

La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil

GONZALO QUINTERO

1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL «EX DELICTO» Y EL DERECHO PENAL

A nadie extraña que los libros de derecho penal de carácter general dediquen una buena parte de sus páginas a la ideología del sistema represivo, a explicar cuál es el fundamento del derecho penal, su misión, su necesidad, el sentido y fin de las penas y medidas. Otro tanto se hace a propósito del objeto del proceso penal, de las reglas que deben observarse en su desarrollo si quiere ser acorde con el programa constitucional. Pero en cambio, esa misma literatura decae en intensidad cuando llega a la responsabilidad civil, y en torno a ella no se construye más que el puro análisis técnico-jurídico como si no participara de todo aquello que antes se había dicho sobre el derecho penal. La conclusión, por supuesto equivocada y precipitada, sería que, a la vista de ese hecho, la materia de la responsabilidad civil no pertenece al derecho penal sino que es una especie de anexo del sistema punitivo.

Ésa es una idea que, equivocada como es, puede palpase en la baja atención que la doctrina penal concede al tema de la responsabilidad civil, quizás por la extendida creencia, que sin duda tiene buena parte de fundamento, de que la regulación jurídica de la responsabilidad civil «ex delicto» es técnicamente «derecho civil» aunque se encuentre en el Código Penal, y por lo tanto el penalista está dispensado de especiales pronunciamientos en una materia en la que, en caso de hacerlo, sería un intruso.

Pero esa actitud ante la cuestión encerraría dos errores. El primero el de justificar una inhibición tan grave en nombre de la «organización de las ramas del derecho», como si se tratara de compartimentos estancos. Es ahí donde resplandece la vieja acusación de que el jurista que piensa de sí mismo que solamente sabe de una materia lo más probable es que ni siquiera conozca esa materia. El segundo error es mucho más grave: la responsabilidad civil, más allá de que esté regulada en el marco del derecho penal positivo, y aunque no lo estuviera, forma

parte posible —pues puede ser no reclamada en éste— del proceso penal y de la sentencia penal, y solamente por esa razón pertenece a las preocupaciones obligadas del penalista, que necesariamente las ha de compartir con el civilista, único modo de alcanzar un razonable control de los problemas que se plantean.

Desde estas primeras líneas hemos de dejar patente una realidad: la convivencia de las dos pretensiones (la punitiva y la de resarcimiento), respaldadas cada una de ellas por una normativa diferente que ha de invocarse y aplicarse en el mismo proceso, necesariamente entraña problemas de difícil solución. La idea teórica según la cual es posible un debate sobre la responsabilidad civil en el proceso penal, *tan amplio y rico como el que se podría celebrar en el ámbito de la jurisdicción civil, es hermosa pero difícilmente practicable.*

Claro está que la solución no puede ser traumática, como a veces se oye. Eso sucedería si se cancelara la presencia del mero actor civil, o si se redujera la decisión sobre responsabilidad civil a una simple y sola petición que los Tribunales admiten, reducen o rechazan, pero sin debate de carácter contradictorio sobre preceptos civiles. No sería constitucionalmente posible. Otra cosa bien diferente, pero de la que no tiene la culpa el orden penal, es que se prefiera acudir a la jurisdicción penal en pos de la reparación civil por la extendida convicción de que siempre será más breve. La antigua enorme incidencia de procesos por daños culposos en el automóvil tenía claramente esa explicación. Pero eso tiene que resolverse agilizando el proceso civil, y posiblemente si así fuera se registraría un efecto de reducción de los procesos penales en los que tan sólo se persigue la reparación económica sin interés real por la reacción represiva, sin entrar en los muchos casos reales en los que sólo el miedo a esa represión decide al responsable a reparar lo que ha hecho.

2. EL FUNDAMENTO JURÍDICO DE LAS RESPONSABILIDADES CIVIL Y PENAL Y LA POLÉMICA SOBRE LA UBICACIÓN LEGAL DE LA REGULACIÓN

Parece fuera de duda que en la responsabilidad civil, prescindiendo ahora de los problemas operativos que tiene, sin perjuicio de que en algunos delitos pueda reclamarla el propio Estado, es donde el derecho penal se abre plenamente al interés de la persona física o jurídica perjudicada por el delito, dejando de lado el interés en la prevención general, en la prevención especial o en la retribución. Esa parte de la reacción o de la consecuencia jurídica del delito no es tanto la respuesta a la ofensa al bien jurídico cuanto la necesidad de compensar a su titular por el daño o perjuicio sufrido. Las normas del Código Penal dedicadas a la responsabilidad civil se han interpretado siempre, por esa razón, desde esa óptica del interés privado.

