. No obstante, en virtud del mencionado principio de

¹⁸ Roxin, C. (1991). Op. Cit. págs. 25-26.

¹⁹ Roxin, C. (1991). Op. Cit. págs. 26.

²⁰ Roxin, C. (1991). Op. Cit. págs. 26-27.

²¹ Con detenimiento sobre el catálogo, Tamarit Sumalla, J. M. (1994). Op. Cit., págs. 143-147.

universalidad, este modelo de reparación también es aplicable tanto en delitos sin víctima como en delitos sin daños civiles o de difícil evaluación económica. Es por esta razón que se ha defendido la conveniencia de su empleo en distintos tipos de delincuencia²² e incluso durante la ejecución de la pena²³.

3. ¿RELACIÓN CON LAS TEORÍAS DE LA PENA? ¿Y CON LA PENA O MEDIDA DE SEGURIDAD EN SÍ?

En lo que respecta a su naturaleza jurídica, la reparación, tal y como viene planteada en el AE-WGM, posee un carácter autónomo, entre lo penal y lo privado que la diferencia, por un lado, de las consecuencias jurídicas de carácter civil y, por otro lado, de las consecuencias propiamente penales²⁴. Sin embargo, algunos autores han defendido su clasificación dentro del catálogo de penas²⁵. De cualquier forma, ROXIN declaró abiertamente que la inclusión del AE-WGM no llevará en ningún caso

²² Por ejemplo, Galain Palermo, P. y Romero Sánchez, A. (2001). "Criminalidad organizada y reparación. ¿Puede la reparación ser un arma político-criminal efectiva en la lucha contra la criminalidad organizada? Derecho Penal y Criminología, vol. 22, nº 73, pág. 67. De otro parecer, García Arán, M. (2011). "Reparación a la víctima y mediación en la delincuencia económica", en Muñoz Conde, F. et al. (Dir.) Un Derecho Penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 470-480.

²³ Tamarit Sumalla, J. M. (2004). "La introducción de la justicia reparadora en la ejecución penal: ¿Una respuesta al rearme punitivo?". Revista General de Derecho Penal, nº 1, págs. 19-24, defendiendo las posibilidades de aplicación de la justicia reparadora en Derecho penal y penitenciario, antes del inicio de la ejecución y durante el trabajo y tratamiento penitenciario. De otra opinión, Silva Sánchez, J. M. (1993). "Medios no judiciales de reparación a la víctima", en Romeo Casabona, C. M. (Ed.), Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales. XXIIº Coloquio de Derecho Europeo, Centro de Estudios Criminológicos – Universidad de La Laguna, Santa Cruz de Tenerife, págs. 354-355, quien considera que, prácticamente, sólo aquellos hechos constitutivos de infracciones penales muy leves, al borde de la despenalización, pueden someterse a vías informales de reparación y/o conciliación.

²⁴ Roxin, C. (1987). Op. Cit. pág. 21.

²⁵ Sobre la cuestión, Alastuey Dobón, M^a C. (2000). Op. Cit. págs. 69-70. *Amplius*, exponiendo las posturas de Sessar y Schild en la doctrina alemana así como las correspondientes consideraciones críticas sobre las mismas, *Ibid.*, págs. 105-115. Sobre la posición de Sessar, Frehsee y posterior contestación de Roxin, *vid.* Pérez Sanzberro, G. (1997). Op. Cit. págs. 210-222. En nuestro país, ha defendido con detenimiento la reparación como sanción penal autónoma, principal y única, alternativa a la pena de cárcel, Larrauri Pijoán, L. (1997). Op. Cit. págs. 171-192. De otro parecer, Silva Sánchez, J. M. (1993). Op. Cit. págs. 350-355.

a la abolición de las penas, si bien ésta pudiese ser reducida, modificada o sustituida en algunas ocasiones²⁶.

A pesar de que la reparación en el AE-WGM viene concebida como una tercera vía junto a la pena y a la medida de seguridad como respuesta al delito, cabría preguntarse sobre las funciones propiamente penales que ésta materializaría tras su cumplimiento. Es decir, su relación con las diferentes teorías de la pena²⁷. Al respecto, ROXIN indicó que, independientemente de donde se quiera colocar el fin determinante de la pena, ya sea en la retribución, en la prevención general, especial o en una combinación entre éstas, la reparación puede ser útil por igual a todos estos fines²⁸. Sin embargo, acentúa el interés de la reparación para aquellos fines de prevención especial o de prevención general positiva, ya que el autor deberá esforzarse por reconciliarse con la víctima y con la sociedad a través del cumplimiento del programa reparatorio, logrando en ambas un efecto de confianza y satisfacción cuando se observe que el Derecho viene respetado y que se ha eliminado la perturbación social ocasionada por el delito²⁹.

Más allá de su ubicación dentro de las diferentes teorías de la pena, también resultaría oportuno cuestionarse acerca de sus vínculos o correlaciones directas con la pena y/o con la medida de seguridad en sí mismas. Así, el Proyecto prevé multitud de interrelaciones entre la pena y/o medida de seguridad y la reparación a través de diferentes formas, sustituyéndola, atenuándola, suspendiendo en parte o por completo la ejecución de la pena privativa de libertad o bien atribuyéndola como carga durante la ejecución de esta última. En este sentido, ROXIN justificaría tal influencia a partir del respeto al principio de subsidiariedad, que viene a

²⁶ Roxin, C. (1989). Op. Cit. págs. 6-7.

²⁷ Sobre la cuestión, difusamente, Alastuey Dobón, M^a C. (2000). Op. Cit. pág. 117-250.

²⁸ Roxin, C. (1999). Op. Cit. págs. 9-12. No obstante, relativizando la reparación del daño como reacción autónoma a la vista de su incapacidad para cumplir satisfactoriamente los fines del Derecho penal, Silva Sánchez, J. M. (1993). Op. Cit. págs 351-353.

²⁹ Roxin, C. (1987). Op. Cit., págs. 15-21. Más cercano a esta última línea en virtud del mencionado matiz, Silva Sánchez, J. M. (1997). "Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de "reparación". Revista del Poder Judicial, [Recurso electrónico], n^o 45, "2.2 Prevención del delito y 'reparación'", párr. 1. Con importantes matices, acentuando la alineación de la reparación con los contenidos resocializadores, Schneider, H. J. (1989). "La posición jurídica de la víctima del delito en el Derecho y en el proceso penal. Nuevos desarrollos en la política criminal de los Estados Unidos, de la República Federal de Alemania, del Consejo de Europa y de Naciones Unidas", en De La Cuesta, J. L. et alt. (Coords.), *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al profesor Antonio Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, pág. 380.

significar que la respuesta propiamente penal sólo puede utilizarse cuando no existe un medio menos gravoso para el mantenimiento o restauración de la paz jurídica. En consecuencia, entiende que si la reparación es suficiente para resolver el conflicto social, habrá que, o bien acudir a ella y no a la pena o a la medida de seguridad, o bien limitar la aplicación de éstas a partir de la incorporación de los mecanismos reparatorios³⁰.

4. ¿ES O DEBE SER LA REPARACIÓN PENAL UN FIN EN SÍ MISMO?

De la misma forma que defendía ROXIN que la reparación es útil a los fines del Derecho penal también advirtió tajantemente que ésta no era un fin penal en sí mismo³¹. En esta línea de pensamiento, buena parte de la doctrina consideró igualmente que la reparación no debería conceptualizarse como un fin penal³². Sin embargo, otros autores han defendido todo lo contrario. Por ejemplo, BERISTAIN IPIÑA indicó expresamente que el Derecho criminal pretende el establecimiento del orden jurídico y la defensa de la sociedad mediante la resocialización de los delincuentes y la debida asistencia a las víctimas, identificando expresamente las reparaciones penales para tal fin³³. También en este sentido, PUIG PEÑA expresó que el Derecho penal tiene el cometido de reparar el orden perturbado por el delito, restableciendo el derecho lesionado en todas las esferas³⁴. Más recientemente, QUINTERO OLIVARES ha subrayado la importancia de incluir la reparación entre los objetivos político-criminales. Igualmente, ha apuntado que, si bien la reparación a las víctimas no ha dejado nunca de ser declarada como un objetivo perseguido por el Derecho penal, ya que todos los Códigos Penales españoles han dedicado capítulos a la responsabilidad civil, lo cierto es que ese objetivo siempre se ha situado en un plano secundario respecto a la retribución o a la prevención³⁵.

³⁰ Roxin, C. (1989). "La posizione della vittima nel sistema penale". *L'Indice Penale*, fasc. 1, págs. 9-11.

³¹ Roxin, C. (1987). *Op. Cit.* págs. 6-7 y 15.

³² Por todos, Alcácer Guirao, R. (2001). "La reparación en Derecho Penal y la atenuante del artículo 23.5º CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación". *Revista del Poder Judicial*, nº 63, "III - ¿Reparación a la víctima como objetivo político-criminal?", párr. último. Con anterioridad, Silva Sánchez, J. M. (1997). *Op. Cit.* "III. Conclusión", párr. 1 y Alastuey Dobón, Mª C. (2000). *Op. Cit.* págs. 29-30.

³³ Beristain Ipiña, A. (1974). *Medidas penales en Derecho contemporáneo. Teoría, legislación positiva y realización práctica*, Reus, Madrid, págs. 61-62.

³⁴ Puig Peña, F. (1988). *Derecho Penal (Parte General)*, imprenta de Mateu Cromo Artes Gráficas S. A., Madrid, págs. 708.

³⁵ Quintero Olivares, G. (2001). "La llamada privatización del derecho penal". *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 6, págs. 20-21.

5. SOBRE SU INCORPORACIÓN AL ORDENAMIENTO PUNITIVO

5.1. *Argumentos a favor*

Por todo lo expuesto hasta ahora, bien puede intuirse que el AE-WGM es un modelo que replantea por completo el tratamiento de la reparación en vía punitiva, especialmente si se examina desde la experiencia histórico-jurídica propia de los sistemas resarcitorios de base romanista. De esta forma, a favor de su incorporación al ordenamiento punitivo, no ya al nuestro, sino también al alemán, se alegaron las respectivas ventajas para la víctima, para el autor y para la Administración de Justicia. Por su parte, la víctima resultaría rápidamente indemnizada sin ningún coste ni esfuerzo propio, facilitándole la obtención de reparación incluso durante el tratamiento penitenciario del autor. De otra parte, a este último se le ofrece la posibilidad de obtener sustanciosos beneficios penales y penitenciarios a través de la reparación. Finalmente, la Administración de Justicia se ahorraría un proceso civil, la práctica de costosas pruebas y, por supuesto, el empleo de su tiempo y de su esfuerzo³⁶. Otro de los argumentos aducidos a su favor es precisamente la superación del concepto de la reparación íntegramente materialista, es decir, el hecho de que el AE-WGM incorpore la reparación simbólica³⁷. Sobre la cuestión, se ha indicado que este tipo de reparación resulta particularmente idónea allí donde la compensación monetaria no resulta completamente satisfactoria, por ejemplo en casos de daños psicológicos y morales. Al respecto, se defiende que la reparación simbólica puede consistir en prestaciones o servicios por parte del autor a la víctima o a la comunidad, en donaciones a instituciones de utilidad pública o, incluso, en la petición de disculpas.

De otra parte, y en línea con este último argumento, también suelen resaltarse con bastante frecuencia las limitaciones del sistema *ex delicto*, particularmente en lo que se refiere a la deficiente atención a la víctima. Con todo, las críticas más habitualmente empleadas son, por un lado, el hecho de que sólo se contemple la reparación puramente patrimonial (que resulta, desde este punto de vista, superflua)³⁸ y, por otro, el deficiente tratamiento de la pieza de responsabilidad civil en sede penal unido a la rei-

³⁶ Roxin, C. (1999). Op. Cit. págs. 7-9.