2.1. Las disposiciones del Código Penal, del Código Civil y otras normas reguladoras complementarias y su función.

Nada más lógico, a la vista de ello, que concluir que la problemática de la responsabilidad civil, aun estando regulada en el Código Penal, tiene una naturaleza esencialmente jurídico-civil, que es la que esencialmente explica muchas de sus reglas. Pero esa regulación de la responsabilidad civil en el Código Penal no es aceptada pacíficamente. La descripción en el CP de las consecuencias civiles de los delitos y faltas (responsabilidad civil) ha sido motivo de discusión en España en los últimos años. Para un sector significativo de la doctrina civil carece de sentido que sea el Código Penal el que regule las obligaciones que nacen de los delitos, cual si se tratara de un cuerpo extraño dentro del derecho de obligaciones. De acuerdo con esa postura lo adecuado sería desarrollar el tema en el articulado del Código Civil, terminando con la remisión que este Código hace al CP (art. 1092 CC), dando lugar a posibles confusiones sobre la naturaleza, a pesar de que la naturaleza de estas obligaciones es civil, y que, como es lógico, para cualquier duda o determinación de criterio a seguir, subsiste la aplicabilidad del Código Civil en todo lo que no regule el Código Penal.

Además de ello, la moderna dogmática civil ha ido elaborando una estructura objetiva y subjetiva de la culpa contractual y extracontractual relativamente cercana a la formulación de la doctrina de la imputación objetiva del resultado en derecho penal. La antigua imagen estrictamente objetivista de la culpa extracontractual parece abandonada¹. Siendo así parecería especialmente conveniente que la disciplina de la responsabilidad civil «ex delicto» se aproxime en sus prin-

1. En STS (Sala Primera) de 5 diciembre 1995 (RJ 1995, 9259) se dice: «... sigue rigiendo el principio culpabilístico, siquiera atenuado y no constituido en la única ratio de la responsabilidad, cuando no se prueba la interferencia de voluntad extraña que rompa de modo total el nexo entre la acción u omisión y el daño, de forma y manera que ha de responderse incluso cuando las cautelas omitidas hubiesen podido producir simplemente una minoración del daño; por ello, ha de estarse al criterio aclaratorio de la Sentencia de 7 marzo 1994 (RJ 1994, 2197), en cuanto señala que el concepto moderno de culpa no consiste solamente, según el criterio clásico, en la omisión de la diligencia exigible según las circunstancias del caso, ya que actualmente se ha ampliado el concepto de culpa para abarcar aquellas conductas donde hay negligencia sin una conducta antijurídica y aquellas otras en que, partiendo de una actuación diligente y lícita, no sólo en su inicio sino también en su desarrollo, se entiende existente conducta culposa a virtud de un resultado socialmente dañoso que impone la desaprobación de la acción o la conducta por ser contraria a valores jurídicos exteriorizados, es decir, una conducta socialmente reprobada, entendiéndose que el nuevo principio de responsabilidad por riesgo o sin culpa responde a exigencias de nuestro tiempo, aunque no suele ir ausente de toda voluntariedad (culpabilidad) respecto del hecho, con lo que se impide caer en la responsabilidad por el mero resultado...».

cipios y fundamentos a la propia configuración civil de la responsabilidad por daño, pero ello olvidaría las diferencias que señala la propia Jurisprudencia².

Otro argumento que se utiliza –y que tal vez fuera válido a la vista del Código Penal anterior, pero no tanto del presente– es el de la parquedad de la regulación penal y la vetustez de sus criterios de determinación del contenido de la responsabilidad civil y de las personas responsables directa, solidaria y subsidiariamente. Pero a esa cuestión hay que hacer una importante indicación: la decisión de que alguien, sea persona física o jurídica, responda como responsable civil directo,