³⁷ Por todos, Garro Carrera, E. (2006). Op. Cit. págs. 221-22 y Martínez Escamilla, M. (2008). "Justicia restauradora, mediación y sistema penal: Diferentes estrategias ¿los mismos objetivos?", en García Valdés, C. et al. (Coord.), Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, vol. 1, Edisofer, Madrid, 2008, págs. 483-485.

³⁸ Tamarit Sumalla, J. M. (1994). Op. Cit., págs. 53-56, defendiendo la necesidad de pensar en formas de reparación alternativas al pago de una cantidad de dinero.

terada falta de pagos³⁹. En este sentido, se advierte sobre el posible riesgo de mercantilización de la reparación *ex delicto*⁴⁰. Igualmente, se denuncia la incongruencia de facilitar los beneficios penales o penitenciarios a aquellas personas con mayor poder adquisitivo frente a otros reos de menor solvencia económica⁴¹ de la misma forma que se critica la exclusión de la posibilidad de reparación en aquellos delitos sin víctima⁴². Por lo demás, se acentúa que, en contraste con el AE-WGM o con los modelos de justicia restaurativa en general, de una parte, el esfuerzo por reparar no es objeto de especial consideración en el sistema resarcitorio *ex delicto*⁴³ y que, si bien la reparación en el primer caso surge de la mediación y del principio de voluntariedad, la responsabilidad civil contemplada en el Código penal es consecuencia coactiva de un proceso adversarial⁴⁴.

5.2. Argumentos en contra

Como bien podrá intuirse, el AE-WGM no ha sido capaz de evitar importantes críticas de muy diversa tipología⁴⁵. De entre todas ellas, se

³⁹ De nuevo, por todos, De Vicente Remesal, J. (1997). Op. Cit. pág. 198 y Martínez Escamilla, M. (2008). Op. Cit. pág. 482.

⁴⁰ Ult. Op. Cit.

⁴¹ Expresamente, Alcácer Guirao, R. (2001). Op. Cit., “III - ¿Reparación a la víctima como objetivo político-criminal?”, párr. 10 y Asúa Batarrita, A. (2008). “Atenuantes postdelictivas: necesidad de reformulación desde una racionalidad jurídico-penal y consecuencias en la individualización de la pena”, en Garro Carrera, E. y Asúa Batarrita, A. Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitaria (A propósito de una controvertida sentencia del Juzgado de lo Penal nº 8 de Sevilla), Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 148-149. Más recientemente, sobre la constitucionalidad de la exigencia del compromiso de abono de la responsabilidad civil para conceder la suspensión de la pena privativa de libertad y su relación con el principio de igualdad, Jericó Ojer, L. (2019). “El compromiso de abono de la responsabilidad civil como requisito para la suspensión de la pena privativa de libertad (art. 80.2. 3ª CP): especial referencia a la interpretación del TC”, en Cancio Meliá, M., et alt. (Coords.) Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. 2, Universidad Autónoma de Madrid – Servicio de Publicaciones, págs. 1419-1420. Al respecto, esta última autora concluiría su trabajo indicando que a través de este requisito, constitucionalmente admitido, se procede a dar “una vuelta de tuerca” a la criminalización de la pobreza, esta vez a través de la ejecución de la pena, *Ibid.*, págs. 1422-1423.

⁴² Alcácer Guirao, R. (2001). Op. Cit., “III - ¿Reparación a la víctima como objetivo político-criminal?”, párr. 10 y Asúa Batarrita, A. (2008). Op. Cit., pág. 148.

⁴³ Garro Carrera, E. (2006). Reparación del daño e individualización de la pena. Derecho comparado y regulación española (Art. 21. 5 del Código Penal), Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, págs. 374-375 – aunque, como veremos *infra*, sí respecto a la concesión de los beneficios penales y penitenciarios.

⁴⁴ Martínez Escamilla, M. (2008). Op. Cit. pág. 482.

⁴⁵ Sobre las posiciones críticas y el debate doctrinal, por todos, difusamente *vid.* Tamarit Sumalla, J. M. (1994). Op. Cit., págs. 155-165 y Alastuey Dobón, Mª C. (2000).

hacen valer algunas especialmente. En primer lugar, se relativizan los pretendidos beneficios que el contenido del Proyecto supondría para el infractor, para la víctima y para la sociedad⁴⁶. Ante ello, se ha subrayado la irrenunciabilidad del carácter eminentemente público del Derecho penal y se rechazan las ideas reparatorias en base a que sus efectos beneficiosos, reales o no, no justifican el cuestionamiento del principio general⁴⁷. En segundo lugar, se pone en tela de juicio la supuesta observancia del pretendido principio de voluntariedad, ya que, si hay que elegir entre la satisfacción de la reparación o la imposición de una pena o medida de seguridad, no puede decirse que, en propiedad, se haya elegido la primera opción de forma estrictamente voluntaria. En tercer lugar, se resaltan verdaderos problemas con las garantías propias del Derecho penal y procesal penal,⁴⁸ sobre todo la presunción de inocencia, particularmente en aquellos casos en los que se pueda o deba realizar la reparación con anterioridad al juicio. Siguiendo esta línea, también se aducen otros argumentos como la afectación al principio de igualdad, pues no todos los sujetos podrán ser tratados de la misma forma, sino de acuerdo con sus posibilidades personales o materiales de reparación; su incompatibilidad con el diseño constitucional de las funciones jurisdiccionales y fiscales, ya que de acuerdo con el artículo 117.3 CE el poder judicial ejerce de forma exclusiva y excluyente la jurisdicción y, en este sentido, la reparación se concibe como finalización de un juicio penal en el que se ha reconocido la existencia del delito y en el que el Ministerio Fiscal dejará de ejercer la acción; se advierte asimismo del peligro que podría suponer que, en virtud del principio de oportunidad, se esté incentivando a los operadores judiciales a, por un lado, seleccionar aquellos casos que sí pasarían a la esfera propiamente jurisdiccional y, por otro, escoger aquellos casos que son susceptibles de resolverse a través de la reparación – formalizando en consecuencia dos circuitos penales diversos⁴⁹. En un sentido similar, y

Op. Cit. págs. 88-105. En lengua hispana y sobre el AE-WGM, una de las voces alemanas más detractoras contra la reparación, Hirsch, H. J. (1990). “La posición del ofendido en el Derecho penal y en Derecho procesal penal, con especial referencia a la reparación”. Cuadernos de Política Criminal, n° 42, págs. 561-571. *Amplius* en *Id.* (1992). “La reparación del daño en el marco del Derecho penal material”, en Eser, A., et al., De los delitos y de las víctimas, Ad-Hoc, Buenos Aires, págs. 64-90.

⁴⁶ Por ejemplo, con dudas sobre el pretendido “protagonismo de la víctima” a través de la promoción de instrumentos reparatorios en el sistema penal, Silva Sánchez, J. M. (1997). Op. Cit. “1.3 LA CUESTIÓN”, párr. 2 y 3.

⁴⁷ García Arán, M. (2011). Op. Cit. págs 451-452.

⁴⁸ Silva Sánchez, J. M. (1993). Op. Cit. págs.337 y 353-354.

⁴⁹ Son observaciones de Queralt Jiménez, J. J. (1996). “Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del Proyecto Alternativo de reparación”, Anuario de

aunque quizás se trate de un argumento menos frecuente, se aduce la falta de precisión técnica de los requisitos para acceder a los beneficios penales pues, en el fondo, el AE-WGM no era un Proyecto muy exhaustivo⁵⁰.

De otra parte, otros argumentos importantes son la crítica a la transacción y a la gran disponibilidad sobre el proceso que, *de facto*, se le otorga fundamentalmente a la víctima,⁵¹ así como la visión simplificadora de la sociedad – realizándose esta última afirmación a propósito de la concepción del delito como un mero conflicto entre el autor y la víctima y también acerca de la necesidad de devolver dicho conflicto a sus principales protagonistas⁵². Asimismo, también se tiende a cuestionar con serias dudas la idoneidad de la reparación en cuanto a su capacidad real de satisfacer adecuadamente los fines de la pena⁵³.

6. UNA BREVE RECAPITULACIÓN DEL ESTADO DE LA CIENCIA E INFLUENCIA DEL AE-WGM

En este orden de cosas, no cabe duda de que el AE-WGM simbolizó un importante proyecto legislativo que, aunque no viniera finalmente aprobado, fue capaz de captar el interés de la doctrina europea. Su principal aporte consiste en haber proporcionado a la ciencia penal un novedoso modelo resarcitorio construido en interés del Derecho punitivo y desde la misma base de sus fundamentos, colocando el foco de la atención del jurista no ya en el daño civil, sino en el restablecimiento de la paz jurídica alterada por el comportamiento delictivo. Como decíamos, el Proyecto no sólo obtuvo la atención de la doctrina, sino que además múltiples autores se posicionaron a favor de su adopción a pesar de las importantes críticas⁵⁴. En consecuencia, varios son

Derecho Penal y Ciencias Penales, t. 49, fasc. 1, págs. 149-150, unidas a la crítica basada en la posible vulneración de la presunción de inocencia.

⁵⁰ Sobre el argumento, por todos, Alastuey Dobón, M^a C. (2000). Op. Cit. pág. 100.

⁵¹ García Arán, M. (2011). Op. Cit. págs 463-464.

⁵² García Arán, M. (2011). Op. Cit. págs 456-466.

⁵³ Sobre el argumento, por todos, Alastuey Dobón, M^a C. (2000). Op. Cit. pág. 101-105.

⁵⁴ Por todos, en orden cronológico, Tamarit Sumalla, J. M. (1994). Op. Cit., *passim*; Queralt Jiménez, J. J. (1996). Op. Cit. pág. 150-151 y 158; Pérez Sanzberro, G. (1997). Op. Cit. *passim*, *vid.* especialmente su propuesta, págs. 402-418; Sanz Mulas, N. (2000). Alternativas a la pena privativa de libertad. Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana, COLEX, págs. 375-376; Garro Carrera, E. (2006). Op. Cit. págs. 221-22; Pérez Cepeda, A. I. (2001). “Las víctimas ante el Derecho Penal. Especial referencia a las vías formas e informales de reparación”, en Arroyo Zapatero, L. y Berdugo Gómez De La Torre, I. Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam, vol. 1, pág. 477; Asúa Batarrita, A. (2008). Op. Cit., pág. 159-160 y Galain Palermo, P. (2010). La reparación del daño a la víctima del delito, Tirant lo Blanch, Valencia, *passim*.

los autores que actualmente consideran que nuestro Derecho positivo debe encaminarse hacia conceptualizaciones penales de la reparación del daño, las cuales, a su vez, aparecen claramente basadas en este Proyecto⁵⁵. Del mismo modo, también se aprecia la influencia del AE-WGM en algunas reformas legales en nuestro país. Autores como MIR PUIG pusieron de manifiesto que el Código Penal de 1995 avanzó hacia la posibilidad de sustituir la pena pecuniaria por otro tipo de prestaciones reparatorias a la víctima⁵⁶. Por ejemplo, si se lee detenidamente la redacción original de los artículos 81 3ª y 88.1 CP, sobre la suspensión y la sustitución, ambos incorporan el requisito del previo abono de la responsabilidad civil y del esfuerzo por reparar el daño para la concesión de dichos beneficios. Asimismo, puede llegar a defenderse que muy probablemente el legislador de 1995 se haya inspirado en los postulados del Proyecto para la (criticable) redacción del artículo 112 CP⁵⁷.

III. LA RESPONSABILIDAD CIVIL *EX DELICTO*

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Mientras el modelo alemán de la tercera vía encuentra una de sus referencias más remotas en la primitiva idea germánica de reparar la paz jurídica alterada con el comportamiento transgresor, el modelo de responsabilidad civil *ex delicto* tiene como antecedente histórico más antiguo la distinción romana entre los *crimina* y los *delicta*. En efecto, ya al final de la época arcaica existió una división más o menos nítida entre los *crimina* o *delicta publica*, que eran considerados ataques al bien común, y los *delicta privata* o *maleficia*, que se conceptualizaban como afrentas realizadas a los sujetos privados. En congruencia, tanto su persecución como su sanción tenían carácter público y privado respectivamente⁵⁸.

⁵⁵ Por ejemplo, en la doctrina más actual, es una constante reivindicación en las obras de Tamarit Sumalla, J. M. (1994). Op. Cit., Id. (2004). Op. Cit. e *Id.* (2007). “La difícil asunción de la reparación penal por parte de la jurisprudencia española”. Revista General de Derecho Penal [Recurso electrónico], nº 7, *passim*; y de *Id.* (2006). Op. Cit. *passim* e *Id.* (2008). “La atenuante de reparación del daño”, en Garro Carrera, E. y Asúa Batarrita, A. Op. Cit., particularmente, págs. 49-75.

⁵⁶ Mir Puig, S. (2016) Derecho Penal. Parte general, Reppertor, Barcelona, 2016, a pesar de que, en realidad, no vincula esta dirección a la influencia del AE-WGM.

⁵⁷ Posada Pérez, J. A. (2022). La responsabilidad civil ex delicto, Aranzadi, Cizur menor, págs. 253-255.

⁵⁸ Fuenteseca Degeneffe, M. (2005). “Poena privata, poena criminis y responsabilidad civil derivada del delito”, en Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Civitas, Madrid, págs. 1923 y Bermejo Castrillo, M. A. (2016). Op. Cit. pág. 64-66.

Con el paso de los siglos, la responsabilidad civil iría perfilándose frente a la responsabilidad penal hasta la completa diferenciación entre ambas esferas y ramas del ordenamiento. No obstante, ambas responsabilidades eran constantemente entremezcladas hasta antes de llegar a este punto⁵⁹.

La primera referencia universal dentro de nuestra actual conceptualización de la responsabilidad civil la encontramos en el Código Civil francés de 1804. Sin embargo, en el caso de España, la aprobación del Código Civil no se materializaría hasta 1889 tras varios Proyectos que no terminaron sancionándose. No obstante, y en lo que a nosotros interesa, la total separación entre responsabilidad civil y penal se produjo, desde el punto de vista normativo, en el Código Penal de 1822. Al respecto, PACHECO indicó tajantemente que esta novedosa división entre responsabilidad civil y penal era desconocida en las normas medievales⁶⁰. De cualquier forma, en este Código se contempló la responsabilidad civil como consecuencia jurídica del delito – planteamiento que sería continuado por todos los Códigos Penales posteriores, incluido el actual. Así, los artículos 27 y 93 CP 1822 separaron, por vez primera, las responsabilidades civil y penal. La relación entre ambas se articuló a partir de una regla silogística *a maiore ad minus* o *a fortiori*, según la cual, si se constata la existencia de la premisa mayor, de aquí puede deducirse la existencia de la premisa menor. En otras palabras, que si existe un delito o responsabilidad penal, con más razón existirá un ilícito civil o responsabilidad civil. A pesar de los importantes matices que se irían realizando sobre esta problemática con el paso del tiempo, particularmente en lo que respecta a la construcción dogmática global del modelo y al nacimiento de la mal llamada responsabilidad civil “derivada del delito”, lo cierto es que el razonamiento realizado por CALATRAVA, principal impulsor del Código Penal de 1822, perduraría hasta nuestros días en su más pura esencia⁶¹.

⁵⁹ Sobre la evolución histórica y político-criminal de la reparación del daño en doctrina y Derecho positivo, Posada Pérez, J. A. (2022). Op. Cit., págs. 27-54. Difusamente, sobre la evolución histórica del resarcimiento del daño en nuestro modelo, Bermejo Castrillo, M. A. (2016). Op. Cit. y Roig Torres, M. (1999-2000). “Algunos apuntes sobre la evolución histórica de la tutela jurídica de la víctima del delito”. Estudios Penales y Criminológicos, nº 22, *passim*.

⁶⁰ Pacheco, J. F. (1848). El Código Penal concordado y comentado, t. 1, Imprenta de D. Santiago Saunaque, Madrid, pág. 260.

⁶¹ Al respecto, el citado autor indicaría, sobre la inclusión de responsabilidad civil derivada del delito en el Código Penal de 1822: “(...) aunque sea puramente civil en sus efectos, como dirigida contra los bienes solos, se impone como una especie de culpa que se considera haber en la persona responsable. Es una responsabilidad que, aunque meramente pecuniaria, procede de un delito o culpa, y por consiguiente está bien puesta en el

También en este sentido, resulta de vital importancia subrayar que la doctrina iusfilosófica que subyace a la construcción teórica del modelo no es otra que el utilitarismo de BENTHAM⁶². De acuerdo con este punto de vista, la sociedad y el individuo deben regirse por el principio de utilidad, que se configura como el criterio básico de esta corriente filosófica. En tal sentido, se defiende la necesidad de perseguir, para el individuo y/o la sociedad, la maximización del beneficio, ventaja, placer, bien o felicidad y, a la par, disminuir, evitar o impedir por completo el infortunio, dolor, mal o infelicidad. En consecuencia, se debe procurar la máxima prosperidad al mayor número de personas y evitar la mayor calamidad a la mayor cantidad de sujetos posible⁶³. Dando traslado de la aplicación de este principio al ámbito jurídico, y concretamente a la construcción del modelo resarcitorio *ex delicto*, se entiende que el sistema acumulatorio resulta la opción más razonable desde el punto de vista utilitario, ya que a partir un único proceso se llega a la máxima satisfacción de los intereses de la sociedad y del individuo y, también, se disminuyen considerablemente los perjuicios ocasionados a estos mismos sujetos. Así, por un lado, se obtiene el mayor beneficio porque a través del nuevo sistema *ex delicto* se consigue tanto una condena penal como una condena civil a partir de un mismo proceso judicial, tutelando en consecuencia intereses públicos y privados. Por otro lado, se evita el perjuicio de tener que acudir a otro procedimiento para reclamar la correspondiente indemnización, disminuyendo así los costes para la sociedad pero también para los individuos. Piénsese no sólo en términos de recursos netamente económicos, sino también en recursos materiales, en tiempo, en esfuerzo y, por supuesto, en la tensa incertidumbre que se genera mientras se resuelve una y otra cuestión⁶⁴.

Código Penal, sin perjuicio de que en el civil y en el de procedimientos se establezca todo lo demás que corresponda a cada uno". Vid. Diario de las sesiones de Cortes – Legislatura Extraordinaria (1821-1822), n° 83. Presidencia del Señor Clemencin. Sesión del día 16 de diciembre de 1821, pág. 1317.

⁶² Apreciando la influencia de BENTHAM en la elaboración del CP 1822, por todos, Sainz Cantero, J. A. (1960). "El informe de la Universidad de Granada sobre el proyecto que dio lugar al Código Penal de 1822". Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, t. 13, fasc. 3, 1960, págs. 516-517 y Antón Oneca, J. (1965). "Historia del Código penal de 1822". Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, t. 18, fasc. 2, pág. 271. Más recientemente, Roig Torres, M. (1999-2000). Op. Cit. pág. 187.

⁶³ Bentham, J., (2000). An introduction to the principles of morals and legislation, Batoche Books – Kitchener, Ontario, págs. 14-15.

⁶⁴ Más allá de la evidente influencia del principio de utilidad, existen ciertas dudas acerca de si realmente se ha atendido, con propiedad, la doctrina utilitarista de BENTHAM. Vid. Posada Pérez, J. A. (2022). Op. Cit., págs. 42-44.

De esta forma, hasta la aprobación del Código Civil en 1889, la responsabilidad civil (*rectius, ex delicto*) se reguló en el Código Penal. Concretamente, en los Códigos Penales de 1822, 1848 y en el de 1870. No obstante, debe admitirse que el modelo de responsabilidad civil *ex delicto*, tal y como lo conocemos en nuestro sistema, se inicia en puridad con el Código Penal de 1848. Es en este Código en el que se acentúan, aún más, los caracteres utilitarios y en el que se aprecia con mayor nitidez la sistematicidad que reviste desde entonces el tratamiento de la obligación privada en el Código Penal. De una parte, el artículo 15 CP 1848 estableció la criticable fórmula, ya derogada, que continuaría contemplándose en el resto de Códigos Penales: “*Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente*”⁶⁵. Igualmente, los artículos 115 a 118 CP 1848 enumeraron las modalidades a través de las cuales se podía resarcir el daño, enunciando y desarrollando la tradicional tripartición del contenido de la responsabilidad civil *ex delicto*: restitución, reparación e indemnización. En lo que respecta a la sistematicidad, los artículos 16 a 18 y 120 a 123 CP 1848 incorporaron una fórmula que, a partir del previo análisis jurídico-penal, permitían al juez dilucidar quién, cómo y si se era responsable civil.

2. GENERALIDADES ACERCA DEL MODELO

2.1. Lineamientos básicos

Como bien puede comprobarse con el estudio de su evolución histórica, el modelo de responsabilidad civil *ex delicto* propio de los ordenamientos de influencia romanística se conceptualiza como un sistema basado en la acumulación de acciones y, por tanto, fundamentado en razones de economía procesal⁶⁶. A partir de esta premisa básica, el modelo se construye a partir del deslinde normativo entre responsabilidad civil y penal, las cuales, a su vez, se diferencian en todos y cada uno de sus elementos característicos⁶⁷. Someramente, la responsabilidad civil nace

⁶⁵ Vid., art. 18 CP 1870, art. 72 CP 1928 y art. 19 CP 1932, CP 1944, CP 1963, CP 1973.

⁶⁶ De esta misma opinión, Pantaleón Prieto, A. F. (1993). “Comentario al artículo 1.902”, en Paz-Ares Rodríguez, C. (Dir.), Comentario del Código Civil, vol. 2, Ministerio de Justicia, Madrid, pág. 1973, pág. 1973, Silva Sánchez, J. M. (2001). “¿Ex delicto? Aspectos de la llamada “responsabilidad civil” en el proceso penal”. InDret[Recurso electrónico], n° 3, pág. 3 y García-Pablos de Molina, A. (2006). Introducción al Derecho penal, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, pág. 154.

⁶⁷ *Amplius*, recientemente, Pantaleón Díaz, M. (2022). Delito y responsabilidad civil extracontractual. Una dogmática comparada, Marcial Pons, Madrid, *passim* y Posada Pérez, J. A. (2022). Op. Cit., págs. 55-156.

del ilícito civil, mientras que la penal surge del delito en sentido material, esto es, a partir de la constatación de la acción, típica, antijurídica, culpable y punible. La primera tiene un carácter eminentemente resarcitorio, en tanto en cuanto persigue restaurar el daño ocasionado, mientras que la segunda tiene un carácter aflictivo, pues persigue causar un mal o tormento al reo – lo cual, a su vez, se enlazaría con las funciones retributivas y/o preventivas de la pena. Al respecto, cabría traer a colación una de las frases más célebres de BINDING: “La pena debe provocar una herida, el resarcimiento del daño curar otra”. En este sentido, la responsabilidad civil es de carácter privado, pues se responde ante el sujeto particular, mientras que la responsabilidad penal es de carácter público, porque se responde ante la colectividad. Igualmente, el principio rector básico de la responsabilidad civil es el principio de reparación integral del daño, en virtud del cual éste debe venir resarcido en su totalidad. Por esta razón, el foco en la construcción dogmática se coloca en las consecuencias del comportamiento del sujeto, esto es, en el daño. De forma congruente, cabe responder civilmente de forma objetiva, es decir, sin dolo o culpa en el actuar, aunque el sistema básico es la responsabilidad por culpa, según el cual se responde a partir de la apreciación de ésta en su más mínimo grado – *in lege aquilia et levissima culpa venit*. En tal línea, también es posible responder por hecho ajeno – al tratarse, además, de una obligación no personalísima. Asimismo, al estar catalogada como una obligación privada, ésta puede ser transmisible de forma activa y pasiva. De la misma manera, y considerando su carácter netamente patrimonial, la responsabilidad civil es completamente asegurable – a diferencia de la penal.