2. En STS (Sala Primera) de 13 diciembre 1996 (RJ 1996, 8978), se dice: «... La responsabilidad civil "ex delicto" nace directamente del delito, y queda concretamente definida y consumada su existencia por el solo hecho de la condena penal, sin necesidad de ninguna otra justificación o prueba, y este nacimiento se produce aunque después conozca de la misma el Juez Civil, por no haberse sustanciado en el proceso penal; o dicho de otro modo, es una consecuencia obligada nacida directamente del delito. Por el contrario la acción pauliana, nace de un ilícito civil, y por tanto se hace preciso alegar y probar en el proceso los elementos que definen este ilícito, y a los que antes nos hemos referido. La Sentencia de esta Sala de fecha 18 julio 1992 que se cita en el recurso, se refiere precisamente al supuesto contrario del que aquí nos ocupa, y sirve de confirmación de este último: la parte demandante apoyaba allí su pretensión en el artículo 1092 del Código Civil sin haber existido condena en vía penal, y la Sala entiende que no es aplicable "iura novit curia" el artículo 1902 pues para la viabilidad de esta acción se hace preciso la existencia probada de unos elementos, que son totalmente innecesarios para la acción que se ejercitaba. Éste no es el supuesto que aquí se contempla, sino precisamente el contrario: existe una condena penal, y por el simple hecho de su existencia, sin más requisitos, ha nacido la responsabilidad civil "ex delicto", que vincula al Juez civil cuando su ejercicio ante esta vía responde a una reserva expresamente formulada; el traer a la litis los preceptos que se corresponden con esta situación de hecho indubitada, no supone variación alguna de la causa de pedir, ni vicio de incongruencia la sentencia, como a continuación veremos.

La Jurisprudencia de esta Sala es reiterada en este sentido, pudiendo citarse entre otras las Sentencias de fechas 26 mayo 1988 (RJ 1988, 4335); 10 junio 1988 (RJ 1988, 4816); 19 septiembre 1988 (RJ 1988, 6835); 31 octubre 1994 (RJ 1994, 8008), etc., pero sobre todas ellas es esclarecedora para el supuesto que estudiamos la de 9 febrero 1990 (RJ 1990, 674), en la que se dice: que la incongruencia se da cuando hay divergencia ("extrapetita" o "ultrapetita") entre el suplico de la demanda y la parte dispositiva de la sentencia... Por otra parte, no se da en términos generales la incongruencia, cuando el Juzgado o la Sala acuden al principio "iura novit curia", en virtud del cual pueden aplicar derecho distinto del invocado a la causa de pedir del proceso. La causa de pedir no es la fundamentación jurídica de la demanda, sino los acontecimientos de la vida en que se apoya: es el fundamento histórico de la acción. El proceso pues, versa sobre supuestos de hecho a los que se aplican normas de carácter sustantivo, pero estas normas se aplican aunque las partes las ignoren, siempre que sean facilitados al Juez los hechos, y se supliquen concretas peticiones. Ciertamente que hay excepciones al uso del "iura novit curia", como son los supuestos en los que la aplicación de una norma jurídica no invocada, provoca la indefensión de quien no puede pensar en los argumentos que signifiquen su inaplicación; o cuando para el desarrollo de uno y otro precepto cambien las circunstancias produciendo consecuencias dispares».

solidario o subsidiario, no obedece a razones meramente civiles, sino esencialmente político-criminales.

La continuidad de la regulación de la responsabilidad civil «ex delicto» en el ámbito del Código Penal se ha defendido también –lo que sería a la postre un argumento débil– invocando no tanto una larga tradición de nuestros Códigos, sino una necesidad técnica, cuyo origen se sitúa en que la responsabilidad «ex delicto» se regula tomando conceptos cuyo significado solamente es conocible a través de la interpretación jurídico penal. Además, se añade, los Tribunales penales, deben poder tener a su disposición, y dentro de un mismo Código, las bases normativas de la totalidad del fallo, procesalmente sometido a unos principios propios en su formulación y a un régimen de recursos determinado (casación) en donde la responsabilidad civil ha de ser decidida, a tal efecto, como fruto de la aplicación de una ley formalmente penal. Ésos, como antes he dicho, serían argumentos de calibre menor, pues en la interpretación de las leyes penales puede ser preciso acudir (elementos normativos) a otras leyes no penales, por no decir en la resolución de cuestiones prejudiciales.

2.2. El enfrentamiento doctrinal y el alcance y situación actual del problema.

El tema de la ubicación de la regulación de la responsabilidad civil, sin ser un tema secundario, tampoco merece especiales discusiones, pues la naturaleza civil de esa clase de obligaciones prima sobre cualquier otra consideración de la ley en que se regule. Ahora bien, la respuesta que se quiera dar tiene que motivarse penalmente, pues otra cosa será gratuita o, como mínimo, carecerá de interés. Si hablamos de ubicación formal de esos preceptos nada habría obstado a que se trasladara la total materia de las obligaciones «ex delicto» al Código Civil, pero hubiera sido preciso modificar sensiblemente ese Código, puesto que el régimen esencial y accesorio de la responsabilidad «ex delicto» ofrece el suficiente número de particularidades como para impedir un tratamiento conjunto con las restantes obligaciones, sin perjuicio de que el Código Penal no baste para la solución de todos los problemas referentes al régimen de la responsabilidad civil y que el Código Civil deba cumplir la función de derecho supletorio.