Por el contrario, la construcción de la responsabilidad penal se focaliza en el reproducible comportamiento del sujeto más que en los efectos de éste. Los principios rectores en este caso son, por un lado, el principio de legalidad, en tanto en cuanto la conducta del sujeto deberá constituir formalmente un delito y, por otro lado, en el principio de culpabilidad – entendido desde un punto de vista político-criminal amplio. A partir de este segundo principio, surge la principal consecuencia de la responsabilidad penal, y es que se exige que la responsabilidad criminal sea de carácter personal. Igualmente, se estima necesario que el comportamiento haya sido realizado con dolo o imprudencia, rechazándose los supuestos de responsabilidad objetiva o por el resultado – en marcado contraste con la responsabilidad civil. Asimismo, se exige que el sujeto tenga capacidad de imputabilidad personal o culpabilidad penal en sentido estricto. Además, la responsabilidad penal es graduable dentro del marco de la

pena, mientras que en sede de responsabilidad civil, aunque se responde siempre por la totalidad del daño causado y no por el comportamiento en sí, puede llegar a tenerse en cuenta la entidad de la relevancia del comportamiento del sujeto en la producción del evento dañoso en aquellos casos de pluralidad de causas en el acaecimiento del daño (por ejemplo, en supuestos de concurrencia de culpas *ex art. 114 CP* o de varios causantes *ex art. 116.2 CP*). Consecuentemente, se puede limitar la responsabilidad civil del sujeto en este tipo de casos. Por lo demás, en Derecho penal es posible responder en supuestos de tentativa (*art. 62 CP*), cosa que resulta impensable en Derecho civil si no se ha constatado un daño.

Desde el punto de vista procesal también existen importantes diferencias, apreciándose ante todo una disminución de las garantías en sede iusprivatística. De esta forma, en sede penal debe tratarse al investigado como si fuera inocente hasta que se haya demostrado lo contrario como consecuencia directa del principio de presunción de inocencia (*art. 24.2 CE*). El proceso penal es de carácter acusatorio y, por ello, no es posible invertir la carga de la prueba sobre el sujeto de tal manera que sea el propio investigado quien deba demostrar su inocencia. Por el contrario, en sede civil es posible esta inversión de la carga de la prueba – así de hecho lo establece el párrafo final del artículo 1903 CC para algunos supuestos de responsabilidad por hecho ajeno. Por otro lado, es retroactiva la ley penal favorable al reo como regla general (*arts. 9.3 CE y 2.2 CP*) mientras que la ley civil es irretroactiva salvo que se disponga lo contrario (*art. 2.3 CC*). Por último, responsabilidad civil y penal se diferencian asimismo en sus causas de extinción (*cf. arts. 130 CP y 1156 CC*) y en sus correspondientes los plazos de prescripción (*cf. arts. 131 y 133 CP vs 1968.2 CC y 1964.2 CC* así como la normativa especial).

2.2. La construcción del sistema

2.2.1. Sobre la naturaleza jurídica de la institución

Ante todo, debe resaltarse que el modelo de responsabilidad civil *ex delicto* es una institución de carácter completamente privado. Hoy en día, son pocos los autores que defienden una postura contraria⁶⁸. De

⁶⁸ Sobre esta tesis, difusamente, Posada Pérez, J. A. (2022). *Op. Cit.*, págs. 179-196. A favor de la naturaleza jurídica privada, por todos, Mir Puig, S. (2016). *Op. Cit.*, págs. 49-50, García-Pablos de Molina, A. (2006). *Op. Cit.* págs. 163-164 y Silva Sánchez, J. M. (2001). *Op. Cit.*, pág. 3. Opinión unánime entre los civilistas, *e. gr.* Roca Trías, E. y Navarro Michel, M. (2016). *Derecho de daños. Textos y materiales*, Tirant lo Blanch,

cualquier forma, los argumentos más relevantes en este sentido son: la declaración que realiza el propio legislador en la Disposición Final Sexta del Código Penal así como el diferenciado tratamiento normativo de esta materia tanto en la legislación penal como a lo largo de su tramitación parlamentaria;⁶⁹ también su carácter resarcitorio, transmisible, asegurable y disponible, cualidades simplemente impensables en sede de responsabilidad penal, e igualmente el hecho de contar con causas de extinción idénticas al resto de obligaciones privadas. Asimismo, se ha argumentado que el juego de remisiones internas es otro argumento a favor de la naturaleza privada, ya que las lagunas del régimen *ex delicto* deberán subsanarse con los correspondientes preceptos del Código Civil⁷⁰. En cambio, el argumento de la ubicación de la responsabilidad civil en el Código Penal es un motivo irrelevante de cara a su naturaleza jurídica, pues en el mismo cuerpo legal se regulan actualmente materias civiles y procesales – como así lo demuestra, entre otras normas, la propia Disposición Final Sexta. Tampoco es válido el argumento de que la responsabilidad civil *ex delicto* surge del delito, por el contrario, no existe una correlación directa o automática entre el delito y la responsabilidad civil – como podría dar a entender algún precepto, por ejemplo los artículos 109.1 o 116.1 CP. La ejecución de un hecho delictivo no siempre lleva aparejada la correspondiente responsabilidad civil. De la misma forma, tampoco son importantes los aspectos procesales, especialmente en lo que se refiere a la vía en la que se sustancia la pretensión resarcitoria, pues poco o nada aportan al debate sobre el aspecto sustantivo de la cuestión, es decir, sobre su naturaleza jurídica material. Habrá que atenerse, naturalmente, a otro

Valencia, págs. 58-59 y Díez-Picazo, L. (1999). Derecho de daños, Civitas, Madrid, págs. 275-278. De otra opinión, *cf.*: Hortal Ibarra, J. C. (2014). “La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto*: o cómo “resolver” la cuadratura del círculo”. InDret [Recurso electrónico], nº 4, *passim* y Tamarit Sumalla, J. M. (1994). Op. Cit., págs. 57-58.

⁶⁹ Disposición Final Sexta CP: “El Título V del Libro I de este Código (entiéndase, el referente a la responsabilidad civil derivada del delito) (...) tiene(n) carácter de Ley ordinaria”. En este sentido, durante la tramitación del Proyecto de Código Penal, la Ponencia de la Comisión de Justicia fue requerida a justificar el carácter orgánico u ordinario de los diferentes preceptos, particularmente en lo que concernía la referida Disposición Final (*vid.* Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados, serie A: Proyectos de Ley. Nº 77 – 1, 26 de septiembre de 1994, pág. 1). Por su parte, la Ponencia indicaría sobre el referido requerimiento: “Únicamente las normas del Código Penal que no tengan carácter penal sino procesal o civil –a no ser que en particular desarrollen su derecho fundamental– deben tener el carácter de ley ordinaria” (*Vid.* Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados, serie A: Proyectos de Ley. Nº 77 – 10, 26 de junio de 1995, págs. 663 – 664).

⁷⁰ García-Pablos de Molina, A. (2006). Op. Cit. pág. 158.

tipo de rasgos. Aun en este sentido, ya resaltábamos que el modelo es de tipo acumulatorio y que, en consecuencia, permite ejercitar dos acciones bien diferenciadas en una misma vía, por lo que si se quiere acudir al argumento procesal, no debe atenderse la vía, sino el tipo de acción que se ejecuta y al contenido sustantivo de ésta: acción resarcitoria de daños.

2.2.2. El nacimiento de la responsabilidad civil *ex delicto* y la estructura de la norma generadora

En lo que respecta a las problemáticas del nacimiento de la responsabilidad así como a la estructura de la norma, puede apreciarse cómo la mal llamada responsabilidad civil “derivada de delito” no nace ni del delito formal ni del delito material. Así lo indican expresamente múltiples artículos del Código Penal. Por ejemplo, la obligación del tercero a restituir el bien, aunque lo haya adquirido legalmente y de buena fe (*vid.*, art. 111 CP), la expresa responsabilidad de las aseguradoras (*vid.*, art. 117 CP), las múltiples excepciones a la regla general de la responsabilidad civil del responsable criminal (*vid.*, arts. 118 y 120 CP) y la responsabilidad a título lucrativo (*vid.*, art. 122 CP). La responsabilidad civil *ex delicto* no surge del delito, sino, a grandes rasgos, del ilícito civil – noción que, a su vez, se integra fundamentalmente por el concepto de daño⁷¹. Como decíamos, no en todos los supuestos en los que se aprecie responsabilidad penal surgirá responsabilidad civil y, del mismo modo, no en todos los casos en los que se genere la obligación de responder civilmente se generará responsabilidad penal. Son dos tipos de responsabilidad bien diferenciadas en sus caracteres y en sus presupuestos generadores. De esta forma, debemos subrayar que el *nomen iuris* tradicionalmente otorgado a la institución de nuestro interés no es correcto desde el punto de vista técnico. A pesar de ello, continuaremos refiriéndonos a la institución de esta misma forma por respeto a la nomenclatura tradicional y para diferenciarla del modelo previsto en el Código Civil⁷².

⁷¹ Por todos, Pantaleón Prieto, A. F. (1993). Op. Cit. págs. 1973-1976, Díez-Picazo, L. (1999). Op. Cit. pág. 278, Silva Sánchez, J. M. (2001). Op. Cit., pág. 4-5, García-Pablos de Molina, A. (2006). Op. Cit., pág. 154 y Roca Trías, E. y Navarro Michel, M. (2016). Op. Cit., págs. 58-59.

⁷² En este sentido, no quisiéramos dejar de hacer referencia en esta contribución, aunque sea a nivel de pie de página, a la injustificada dualidad normativa entre los modelos de responsabilidad civil “pura” y de responsabilidad civil *ex delicto*. Es una constante reivindicación en la toda obra de Yzquierdo Tolsada, M. (1997). Aspectos civiles del nuevo Código Penal (Responsabilidad civil, tutela del derecho de crédito, aspectos de Derecho de Familia y otros extremos), Dykinson, Madrid, p. 30.

Por otra parte, es conveniente realizar un importante matiz final. A pesar de que en el párrafo anterior referíamos que la responsabilidad civil *ex delicto* surgía, a grandes rasgos, del ilícito civil, lo cierto es que esta afirmación resulta incompleta. La norma jurídica que contempla el nacimiento de la responsabilidad civil derivada de delito exige, como regla general y a grandes rasgos, la constatación de un ilícito civil en el marco de unos hechos previamente subsumibles en un ilícito penal⁷³. Es decir, el razonamiento jurídico para el nacimiento de la responsabilidad civil *ex delicto* es el siguiente, en primer lugar, partir del previo análisis jurídico-penal que exige la estructura de la norma *ex delicto* para el nacimiento de esta responsabilidad. En este sentido, el primer requisito es la constatación de un ilícito penal. Naturalmente, dentro de esta primera fase, se seguirán analizando los hechos desde la perspectiva punitiva. A partir de aquí, y constatado este ilícito penal, deberán analizarse nuevamente los hechos para comprobar si, conforme a las normas de Derecho privado, puede surgir responsabilidad civil. En consecuencia, no es necesario que el daño sea elemento “típico” del delito en sí ni es necesario constatar la culpabilidad o la punibilidad penal, baste comprobar el contenido de los artículos del Código Penal. Por el contrario, delito y responsabilidad penal e ilícito civil y responsabilidad civil *ex delicto* pertenecen a planos jurídicos bien diferenciados. No son interdependientes ni aparecen vinculados entre ellos más allá de su constatación a partir de los mismos hechos. Consecuencialidad o simultaneidad no equivale a causalidad, y mucho menos a causalidad jurídica. Así, la estructura de la norma jurídica *ex delicto* exige, para el nacimiento de la responsabilidad civil derivada de delito, la constatación de sendos ilícitos –ubicados, nuevamente, en planos jurídicos diferenciados–.

2.2.3. El contenido de la responsabilidad civil derivada de delito

Los artículos 110 a 113 CP enlistan el contenido de la responsabilidad civil *ex delicto*, es decir, las diferentes modalidades a través de las cuales puede materializarse la prestación a imponer. En concreto, según el artículo 110 CP las tres modalidades que componen la institución de nuestro interés son: la restitución de la cosa (art. 111 CP), la reparación del daño

⁷³ Esta tesis parte de la distinción iusfilosófica entre texto normativo y norma jurídica para concluir que los artículos 109.1, 116.1 CP y 100 LECRIM, generalmente considerados como reguladores del nacimiento de la obligación civil *ex delicto*, resultan incorrectos y contradictorios entre sí. Al respecto, *vid.* Posada Pérez, J. A. (2022). *Op. Cit.*, págs. 196-221.

(art. 112 CP) y la indemnización del perjuicio (art. 113 CP). En el fondo, la fórmula establecida en el actual artículo 110 CP fue enunciada por primera vez en el artículo 115 CP 1848 y ha venido manteniéndose ininterrumpidamente en todos nuestros Códigos Penales históricos⁷⁴. De cualquier forma, se asegura que las modalidades ofrecidas por el artículo 110 CP configuran una lista cerrada⁷⁵. En consecuencia, y es necesario subrayarlo, el contenido real de la responsabilidad civil *ex delicto* no se corresponde con todas y cada una de las posibles consecuencias civiles que aparecen previstas en el Derecho privado, sino con las referidas modalidades. Recordemos en este punto que el artículo 1092 CC remite al Código Penal la regulación de las obligaciones civiles que pudieran “nacer” del delito. Sin embargo, lo cierto es que la referida norma no cumple con este criticable mandato. En este sentido, se ha criticado abiertamente la deficiencia de esta taxativa regulación, en particular su excesivo casuismo y su limitada operatividad técnica, ya que se entiende que ésta limita las posibles soluciones que se habrían podido adoptar en la vía civil⁷⁶.

3. SOBRE LAS FUNCIONES POLÍTICO-CRIMINALES DEL MODELO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO

Antes de pasar al análisis científico entre el modelo resarcitorio previsto en el AE-WGM y en el sistema de responsabilidad civil *ex delicto*, existe una cuestión de vital importancia a la que quisiéramos dedicar este apartado. Se trata de la problemática de las funciones político-criminales del modelo de responsabilidad civil derivada de delito. Ya desde el punto de vista de la congruencia interna del ordenamiento jurídico en su conjunto, resulta sorprendente que una institución de carácter civil venga analizada en el seno del proceso penal. En esta línea, una importante cuestión en este sentido es averiguar si esta responsabilidad civil *ex delicto* cumple o está llamada a cumplir alguna función político-criminal, o bien, si únicamente se basa en un criterio de simple y llana economía procesal.

⁷⁴ Al respecto, *vid.* arts. 115 CP 1848; 121 CP 1870; 72 CP 1928; 103 CP 1932; 101 CP 1944; 101 CP 1963 y 101 CP 1973.

⁷⁵ López Beltrán de Heredia, C. (1997). Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 24.

⁷⁶ Yzquierdo Tolsada, M. (1997). *Op. Cit.*, pág. 31. Con anterioridad, Quintano Ripollés, A. (1963). *Curso de Derecho Penal*, t. I., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, pág. 551 expuso que sería más razonable manejar un concepto amplio de reparación que diese cabida a aquella pretensión compensatoria que pudiera ejecutarse en beneficio de los perjudicados.

3.1. *Opiniones doctrinales defensoras del uso político-criminal*

Sobre la cuestión, parte de la doctrina más reciente (teniendo presente que estamos hablando de un modelo que ya cuenta con dos siglos de antigüedad) parece posicionarse a favor de la primera de las direcciones. Al respecto, MIR PUIG indicaría de forma expresa que el uso político-criminal de la responsabilidad civil *ex delicto* no ha de oscurecer la naturaleza conceptual. Se trataba, en el fondo, de una corrección que el prestigioso autor realizaría para corregir unos planteamientos que había defendido anteriormente. Así, finalmente rechazaría que las prescripciones reguladoras de la responsabilidad civil *ex delicto* formaran parte del concepto de Derecho penal. Sin embargo, y aquí viene lo que nos interesa, entendía que ello no obsta a que pueda resultar oportuno contemplar la responsabilidad civil desde el prisma de los intereses de la política criminal, como un arma civil a utilizar en el tratamiento del delito⁷⁷. En una línea similar, TAMARIT SUMALLA indicaría que el criterio legal atribuye directamente una naturaleza sancionadora a esta medida civil, concediéndole una dimensión pública que es consecuente con la incardinación de la protección a la víctima del delito dentro de los principios rectores de la política criminal. En su opinión, el Código Penal hace bien al no considerar la reparación al perjudicado como una mera consecuencia de la pena, ya que resultaría una consecuencia del delito⁷⁸. También veíamos *supra* cómo QUINTERO OLIVARES había defendido la importancia de incluir la reparación de forma explícita entre los objetivos político-criminales. Entiende que esta reparación no ha sido declarada expresamente como objetivo prioritario del Derecho penal, sino que, en su opinión, ésta pareciera más bien un objetivo secundario⁷⁹. Así, expone que las normas *ex delicto* participan en alguna medida de la función propia de las leyes penales. De lo contrario, considera que si se llegase a la conclusión de que las reglas de la responsabilidad civil derivada de los delitos no forman parte de una política legislativa penal global lo mejor será que estas

⁷⁷ Mir Puig, S. (2016). Op. Cit., pág. 49-51.

⁷⁸ Tamarit Sumalla, J. M. (1994). Op. Cit., pág. 57-58. Téngase en cuenta que esta contribución fue publicada antes de la aprobación del actual Código Penal, es decir durante la vigencia del CP 1973, por tanto, el precepto regulador de la problemática del nacimiento no eran los actuales arts. 109.1 y 116.1 CP, sino el art. 19 CP 1973 y su controvertida fórmula “*Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente*”, la cual, como ya sabemos, contaba con múltiples excepciones. De cualquier manera, resulta clara y manifiesta la posición del autor acerca de la naturaleza jurídica sancionadora de la responsabilidad civil *ex delicto* así como su incorporación dentro de los principios rectores de la política criminal.

⁷⁹ Quintero Olivares, G. (2001). “La llamada...”. Op. Cit., págs. 20-21.

normas sean retiradas del Código Penal y remitidas al Código Civil⁸⁰. En esta línea, estima que una de las funciones de la reparación en los sistemas penales de nuestro tiempo pudiese ser evitar el recurso a la pena, especialmente la de prisión – todo ello sin olvidar que en delitos graves no es concebible una reparación suficiente⁸¹.

3.2. Opiniones doctrinales partidarias de la economía procesal

De otra parte, diversos autores entienden que el fundamento principal o razón de ser del sistema de responsabilidad civil *ex delicto* no es otro que la economía procesal⁸². Desde luego, el argumento histórico, como hemos visto, así lo demuestra. Pero es que también apunta en esta línea el argumento doctrinal de corte tradicionalista. En efecto, la respuesta por parte de la doctrina más clásica no sólo ha sido la completa separación entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, sino la afirmación de que, además, la reparación civil no atenúa ni afectaba a la responsabilidad penal con carácter general⁸³. Esto se debe a que el cumplimiento de la responsabilidad civil *ex delicto* no cumple, por sí sola, ninguna función penal explícita⁸⁴. La razón es que el modelo no está concebido penalmente ni recibe un tratamiento jurídico explícitamente vinculado a las bases del Derecho penal, aunque subsidiariamente se le pretendan atribuir funciones político-criminales. De hecho, resulta conveniente resaltar que las reformas legislativas más recientes han venido otorgando cada vez más y

⁸⁰ Quintero Olivares, G. (2001). “La función de la responsabilidad civil y del perjuicio en la política penal”, en Martínez-Calcerrada y Gómez, L. (Coord.), Homenaje a Don Antonio Hernández Gil, vol. 3, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, pág. 3205.

⁸¹ Quintero Olivares, G. (2004). “La responsabilidad civil y la reparación en la política criminal contemporánea”. Cuadernos de Derecho Judicial, nº 16, págs. 20-22.

⁸² De este parecer, por todos, Pantaleón Prieto, A. F. (1993). Op. Cit., pág. 1973, Silva Sánchez, J. M. (2001). Op. Cit., pág. 3 y García-Pablos de Molina, A. (2006). Op. Cit., pág. 154.

⁸³ Por todos, Cuello Calón, E., (1981). Derecho penal, t. 1 (Parte General), vol. 2, Bosch, Barcelona, 1981, pág. 809: “*Ante todo debe tenerse presente que la reparación de los daños del delito no atenúa ni produce efecto alguno sobre la pena correspondiente al hecho punible en cuestión. El que malversa, el que hurta, el que estafa, aun cuando reintegren con posterioridad a la infracción todo o parte de lo malversado, hurtado o estafado, no obtendrán por ello atenuación alguna de la penalidad imponible, salvo en el caso de reparación de los efectos del delito a que se refiere la atenuante 9ª del art. 9º (CP 1973)*”.

⁸⁴ Cosa que llega a reconocer Quintero Olivares, G. (2002). “La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil”, en Quintero Olivares, G., Cavanillas Múgica, S. y De Llera Suárez-Bárcena, E. La Responsabilidad civil “ex delicto”, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pág. p. 30, indicando que la reparación del perjuicio no encaja completamente en el fundamento y el fin de las penas.

más protagonismo a la reparación del daño *lato sensu*. Así, actualmente en nuestro ordenamiento se le reconocen importantes beneficios penales y penitenciarios al cumplimiento de la responsabilidad civil *ex delicto*: como atenuante (art. 21 5ª CP), causa de exclusión de la punibilidad (*e. gr.* en delitos contra los derechos de los trabajadores, art. 314 CP), aplicación de importantes rebajas de pena (*e. gr.* en delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, art. 340 CP), suspensión de penas privativas de libertad (art. 80 CP), obtención del tercer grado (art. 72 apartados 5 y 6 LOGP), obtención de la libertad condicional (art. 90 CP) y suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable (art. 92 CP). No obstante, más allá de que se suelen exigir varios requisitos junto a la “reparación”, todos estos efectos penales y penitenciarios parten de un concepto de reparación que no necesariamente coincide con el de los contenidos propios de la responsabilidad civil *ex delicto* – a pesar de que es su cumplimiento el que se toma como referencia en este sentido.

En esta línea, únicamente la aplicación de la atenuante del artículo 21 5ª CP parece tener efectos prácticamente automáticos tras el cumplimiento de la obligación resarcitoria,⁸⁵ y con todo, exige una “reparación” que no coincide estricta y necesariamente con el íntegro cumplimiento de la responsabilidad civil *ex delicto*⁸⁶. Al respecto, debe resaltarse además que, fuera del ámbito de la atenuante, tampoco suele exigirse la reparación en sí, sino el esfuerzo por reparar. Por ejemplo, respecto a la suspensión, el artículo 80.1 párrafo 2ª CP menciona varias circunstancias a tener en cuenta para poder concederla, entre las que destaca “*en particular su esfuerzo para reparar el daño causado*”. Lo mismo se prevé en las reglas especiales contenidas en los artículos 80.2 y 80.3 CP, así como el artículo 86.1 d) CP respecto a la revocación de la suspensión. En cuanto al tercer grado, el artículo 72.5 LOGP exige, entre otros requisitos, haber “*satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito*” y acto seguido señala “*considerando (...) las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil*”. Igualmente, el artículo 90.1 CP remite, con carácter general, a los criterios señalados en el artículo 72.5

⁸⁵ Cuestión que es motivo de una constante crítica en la obra de Garro Carrera, E. (2019). “Reparación e individualización de la pena: insuficiencias de lege data y de la praxis jurisprudencial”, en *La ejecución de las penas*, Cuadernos penales José María Lidón, nº 15, *passim*.