La crítica añade también una observación «cuantitativa»: la parquedad de la regulación penal y la vetustez de sus criterios de determinación del contenido de la responsabilidad civil y de las personas responsables directa, solidaria y subsidiariamente. Y es cierto, justo es reconocerlo, que pese a las indudables novedades del CP/1995 los avances no son espectaculares³.

3. La regulación de la responsabilidad civil que ofrece el CP/1995 coincide en sus líneas maestras con la anterior. Acaso puede señalarse, sin embargo, una tendencia a ampliar las vías para hacer

Pero no es posible alcanzar un correcto entendimiento de la función y significado de la responsabilidad civil, y con ello tomar una postura no tanto sobre la ubicación sino sobre la *naturaleza* de la misma sin dirigir la atención a una serie de cuestiones importantes. Si la regulación de la responsabilidad civil ha de estar en el Código Penal tendrá que ser por causas estrictamente vinculadas a la función y fin del derecho penal, pues de no ser así no habrá razón que lo justifique⁴. Los debates sobre el tema de la ubicación sistemática ofrecen un lamentable grado de desprecio a lo que supone que esa responsabilidad civil a la postre será solicitada en un *proceso penal*, y su deambular por el derecho estará en principio sujeto a los problemas generales de la justicia penal.

Lo anterior, dicho con otras palabras, conduce a algo que a fuer de simple se olvida siempre: todas las normas que recoge el Código Penal han de participar en alguna medida de la función propia de las leyes penales, pues otra cosa equivaldría a despreciar el sentido de coherencia íntima que ha de tener ese cuerpo orgánico que llamamos «Código», reduciéndolo a la condición de recopilación de normas independientes en su fundamento y en su función. Por lo tanto, si se llega a la conclusión de que las reglas atinentes a la responsabilidad derivada de los delitos no forman parte de una política legislativa penal global lo mejor será demandar que sean retiradas del Código Penal y remitidas al Código Civil.

A todo esto se suma que los penalistas, mayoritariamente, entienden, que la presencia de la regulación de la responsabilidad civil en el Código Penal no es sólo un homenaje a la tradición (cosa que sería absurda) sino que es una consecuencia derivada de una necesidad técnica, puesto que la responsabilidad «ex delicto» se regula tomando conceptos cuyo significado solamente es conocible a través de la interpretación jurídico penal, que como monopolio jurisdiccional corresponde a los Tribunales de ese orden. Además, se añade, los Tribunales penales, deben poder tener a su disposición, y dentro de un mismo Código, las bases normativas de la totalidad del fallo, procesalmente sometido a unos principios propios en su formulación y a un régimen de recursos determinado (casa-

efectiva la reparación y también la desaparición de algunos de los aspectos abordados hasta el momento, como la transmisión de la obligación de indemnizar y de la acción civil a los herederos, la fijación de cuotas en caso de concurrencia de responsables civiles o la participación lucrativa en los efectos de un delito o falta (antiguos arts. 105 a 108). En ausencia de tales normas rige el Derecho de obligaciones, como ocurre en aquellos aspectos que siempre han sido ignorados por la Ley penal, como la prescripción de la acción para exigir la responsabilidad civil «ex delicto», sobre lo cual no existe consenso en la doctrina, o la extinción de las obligaciones de esta clase, que se resolverá de acuerdo con las reglas del derecho civil.

4. Es importante no dar por supuesto que la regulación de la responsabilidad civil en el Código Penal es «lo natural», pues en otros sistemas penales (p. ej., art. 185 del CP italiano) se remite expresamente la obligación civil «ex delicto» a las correspondientes normas del Código Civil.

ción) en donde la responsabilidad civil ha de ser decidida, a tal efecto, como fruto de la aplicación de una ley formalmente penal.

3. RESPONSABILIDAD CIVIL Y TÉCNICA DEL DERECHO Y EL PROCESO PENAL

Ante todo creo que la discusión sobre la naturaleza y el lugar adecuado para la regulación de la responsabilidad civil se ha sacado de quicio. No es que se trate de una cuestión menor o baladí, pero tampoco se trata de un tema cardinal en la estructuración del sistema legal. Nadie, ni civilistas ni penalistas, han puesto en duda la naturaleza civil de esa clase de obligaciones, lo cual es independiente y más importante que el documento legislativo en que se regule.