⁸⁶ *Vid.* art. 21 5ª CP. “*Son circunstancias atenuantes: (...) “La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos (...)”*”.

LOGP para otorgar la libertad condicional. En un sentido similar se pronuncian las reglas especiales de los artículos 90.2 y apartados siguientes LOGP. En este orden de cosas, parece que el Derecho penal no exige la efectiva e íntegra reparación del daño, sino más bien el esfuerzo o interés por reparar, lo cual contradice, directamente, el fundamento principal de la responsabilidad civil – esto es, el principio de reparación integral del daño causado.

Sin embargo, a esta primaria conclusión hay que aportarle algunos matices de importancia, y es que el contenido literal de algunos preceptos sí parece exigir la efectiva e íntegra reparación. Por ejemplo, en cuanto a la reparación como causa de exclusión de la punibilidad en sede de delitos contra los derechos de los trabajadores del artículo 314 CP se exige restablecer “*la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado*”. Por otra parte, respecto a la aplicación de rebajas de pena en el ámbito de los delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo, protección del medio ambiente y patrimonio histórico el artículo 340 exige, de manera categórica, haber procedido a reparar el daño causado. No obstante, el artículo 434 CP, en sede de malversación, exige efectivamente reparar de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público, sin embargo, a esta conducta viene equiparada la colaboración activa con las autoridades o sus agentes. ¿Es quizás entendida por el legislador como una reparación simbólica o *sui generis*? Ciertamente, el completo análisis de los preceptos relativos a la exclusión de la punibilidad, tipos privilegiados o rebajas de pena requeriría de trabajos mucho más profundos y minuciosos para poder delimitar con precisión el contenido de cada artículo, lo cual excede con creces el objetivo de este trabajo. En todo caso, y más allá de esta eventualidad, parece que estos pequeños matices, de los que hay que precisar el alcance, no son capaces, a nuestro modo de ver, de revertir el estado general de la cuestión. El modelo resarcitorio previsto en nuestro ordenamiento se basa en postulados utilitarios de tipo acumulatorio. No está concebido penalmente ni ejercita funciones penales explícitas por sí solo – aunque éstas se le pretendan atribuir de forma expresa a través de la renuncia a la pena o su rebaja fundamentalmente.

IV. ANÁLISIS Y CONTRASTE DE LOS MODELOS

En esta última parte de nuestra contribución, quisiéramos detenernos especialmente en contrastar las ventajas y desventajas de los dos

modelos resarcitorios objeto de nuestro trabajo. Para ello, resaltaremos aquellos aspectos que nos resulten más relevantes y, más allá de recopilar o repetir los argumentos ya referidos *supra* en uno u otro sentido, procederemos a matizarlos a partir de nuestro punto de vista sobre los mismos.

1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO

Como puede intuirse a partir de la problemática que analizábamos en el apartado anterior, la crítica más básica que el penalista pudiera realizar al modelo de responsabilidad civil *ex delicto* desde el exclusivo interés de su disciplina no es otra que la ausencia de una utilidad y de unos planteamientos teóricos basados en el Derecho penal. Como decíamos, el modelo *ex delicto* no está concebido penalmente ni recibe un tratamiento jurídico explícitamente vinculado a las bases del Derecho penal. Todo ello aunque subsidiariamente se le pretendan atribuir funciones político-criminales sin una base jurídica clara. Ciertamente, el reciente fomento de la reparación en Derecho penal se encaminó en esta dirección y tomó como referencia el modelo ya insertado en el ordenamiento – de forma muy criticable, como veremos a continuación. Hasta entonces, como decíamos, el cumplimiento de la responsabilidad civil *ex delicto* no tenía relevancia penal ni penitenciaria⁸⁷. Actualmente, como puede comprobarse, la realidad es bien distinta y se reconocen importantes beneficios penales y penitenciarios al “cumplimiento” de la responsabilidad civil *ex delicto*. Con todo, debe acentuarse que el modelo resarcitorio previsto en nuestro ordenamiento es un sistema mucho más complejo que el AE-WGM, que presenta unos fundamentos teóricos bastante más profundos y consolidados que los desarrollados por el Proyecto Alternativo y que cuenta con importante arraigo en nuestro ordenamiento.

En este orden de cosas, quisiéramos mencionar una puntualización que realizó en su momento QUINTERO OLIVARES, pues entendemos que este autor plantea la cuestión en lo que nosotros creemos que son sus justos términos. Así, acerca de la problemática de la responsabilidad penal y la responsabilidad civil, puntualizó que ciertas cuestiones quizás deberían replantearse de un modo mucho más reposado. Por ejemplo, qué es exactamente lo que se persigue en el Derecho penal procesal y material a través de la exigencia de la responsabilidad civil *ex delicto*, qué importancia va a tener en sede punitiva y cuál va a ser la trascendencia

⁸⁷ Con la evidente excepción de la atenuante que ya nos indicaba *supra* CUELLO CALÓN. Al parecer, esta atenuante apareció por primera vez en el art. 64 6º CP 1928.

de las consecuencias civiles en comparación con las penales⁸⁸. En definitiva, la problemática de nuestro sistema resarcitorio en sede penal no debe abordarse desde el sofisma del falso dilema: responsabilidad civil *ex delicto*, ¿sí o no?; sino desde una perspectiva más bien socrática, es decir: responsabilidad civil *ex delicto*, ¿por qué y para qué? Efectivamente, si colocamos nuestra atención en el Derecho penal, cabría preguntarse si este modelo *ex delicto* resulta verdaderamente satisfactorio para los intereses de nuestra rama de estudio.

De esta forma, particularidades propias del Derecho de daños resultan completamente irrelevantes para el Derecho punitivo – aun admitiendo la relevancia penal o penitenciaria de reparar el daño causado. En este sentido podríamos citar expresamente la condena civil a terceros no intervinientes en los hechos o a los irresponsables penales. ¿Qué sentido tiene entonces conceder responsabilidad civil en aquellos casos en los que no se responde penalmente y, en consecuencia, no se salvaguarda el interés público sino el enteramente privado? Incidiendo también en este argumento, ¿por qué se condena o se concede responsabilidad civil a terceros no intervinientes en los hechos? Como decimos, muchas son las dudas que desde el exclusivo punto de vista político-criminal ocasiona este modelo, así como las consecuencias penales y/o penitenciarias de su satisfacción. Por ejemplo, en esta línea, ¿es razonable que repare civilmente un tercero y que los beneficios penales o penitenciarios los obtenga el propio reo? Véase, por ejemplo, el artículo 61.3 LORRPM que prevé la responsabilidad civil solidaria del menor que comete un delito junto a la de sus padres. Más allá del caso concreto, de la solución que se adopte y de cómo se acabe resarciendo a los perjudicados finalmente, entendemos que es razonable, por lo general, cuestionar la efectividad de la capacidad resarcitoria real de un menor a la hora de hacer frente a su responsabilidad civil. Igualmente, cabe enmarcar en esta línea de hacer efectivo el principio civil de reparación integral del daño causado y no, por el contrario, en el exclusivo ejercicio de funciones político-criminales, el continuo interés del legislador en buscar nuevos responsables civiles así como la flexibilidad de la jurisprudencia a la hora de aplicar los requisitos legales para que responda un tercero⁸⁹.

Por lo expuesto, pareciera que la construcción del modelo *ex delicto* no se encuentra articulada con el objetivo de cumplir funciones de carác-

⁸⁸ Quintero Olivares, G. (2002). Op. Cit., pág. 28.

⁸⁹ De forma crítica, Quintero Olivares, G. (2002). Op. Cit., pág. 28. Algo más recientemente, Roig Torres, M. (2010). La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas. Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 445-447.

ter político-criminal. A pesar de que existan algunos sectores doctrinales que tienden a observar la institución desde el exclusivo punto de vista de las ciencias penales, consideramos que esta tesis no resulta correcta y que presenta la gran desventaja de desnaturalizar los planteamientos y contenidos propios de una institución civil en nombre del Derecho penal. Por el contrario, la institución debe ser observada, no desde el punto de vista jurídico-penal o político-criminal, sino desde la óptica de la totalidad del ordenamiento jurídico en su conjunto – así entendemos que lo demuestra el argumento histórico y el argumento dogmático. En consecuencia, el fundamento natural del modelo de responsabilidad civil *ex delicto* en nuestro sistema jurídico es de carácter utilitario y se basa en la economía procesal o acumulación de acciones. No obstante, lo cierto es que, aun considerando este segundo punto de vista, el modelo no resulta exento de críticas y polémicas de todo tipo⁹⁰. Quizás la más importante de todas sea aquella relativa a la idoneidad del proceso penal para hacer valer las pretensiones resarcitorias. ¿Es el proceso judicial penal el marco adecuado para que se promuevan acuerdos y/o condenas privadas entre acreedores y deudores? Tal planteamiento parecería exceder las funciones propias del proceso penal. Ciertamente, si sólo se persigue el resarcimiento del daño, es probable que resulte más conveniente acudir a la vía civil, por ejemplo en supuestos de responsabilidad objetiva o por culpa presunta. Se trata, en el fondo, de un problema de estrategia procesal. También debe tenerse en cuenta que los hechos probados no se reconstruirán incidiendo particularmente en la tutela de las pretensiones privadas, sino de acuerdo con los intereses propiamente penales. Además, es posible que el daño que se pretende resarcir supere la esfera propiamente delictiva y que, consecuentemente, no quede compensado. De otro lado, son bien conocidos los abusos de la acción privada en sede punitiva, obligando al causante a cumplir con sus obligaciones civiles bajo la amenaza de la respuesta penal prevista por el ordenamiento⁹¹.

Finalmente, en lo que respecta a los diferentes beneficios penales y penitenciarios que comporta su satisfacción, la nota más relevante es que, como decíamos, no se exige su efectivo e íntegro cumplimiento en todo caso. Por todo lo expuesto hasta ahora, nos resulta evidente que la forma en la que se exige su satisfacción para otorgar los referidos be-

⁹⁰ Sobre las controversias del modelo, Posada Pérez, J. A. (2022). Op. Cit., págs. 169-179.

⁹¹ Ampliamente, por todos, Yzquierdo Tolsada, M. (2005). “Querellas chantajistas y derecho civil light”. Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, nº 15, *passim*.

neficios resulta un tanto irregular desde el punto de vista de la naturaleza jurídica privada que caracteriza a la institución. En consecuencia, más allá del debate acerca de la conveniencia político-criminal de otorgar relevancia penal a actos reparatorios o no, entendemos que no sería apropiado, al menos con carácter general, tomar como referencia los postulados propios del modelo de responsabilidad civil *ex delicto* para de ahí inferir que se ha realizado una reparación penalmente relevante. Efectivamente, sobre esta cuestión relativa a la relación entre el Derecho penal y el Derecho civil, el propio ROXIN llegó a vaticinar que en el futuro será necesaria una reaproximación entre ambos sectores del ordenamiento⁹². Sin embargo, parece que, más allá de la referida irregularidad en la aproximación conceptual y ontológica de la responsabilidad civil *ex delicto* en sede penal, no se tiene conocimiento (hasta donde nos consta) de ningún planteamiento teórico novedoso en este sentido. Por consiguiente, no tenemos más remedio que seguir reivindicando el máximo rigor en la interpretación y en la aplicación de las instituciones de nuestro ordenamiento.

2. EL PROYECTO ALTERNATIVO ALEMÁN

De otra parte, la mayor ventaja con la que cuenta el AE-WGM es precisamente el hecho de configurarse como un modelo planteado desde y para las bases del Derecho penal. Sin embargo, paradójicamente, ésta también es su mayor crítica. Examinemos entonces los diferentes argumentos de forma detenida.

2.1. Acerca de los argumentos a favor de su adopción

Como decíamos, a favor del modelo suelen resaltarse las limitaciones del sistema *ex delicto*, especialmente en lo que se refiere a la efectiva atención a la víctima. Sin embargo, cabe objetar que la atención a la víctima no es, en puridad, la función propia de la responsabilidad civil *ex delicto*. Por el contrario, el cometido de esta institución es compensar o equilibrar el menoscabo causado a través de la condena a la reparación del daño ocasionado. Nada más (y nada menos). La debida atención a la víctima es, probablemente, una cuestión de un eminente carácter procesal, en el sentido de que ésta vea reconocida su dignidad y sus derechos a lo largo del tortuoso proceso penal. Cuestión diferente es si la atención

⁹² Roxin, C. (1999). Op. Cit., pág. 14.

a los intereses de la víctima debe encontrar cabida en las instituciones propias del Derecho penal sustantivo. Por nuestra parte, y con carácter general, entendemos que no. Por otro lado, también suele alegarse que el esfuerzo por reparar no es objeto de especial consideración en el sistema resarcitorio *ex delicto*. Al respecto, es necesario recordar el sentido utilitario y acumulativo del modelo. Una vez más, debemos resaltar que el sistema resarcitorio mencionado no tiene un planteamiento destinado a ejercitar funciones político-criminales, por lo que resulta natural que el modelo *ex delicto* no tenga en cuenta caracteres de interés punitivo como norma general. Ahora bien, sabemos que aun así el ordenamiento reconoce una serie de beneficios penales al cumplimiento (*lato sensu*) de la responsabilidad civil *ex delicto*. De nuevo, nos remitimos a las consideraciones anteriormente referidas. El ordenamiento jurídico-penal no exige, en todo caso, la íntegra satisfacción de la responsabilidad civil *ex delicto* para la concesión de beneficios penales y/o penitenciarios, sino que su atención se centra, más bien, en este interés o esfuerzo por realizar su cumplimiento, con algunas pequeñas (aunque notables) excepciones que parecen poder encontrarse en la literalidad de algunas normas. En consecuencia, y desde nuestro punto de vista, no resulta completamente apropiado señalar de forma concluyente que nuestro sistema facilita los referidos beneficios penales o penitenciarios a aquellas personas con mayor poder adquisitivo frente a otros reos de menor solvencia, además de por lo expuesto, por las razones que abordaremos a continuación.

En esta línea, otra crítica frecuentemente aducida es la superficialidad de la reparación netamente patrimonial. Al respecto, es cierto que la reparación pecuniaria o indemnización del perjuicio (art. 113 CP) parece ser la modalidad más empleada de la responsabilidad civil *ex delicto*,⁹³ aunque no es la única. Junto a ella se encuentran la restitución de la cosa (art. 111 CP) y la reparación del daño (art. 112 CP sobre la reparación *in natura* o en especie), aunque bien es cierto que ambos preceptos cuentan con una aplicabilidad real verdaderamente dudosa⁹⁴. De cualquier forma, resulta que la liquidez del dinero presenta una serie de ventajas de cara a la reparación que, en el fondo, supera sus inconvenientes como mecanismo resarcitorio. Esta liquidez permite que el dinero sea una medida más o menos confiable, aunque ciertamente debatible, para cuantificar el menoscabo sufrido y consecuentemente compensarlo de forma ágil –a pesar de que éste sea considerado como un daño “irreparable”–.

⁹³ Así lo pone de manifiesto Roig Torres, M. (2010). Op. Cit., pág. 189.

⁹⁴ *Amplius*, sobre las tres modalidades, Posada Pérez, J. A. (2022). Op. Cit., págs. 196-221.

Se trata de un mecanismo cómodo para el juez, para el perjudicado y, por supuesto, para el obligado civil. Es un mecanismo cómodo porque, una vez declarados los presupuestos generadores, simplemente se procede a declarar el daño civil y a cuantificar la cantidad en la que se tasa el menoscabo sufrido. Igualmente, su cumplimiento (así como su control o ejecución) consiste en el simple y llano desembolso económico en contraste con el trabajoso control que conlleva la realización de cualquier otro tipo de prestaciones no dinerarias. La mayor crítica, ciertamente, es que hay una serie de daños que, con dificultad, son traducibles en dinero, como los daños morales puros. No obstante, y más allá de los problemas éticos o prácticos a la hora de cuantificar el menoscabo moral, lo cierto es que debe siempre recordarse que la acción civil de resarcimiento de daños es de carácter disponible y que existen otras fórmulas para solventar la problemática compensatoria, por lo que materialmente puede resolverse la problemática a través de un acuerdo entre las partes que implique algo más que una transacción monetaria y, consecuentemente, se ponga fin a la vía judicial. De cualquier forma, es cierto que dependerá siempre del caso concreto, de la capacidad resarcitoria real del sujeto (no sólo económica), de los perjudicados y, por supuesto, de la voluntad de estos dos en llegar a un acuerdo. No obstante, reconocemos que no siempre podrá ser posible resarcir todo tipo de daños de forma satisfactoria.

También en este sentido, el contenido real de la reparación simbólica nos suscita importantes dudas. ¿Es en el fondo un *nomen iuris* destinado a englobar toda aquella prestación realizada por el reo que no consista en una compensación material a la víctima del delito? Entonces, ¿el hecho de reparar a terceros perjudicados por el delito se consideraría también reparación simbólica? Así lo parece desde luego. En todo caso, y más allá de esta cuestión léxica, la reparación simbólica incluye un amplísimo catálogo de prestaciones que pueden acordarse, lo cual, ciertamente, resulta digno de alabar. La capacidad resarcitoria real del sujeto es la principal medida a tener en cuenta para determinar qué tipo de prestaciones penalmente relevantes puede éste realizar. Así parecen considerarlo tanto la pena de trabajos en beneficio de la comunidad como el tratamiento de la reparación que realiza la propia LORRPM – la cual, claramente, supera los contenidos netamente jurídico-privados para apostar por un modelo reparatorio de corte sancionatorio-educativo. En este orden de cosas, los defensores del Proyecto acentúan la necesidad de que los mecanismos resarcitorios previstos en nuestro sistema superen el contenido de la reparación íntegramente patrimonial, apostando decididamente por la admisión de la reparación simbólica. En su opinión,

ello supondría una tutela más apropiada de los intereses y expectativas de las víctimas. Sin embargo, nos resulta un tanto criticable, por su simplismo, el hecho de arrogarse una opinión aparentemente unánime por parte de las víctimas. Efectivamente, puede constatarse fácilmente una disparidad amplísima de toda clase de víctimas y, entendemos, no existe una voz única. Por el contrario, estimamos que atender los intereses y expectativas de las víctimas implica, de alguna forma, permitirles que sean ellas quienes atiendan (o, mejor dicho, expongan) debidamente sus intereses propios. En el fondo, compartimos con estos autores la necesidad de que en el ordenamiento jurídico se prevean toda clase de mecanismos penales, pero también, resarcitorios para hacer frente al menoscabo. Sin embargo, entendemos que la última palabra corresponde a cada víctima y/o perjudicado no sólo en función del caso concreto, en cuanto a la entidad del menoscabo efectivamente causado, sino también en función de la capacidad resarcitoria real del sujeto obligado. No obstante, ¿hasta qué punto y cómo deben tenerse en cuenta los intereses y necesidades de las víctimas en el sistema penal? Toda esta cuestión, una vez más, vuelve a ser reconducible al terreno de los principios fundamentales del ordenamiento y, como recuerda GARCÍA ARÁN, los argumentos en uno y otro sentido tienen una considerable carga ideológica.⁹⁵

Otros argumentos vertidos a su favor son el deficiente trato de la pieza de responsabilidad civil en sede penal así como la reiterada falta de pagos. Efectivamente, estos argumentos resultan ciertos en su esencia más profunda. Por un lado, realmente suele prestarse poca atención a la pieza de responsabilidad civil en sede penal, ya que el objetivo fundamental de esta vía es la constatación del hecho delictivo. El resarcimiento de los daños es, muy a nuestro pesar, una cuestión accesorias que no sólo tiende a obviarse en sede procesal, sino que también suele ser desnaturalizada desde el punto de vista material. A nuestro modo de ver, los motivos estriban, además de en la accesoriedad de la acción en sí, en el tradicional desconocimiento de la materia así como en la sistematicidad del modelo, que aparece construido sobre el previo análisis penal. Todo ello crea un clima propicio para que la responsabilidad civil *ex delicto* sea observada desde el exclusivo punto de vista jurídico-penal. En segundo lugar, respecto a la reiterada falta de cumplimiento de la obligación civil, quizás la respuesta más simple se encuentre precisamente en el perfil socioeconómico general del reo promedio, así como en el interés de éstos por deshacerse de los efectos y beneficios del delito. No obstante, no creemos que

⁹⁵ García Arán, M. (2011). Op. Cit., págs. 450-451.

ninguno de los dos argumentos sea lo suficientemente sólido como para derogar el sistema *ex delicto* basándonos en él. Por un lado, en cuanto a la primera crítica debe seguirse reivindicando la importancia de la acción civil y sus contenidos en sede penal. La solución, por simple que parezca, no es otra que el estudio detenido y la debida atención. Respuesta rápida y cómoda, somos conscientes, pero también ardua y de difícil implementación a la luz del estado de las cosas. Por otro lado, respecto a la segunda crítica, ¿realmente se solucionan los problemas del cumplimiento efectivo relajando sus requisitos para darlo por satisfecho a través de su adaptación a la capacidad resarcitoria real del sujeto? Creemos que, en el fondo, no deja de ser una alteración de las variables de las que depende el resarcimiento con injustificados motivos estadísticos. El pretendido principio de garantía de éxito o resultado aplicado de esta forma no resulta completamente satisfactorio a nuestro modo de ver. Igualmente, también nos genera cierto escepticismo que, como argumento a favor del AE-WGM, se advierta sobre el riesgo de mercantilización de la responsabilidad civil *ex delicto* bajo la amenaza de una pena. ¿Realmente no existiría este riesgo si se adoptase la reparación como tercera vía? Nos resulta difícil de creer, máxime teniendo en cuenta sus (aún más) relevantes beneficios sobre la respuesta penal prevista por el ordenamiento.

Otra cuestión de interés es la declaración de que la reparación prevista en el AE-WGM es producto de una mediación y del principio de voluntariedad, mientras que la responsabilidad civil contemplada en el Código penal surge de forma coactiva tras un proceso adversarial. Efectivamente, las normas civiles en su conjunto revisten la característica de la coactividad, pues su cumplimiento puede llegar a imponerse por la fuerza en caso de no ser observadas de forma voluntaria. En cambio, de acuerdo con algunos sectores de la doctrina, lo que en realidad resulta dudosa es precisamente la voluntariedad en el AE-WGM. En el fondo, consideramos que tienen razón los autores que cuestionan la observancia de tal carácter. No obstante, incluso bajo la espada de Damocles que representa la respuesta penal del ordenamiento, la aceptación del reo para acudir a la vía resarcitoria hace entrever, desde una perspectiva un tanto sartreana, cierta discrecionalidad por parte del sujeto – quien podría rechazarla perfectamente. Sin embargo, también resulta claro que esta cierta discrecionalidad no equivale por completo a una voluntariedad completamente libre de presiones y plenamente autodeterminada. Quizás, por motivos terminológicos, sería más oportuno hablar de “consentimiento” más que de voluntariedad. Por un lado, este segundo término parece estar más vinculado a la ausencia de causas externas al sujeto que a la decisión

del sujeto en sí, mientras que el término “consentimiento” hace referencia, simplemente, a aprobar o permitir algo. No en vano, y con razón, el artículo 49 CP hace referencia a la necesidad de que se cuente con el consentimiento (que no con la voluntariedad) del condenado a la hora de imponerle la pena de trabajos en beneficio de la comunidad.