Naturalmente que se habría podido aprovechar el Código de 1995 para incorporar el tratamiento de esas obligaciones al Código Civil, pero al precio de modificar sensiblemente ese Código, puesto que el régimen esencial y accesorio de la responsabilidad «ex delicto» ofrece el suficiente número de particularidades como para impedir un tratamiento conjunto con las restantes obligaciones, sin perjuicio de que el Código Civil deba cumplir la función de derecho supletorio, puesto que, a diferencia de la regulación de delitos y penas, que no conocen otra fuente de derecho que la ley penal, la responsabilidad civil «ex delicto» tiene, como fuentes reguladoras, a la ley penal y a la ley civil.

Pero tampoco podemos detenernos en ese razonamiento, que a la postre es superficial. En el campo del pensamiento civil, como es lógico, se contempla el problema de la responsabilidad «ex delicto» como una parte del derecho de obligaciones. A su vez, se inserta en un objetivo propio del derecho privado (se reconozca o no como prioritario por los privatistas) aunque no sea su única función, cual es el de restauración de la situación anterior al hecho doloso o culposo. Suponer que la responsabilidad civil «ex delicto» es esencialmente eso y sólo eso es una reducción de miras, que olvida otras dimensiones del tema que son de capital importancia, no sólo por razones doctrinales teóricas, sino porque no es posible comprender el sentido de todos los debates modernos sobre la función de la reparación del daño sin tenerlos en cuenta, ni tampoco puede tratarse como cosa accidental el aspecto procesal del problema.

Una primera y sencilla advertencia es que las reglas que el Código Penal contiene solamente persiguen regular la responsabilidad civil para cuando (como es normal) se pretenda su fijación a la vez que se desarrolla y resuelve el proceso penal. El ejercicio de la acción civil en el marco del proceso penal no es obligatorio, pues el perjudicado puede reservarse su ejercicio ante la jurisdicción civil (art. 109.2 CP), aunque esté muy extendida la idea de que el ejercicio conjunto

de la acción civil y la acción penal es el más conveniente para los intereses de quien persigue el resarcimiento.

Pero si se opta por ejercitar la acción ante la jurisdicción civil, ningún obstáculo habrá en otorgar a esa especie de obligación «ex delicto», que en ese sentido se presenta como obligación nacida de un hecho (que el juez civil no podrá declarar delictivo), una naturaleza contenciosa exclusivamente civil. Ello no obstante, la condición de «públicos» de la mayoría de los delitos dará precedencia a la sustanciación del proceso penal.

A los problemas que van ligados a esa precedencia temporal hay que sumarle otros puestos de manifiesto en la práctica: la interpretación de las normas reguladoras de la responsabilidad civil «ex delicto» no es coincidente cuando la jurisdicción que interpreta es la penal o es la civil. Se ha llegado a rechazar por las Salas Primera y Segunda del Tribunal Supremo el valor de la interpretación de una norma civil hecha en el otro orden jurisdiccional. Sin entrar ahora en las razones profundas que esa discrepancia pueda tener, lo que sí es importante destacar es que la disponibilidad de la acción civil y la posibilidad de no ejercerla en el proceso penal, no es, en sí misma, una opción ventajosa sino, por el contrario, una posibilidad que está llena de inconvenientes.

Por otra parte, la dialéctica del proceso penal no propicia una separación de las acciones sin simultáneamente determinar una pérdida de contenido de la propia posición en el ejercicio de la acción penal. Quien ejerce la acción penal y se reserva la acción civil para negociar sobre ella puede tomar determinaciones que afecten a su propia condición de accionante penal. Por ejemplo, el que se considera víctima de un alzamiento de bienes, entabla la oportuna acción penal y luego, o antes del inicio del procedimiento penal, cede su crédito a otra persona por un precio libremente pactado, con lo cual puede suceder que ya no sea admisible su pretendida frustración del crédito y con ello decaiga su condición procesal de perjudicado por el delito, tanto por pérdida de la condición como, en el fondo, inexistencia de conducta típica a la vista del desarrollo de los hechos, pues resulta patente que no era tal «acreedor burlado».

Existe una genuina función de índole penal que explica en buena parte la regulación en sede penal:

El haber satisfecho en lo posible las responsabilidades civiles derivadas del delito se señala como condición previa a la apreciación de la atenuante de reparación del daño (art. 21.5º) o la concesión de determinados beneficios (cfr., la suspensión de la ejecución, art. 81.3º, la sustitución de la pena privativa de libertad, art. 88.1º) De todo eso hablaremos más adelante. Pero de entrada se puede sostener que la reparación del daño causado no solamente tiene carácter de cumplimiento de una obligación civil, sino que es algo que afecta también al

modo de producirse la consecuencia punitiva del delito (determinación y ejecución de la pena).

4. RESPONSABILIDAD CIVIL Y POLÍTICA CRIMINAL

Indudablemente resulta novedoso enunciar una relación entre la responsabilidad civil y la problemática que se sitúa bajo el nombre de Política criminal. Sería prolijo definir lo que hay que entender por Política criminal, y lo único seguro es que no se puede reducir a la «crítica mirando al futuro», como se decía en la primera mitad del siglo XX, pero como es lógico hemos de partir de una idea concreta acerca del sentido y contenido que hoy tiene la Política criminal. Hoy se estima que la Política criminal propone y desarrolla instrumentos formalizados para el tratamiento y solución de los conflictos sociales, originados por comportamientos anormales, y dispone la estrategia adecuada para ello, según conocida definición de HASSEMER. Problema diferente es decidir si el sistema que se construye a través de la interpretación del derecho positivo ha de acoger las indicaciones y orientaciones de la Política criminal.

Por otra parte, y quedándonos en la función de «aconsejar», si se propone una reforma para lograr que las leyes penales sean coherentes con los objetivos político-criminales es imprescindible contar con una Política criminal concreta y definida, pues de lo contrario no es posible saber cuál es el objetivo. Pues bien, en España es difícil saber cuál es esa Política criminal, o dicho de otro modo, qué es lo que queremos conseguir con el sistema penal, y en su lugar se califica como tal la que cada penalista concreto cree más razonable, conveniente o, en el mejor de los casos, acorde con la propuesta de convivencia que dimana de la Constitución. La ocasión del debate parlamentario del vigente Código Penal, y basta con remitirse a la documentación parlamentaria que lo recoge, es un ejemplo visible de cómo se puede polemizar sobre leyes penales que se van a promulgar sin pronunciar una sola palabra o discutir brevemente siquiera sobre la clase de Política criminal que se quería seguir en una materia determinada.

La Política criminal entendida ésta como actuación del Estado y los poderes públicos por medio del derecho penal y otros instrumentos en pro de la consecución de una convivencia con los menores conflictos posibles, que genere eficaz protección de los bienes jurídicos más importantes, y que no suponga un uso excesivo o innecesario de la represión punitiva, exige como es lógico, ciertos y concretos puntos de partida ideológicos, que a la postre acaban siendo los que se acogen bajo los conceptos de derecho penal mínimo, «ultima ratio», o, muy importante, la necesidad de no caer en la tentación de pretender establecer a través del derecho punitivo pautas morales de conducta que ni le corresponden ni se explican en nombre de la Constitución que lo respalda.

Cuando esas ideas se transfieren al campo de la exigencia de responsabilidad civil la cuestión tendrá necesariamente que plantearse desde esa toma de posición sobre lo que se pretende conseguir a través del proceso penal en ese orden, la importancia o prioridad que se le va a dar a la reparación del daño, la trascendencia de las consecuencias civiles en su comparación con las estrictamente represivas, etc. Y es lo cierto que ni el legislador español ni la doctrina penal española han mostrado un interés particular por estos temas, pues basta remitirse a la literatura y a los debates parlamentarios para comprobar la pobreza de altura de la reflexión sobre esta materia, como si no lo mereciera.

Pero forzoso es preguntarse por lo que sucede si de verdad se quiere sostener alguna idea acerca de lo que debiera ser, o para preguntarnos por el uso que se está dando a las instituciones jurídicas.

4.1. La caza de responsables civiles.

La idea central que anima el desarrollo de muchos procesos se resume en un interés casi exclusivo en encontrar alguien que pague las indemnizaciones y reparaciones. Sin duda es comprensible que ante el desastre o el daño causado por el delito la preocupación prioritaria sea ésta, y no se puede en sí misma censurar. Ahora bien, es demasiado sabido que en la práctica esa preocupación, en cuanto que es asumida por los órganos jurisdiccionales puede dar lugar a desviaciones del principio de legalidad cercanos a la arbitrariedad, *especialmente en relación con el responsable civil subsidiario*, y a pesar de la relativa claridad de los conceptos que emplea el Código Penal.