2.2. *Sobre de los argumentos en contra de su adopción*

Asimismo, llegados a este punto del discurso sobre los argumentos en contra de la adopción del Proyecto Alternativo alemán, cabe resaltar que nos resultan completamente razonables las inquietudes que suscitan los postulados del AE-WGM respecto a las garantías propias del Derecho penal y procesal penal, particularmente respecto a la presunción de inocencia cuando se deba o pueda ejecutar la reparación con anterioridad al proceso. Este evento supondría la materialización directa del brocardo latino *excusatio non petita, accusatio manifesta*. De otra parte, coincidimos con SILVA SÁNCHEZ en su postura de que el modelo de reparación previsto en el Proyecto Alternativo no cumple satisfactoriamente, por sí solo, las funciones propias de las penas⁹⁶. En especial, dudamos de su eficacia respecto a las funciones de retribución y de prevención general negativa. No creemos que la reparación del daño sirva necesariamente y en todo caso para devolverle al sujeto el mal causado, ya que, por mucho que se argumente que el reo tiene que deshacer el mal hecho (y por tanto se compensan las consecuencias del menoscabo causado), en realidad debe contarse con su consentimiento y no se le causa mal alguno en un sentido riguroso – *volenti non fit iniuria*. De una manera similar puede razonarse respecto a la prevención general negativa, pues además de los referidos argumentos estimamos que no puede sostenerse que la condena voluntaria a la reparación del daño resulta verdaderamente disuasoria para el resto de la colectividad – máxime teniendo en cuenta que la reparación será medida a partir del menoscabo ocasionado y de la capacidad resarcitoria real del sujeto causante. Por el contrario, la reparación en el AE-WGM se ubicaría más bien, a nuestro parecer, en línea con las funciones de prevención especial o prevención general positiva. Sin embargo, de nuevo aquí vuelven a aparecer los matices importantes, y es que consideramos que la reparación por sí sola no cubre necesaria y totalmente las referidas funciones. Obsérvese el célebre caso recogido por AULO GELIO (20.1.13), que aquí citamos textualmente:

⁹⁶ Así, Silva Sánchez, J. M. (1993). Op. Cit. págs 351-353.

“L. Veracio fue un hombre realmente perverso y sumamente loco. Un entretenimiento suyo consistía en abofetear el rostro de un hombre libre con la palma de su mano. Lo seguía un esclavo que llevaba una bolsa llena de ases. Después de abofetear a uno, ordenaba al instante que le fueran entregados veinticinco ases, según ordenaban las XII Tablas. Por eso, más tarde los pretores decidieron abolir y dejar sin efecto esta ley y decretaron que ellos asignarían jueces para calcular la indemnización por las afrentas.”⁹⁷

Así, la observancia de la reparación no siempre equivale a señalar que se han cumplido satisfactoriamente las funciones de prevención especial o prevención general, sino que, por el contrario, puede llegar a interpretarse como una mera indicación de que el comportamiento del sujeto se encuentra en línea con parte del cometido propio de las sanciones penales. Desde nuestro punto de vista, la reparación no es ni puede llegar a considerarse, por lo tanto, un criterio único ni absoluto. A la luz de este mismo supuesto parece poder demostrarse además que, dondequiera que se coloque el criterio dogmático para decidir las fronteras de la intervención penal (*e. gr.* merecimiento *versus* necesidad de la pena, peligrosidad del sujeto, restablecimiento de la vigencia de la norma, etc.) la reparación prevista en el AE-WGM no es capaz de poder cumplir satisfactoriamente, por sí sola, con el cometido reservado al Derecho penal. Aunque el sujeto repare por completo el daño ocasionado, el Derecho penal se rige por una serie de criterios que sobrepasan la reintegración del *statu quo ante* y/o la compensación del menoscabo ocasionado. En consecuencia, la reparación por sí sola rara vez podrá impedir la respuesta penal por parte del ordenamiento jurídico. Coincidimos, por tanto, con la postura de SILVA SÁNCHEZ en cuanto a que, prácticamente, sólo aquellos hechos constitutivos de delitos muy leves (añade, “*al borde de la despenalización*”) pueden resolverse empleando las vías informales de reparación⁹⁸. A pesar de esta amarga realidad, bien es cierto que, como ya recordase el propio ROXIN, la relación entre la reparación y la respuesta penal debe contemplarse desde el prisma del principio de subsidiariedad, es decir, que si la reparación resulta suficiente, por sí sola, para resolver el conflicto social habrá que acudir a ella o bien acompañarla

⁹⁷ Gelio, A. (2006). Noches áticas, vol. 2 (Libros 11-20), traducción, notas e índices por Manuel Antonio Marcos Casquero y Avelino Domínguez García, Universidad de León –Secretariado de Publicaciones, pág. 253. De hecho, este mismo pasaje aparece citado, entre otras referencias grecolatinas, por el propio Schopenhauer, A. (1985) Arte del buen vivir, Edaf, Madrid, pág. 125 con motivo de unas reflexiones sobre el honor a fin de concluir que los antiguos sólo conocían este tipo de tutela para esta clase de afrentas.

⁹⁸ Silva Sánchez, J. M. (1993). Op. Cit., págs. 351-353.

de la sanción penal y/o de su ejecución⁹⁹. Desafortunadamente, como decimos, mucho nos tememos que la reparación por sí sola rara vez podrá impedir y/o limitar de forma relevante la respuesta penal por parte del ordenamiento jurídico. Es más, aunque el hecho de supeditar o limitar la respuesta penal al cumplimiento de la reparación podría llegar a resultar coherente con el carácter de *ultima ratio* del ordenamiento punitivo, lo cierto es que también puede resultar en un riesgo importante de privatización del Derecho penal. En definitiva, la reparación no es, por sí sola, un mecanismo plenamente capacitado para asumir por completo las funciones propias del Derecho penal ni su íntegro cumplimiento equivale a la sustanciación de tales funciones.

Por último, quisiéramos hacer referencia a dos cuestiones más. De un lado, la pretendida incompatibilidad con el diseño constitucional de las funciones jurisdiccionales y fiscales y que, en virtud del principio de oportunidad, se esté indirectamente incentivando a los operadores judiciales a seleccionar aquellos casos que sí pasarían a la esfera propiamente jurisdiccional. Sobre este relevante motivo, estimamos que es oportuno replantear el inconveniente en sus justos términos. Desde nuestro punto de vista, la mecanización de la justicia es, con toda probabilidad, un sesgo del exceso de burocratización de la sociedad contemporánea y del que, desafortunadamente, la propia Administración de Justicia no llega a escapar. Actualmente, cualquier aspecto de nuestra sociedad viene regulado, tasado y protocolarizado. En este contexto tan actual, de todos es conocida la lamentable situación de todos nuestros tribunales, sobrecargados de trabajo en una sociedad cada vez más judicializada y con escasos medios materiales y personales. De cualquier forma, entendemos que este argumento no es del todo sólido en lo que se refiere al papel de la reparación en Derecho penal, ya que la posible agravación de la ya actual mecanización de la justicia no deja de ser una única pincelada en el gran cuadro colectivo, o dicho en otras palabras, estimamos que la incorporación del AE-WGM no agravaría de forma relevante la mecanización del actuar de nuestros tribunales, pues éstos se encuentran ya bastante mecanizados en su quehacer diario como consecuencia de la marcada judicialización y burocratización de la vida en la sociedad española contemporánea. De hecho, bien podría replantearse la cuestión desde el prisma de que incorporar el AE-WGM supondría descargar de trabajo a nuestra Administración de Justicia – argumento que, a su vez, nos parece completamente inconsistente por su criticable falta de com-

⁹⁹ Roxin, C. (1989). Op. Cit., págs. 9-11.

promiso en la aplicación del Derecho penal. Por otra parte, la crítica a la gran disponibilidad sobre el proceso que se le otorga a la víctima *de facto* debe también plantearse desde una perspectiva más elevada, pues la desformalización es también una acentuada característica del Derecho penal de nuestro tiempo. Desde nuestro modo de ver, resulta en efecto criticable pero igualmente no deja de ser más que una gota en el océano de la mencionada característica que ya ha permeado la totalidad de nuestro ordenamiento jurídico y, por tanto, bien puede apreciarse en otras tantas instituciones procesales y materiales. La pregunta en este caso es ¿hasta dónde?

V. CONCLUSIONES

Por todo lo expuesto en nuestro trabajo, quisiéramos nuevamente acentuar que el modelo latino de la responsabilidad civil *ex delicto* se diferencia en buena parte de sus rasgos constitutivos del modelo germánico de la tercera vía. La mal llamada responsabilidad civil *ex delicto* no es sanción autónoma ni respuesta penal. No tiene carácter sancionatorio o punitivo alguno, sino que se trata de una institución de carácter privado que se aplica en vía penal. Este modelo resarcitorio es un sistema mucho más complejo que el AE-WGM y presenta asimismo unos fundamentos dogmáticos más profundos y sólidos que los desarrollados por el Proyecto Alternativo. Cuenta, además, con un importante arraigo en nuestro ordenamiento. A pesar de todo, el sistema no está concebido desde el punto de vista penal ni recibe un tratamiento vinculado expresamente a las bases del Derecho punitivo – a pesar de que, de forma injustificada, se le pretendan atribuir funciones político-criminales. Por el contrario, el modelo es de corte utilitario y consiste en la acumulación de acciones en vía penal. En este sentido, aunque el Derecho penal vigente reconoce algunos beneficios penales y penitenciarios al cumplimiento de la responsabilidad civil *ex delicto* o a la reparación *lato sensu*, lo cierto es que, en puridad, no se requiere por lo general el íntegro cumplimiento de la obligación civil “derivada” del delito, sino que, en su lugar, se exige más bien el esfuerzo o el interés por reparar a la hora de conceder tales beneficios – lo cual, claramente, contradice el fundamento principal de la responsabilidad civil, el principio de reparación integral del daño. No obstante, esta regla general parece contar con alguna pequeña pero notable excepción de acuerdo con el tenor literal contemplado en algún tipo concreto. En consecuencia, y de forma congruente con lo expuesto, estimamos que, de admitirse la conveniencia de otorgar beneficios penales o

penitenciarios a la reparación del daño, no sería apropiado tomar como referencia los postulados propios de la responsabilidad civil *ex delicto*, ya que ésta no se rige por criterios punitivos.

De otra parte, el AE-WGM sí se presenta como un modelo ya planteado desde las bases del Derecho penal. No obstante, muchas son las críticas y las inquietudes que nos suscita el papel real y efectivo que el Proyecto puede llegar a desempeñar en nuestro ordenamiento si finalmente se llegase a incorporar. A pesar de todo, parece que hemos podido demostrar que contrastar un modelo con el otro no es, en el fondo, un debate sobre modelos político-criminales distintos, sino, más bien, sobre diferentes fórmulas jurídicas de incentivar la ejecución de comportamientos resarcitorios en vía punitiva. En este sentido, ¿daño civil o alteración de la paz jurídica? ¿realizar funciones de política criminal o acumular acciones en beneficio del perjudicado? Éstas son realmente las grandes preguntas que rodean a la problemática de nuestro interés y que debe plantearse el jurista para poder abordar correctamente la cuestión. En el fondo, no resultan opciones ni planteamientos contrapuestos sino que más bien dependen del lugar donde se ubique la atención del estudioso, si en el exclusivo ámbito del Derecho penal o en el ordenamiento jurídico en su conjunto y en la simplificación de la tutela legal. De nuevo, ambas posiciones tampoco resultan necesariamente enfrentadas, por lo que ¿es quizás oportuno reconocer ambos intereses conjuntamente? Lo dejamos a juicio de los lectores.