Citaré algunos ejemplos omitiendo, por supuesto por elemental prudencia, toda referencia a fechas, lugares o nombres.

a) Se ha llegado a imputar a la Inspección de trabajo autoría en imprudencia con resultado de muerte por no haber detectado el funcionamiento de una industria clandestina en la que enfermaron y fallecieron trabajadores. Naturalmente que el objetivo prioritario era lograr que se declarara la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración

b) Producido el hundimiento de un edificio por impericia de arquitecto o constructor se ha perseguido la declaración de responsabilidad civil del promotor, en nombre de su responsabilidad por haber encargado el trabajo a aquellas personas que, por demás, eran profesionales de impecable trayectoria hasta ese momento.

c) A raíz de la explosión de un kiosco en donde se vendían artículos pirotécnicos se declaró la responsabilidad civil del Estado por cuanto la Guardia Civil hubiera debido sospechar la falta de permiso para realizar tal actividad, afectada por la reglamentación de explosivos.

Son éstos sólo ejemplos, inspirados en sucesos reales, pero que son demostrativos de una importante deformación conceptual: la necesidad de lograr indemnizar a las víctimas de los delitos no puede alcanzarse forzando más allá de lo razonable las normas.

Y eso es lo que con frecuencia sucede en materia de responsabilidad civil. Para completar el panorama conviene recordar que el mismo Tribunal Supremo ha llegado a declarar que siendo así que la naturaleza real de las normas que en el Código Penal regulan la responsabilidad civil es *precisamente la naturaleza jurídico-civil* no hay inconveniente alguno en admitir la analogía, prohibida en el derecho penal.

4.2. La distorsión del proceso penal y su objeto.

En los últimos años es creciente la percepción de que el derecho y el proceso penal están al servicio de cualquier cosa menos de la realización del derecho penal. Se dice que se está produciendo una especie de transformación en algo parecido al proceso civil, y esa acusación se concreta en algunas imágenes: el nacimiento del proceso penal cada vez es más aleatorio, las partes pueden desactivarlo y abandonarlo tras un pacto extraprocésal, aunque la ley no contemple esa posibilidad, etc. Consecuencia de todo ello es el desmoronamiento del principio «*nullum crime sine poena*» sobre el cual se ha construido buena parte del pensamiento penalístico.

De otra parte, la seguridad jurídica —presupuesto natural del método de estudio del derecho penal— parece que solamente afecta a la descripción de las especies de delito, pero no a la realidad de su vigencia o a la certeza del proceso.

La evolución parece a muchos escandalosa. La legalidad penal acuñada en el Iluminismo y en el pensamiento revolucionario francés, la explicación dogmática de la relación entre delito y pena, la Política criminal y, especialmente, el control sobre la realidad del principio de intervención mínima y también de la oportunidad del proceso parecen escapar de las manos de la organización de la Justicia y pasar a las de la libre voluntad de los particulares y sus egoístas intereses. Pareciera que se produce una «prostitución» del derecho y el proceso penal.

Frente a esas pesimistas acusaciones, por el contrario, se puede también denunciar la visible incapacidad del pensamiento penal y de la política legislativa para adaptarse al paso del tiempo; y otra crítica no menos dura: también la ciudadanía tiene que poseer una razonable certeza en torno a las condiciones que se precisan para que un proceso penal por delito nazca y sobre cuáles son los modos de conclusión de ese proceso, en lugar de que sea el ritmo de los acontecimientos quien haya de decidir eso.

La abierta prioridad que en la práctica tiene la reparación del perjuicio es humanamente comprensible –prescindiendo de que a veces se quiera conseguir a costa de cualquier interpretación de las leyes por absurda que sea– pero casual con el discurso previo sobre el fundamento y fin de las penas, pues ciertamente no tiene nada que ver con ninguna de las explicaciones sobre el fundamento y fin del derecho penal y, coherentemente, con el del propio proceso. En este punto conviene hacer algunas reflexiones que seguramente exceden el tema de la responsabilidad civil, pero que son de grave importancia. Estamos acostumbrados a que la ciencia penal enuncie cuáles son los fundamentos y fines de las penas y medidas (retribución, prevención general positiva o negativa, prevención especial positiva o negativa) así como las funciones del derecho penal cuando describe y castiga conductas (preservación del orden mínimo para la convivencia, garantizar el programa de vida ofrecido por la Constitución frente a los ataques que puedan ser más odiosos, simbolizar una expresión de valor positivo). Todo eso se atribuye al derecho positivo y puede quedar enunciado en esa dimensión mientras no haya transgresión de la norma; pero si esto último sucede todos esos fines tendrán que concretarse y esa específica decisión *se realiza a través del proceso penal cuando surge el conflicto*. Esta idea podría reducirse en una sola: el proceso penal persigue dar realidad a los fines del derecho penal en el caso *concreto*, y por lo tanto comparte esas funciones y fines.

Partiendo de esa premisa ¿qué debemos pensar cuando *la realidad enseña que el objeto real del proceso penal es, en muchos casos, lograr el resarcimiento material de los perjudicados, siendo la amenaza de castigo un mero instrumento para lograrlo?* La reacción instintiva es reconocer la total desconexión entre las proclamas doctrinales y la realidad de la función de las leyes penales y las instituciones procesales; eso, por demás, no sería un gran descubrimiento. Pero más allá de esa reacción se sitúa la obligación de dar sentido a las cosas evitando algo muy frecuente en el pensamiento jurídico-penal, especialmente en el de corte o raíz germánica: la pretensión de que sea la sociedad la que se acomode al derecho y no el derecho a la sociedad.

Como antes decía, nada se descubre al reconocer que muchos procesos penales concluyen «de facto» porque las partes han llegado a un acuerdo económico que satisface lo bastante sus intereses como para abandonar el proceso. Esa práctica produce incluso en ocasiones preocupación en los órganos jurisdiccionales⁵ y en el Ministerio Público, que justamente perciben un uso desviado (for-

5. De este tema me ocupo en mi artículo «Sobre la llamada privatización del derecho penal», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Aranzadi, 1, 2002.

6. No quiero entrar en otro perverso efecto de esa preocupación, consistente en rechazar querrelas por estimar que se trata sólo de una cuestión civil criminalizada. Eso es cierto a veces, pero no tantas como lo estiman los Jueces de Instrucción, para muchos de los cuales determinadas

malmente) del proceso penal. Los que creemos que el proceso penal puede ser también un espacio para la concordia, y no solamente para el conflicto, debemos entender que ese escándalo por el mal uso del proceso tal vez no se produciría si se reflexionara un poco más profundamente sobre la falta de mecanismos legales que puedan dar sentido de normalidad a la reparación y al pacto entre las partes, que evitaría que temas tan importantes estén fiados a las prácticas usuales. También, quizás, convendría reflexionar sobre la tal vez excesiva presencia de la llamada persecución de oficio, reduciéndola, en lo posible, en favor de la persecución a instancias del perjudicado.

La mencionada preocupación, por otra parte, es contradictoria con la también observada práctica de entender que el afianzamiento de las responsabilidades civiles ha de condicionar la libertad provisional. El tema de las fianzas imponibles o requeribles en los procesos penales es un problema que vive en una extraña situación de ausencia de comentarios, como si todos estuviéramos conformes con la manera en que se interpretan y aplican las normas sobre la libertad bajo fianza y los afianzamientos, cuando por esa vía se corre el peligro doble de frustrar el ya malparado ideal de igualdad ante la justicia, y, además, confundir las misiones de los procesos penales –ya de por sí bastante difusa según antes indicábamos– con las que corresponden a los procesos civiles.

Existen en esencia dos maneras de referirse a las fianzas, según se trate de la que se impone como condición para la concesión de la libertad provisional o del afianzamiento para asegurar las responsabilidades económicas del delito supuestamente cometido. Naturalmente puede exigirse el afianzamiento de responsabilidades civiles con total independencia de lo que se acuerde en relación con la libertad, pero posiblemente se cree –y será verdad– que quien es sometido a prisión incondicional no va a realizar especiales esfuerzos por afianzar sus responsabilidades civiles.

A partir de ahí la confusión de los objetivos es bastante frecuente. La fianza «de libertad» pretende asegurar que el acusado no eludirá la acción de la justicia, mientras que la otra tiene como objeto garantizar la efectividad y cumplimiento de la responsabilidad civil, y por lo tanto puede imponerse y exigirse con independencia de que se acuerde o no la prisión. Siendo el objeto principal del proceso penal la determinación de la responsabilidad criminal, de quien ha turbado la paz social (interés colectivo) es fácil entender que no tiene que ser utilizado en sustitución del proceso civil, orientado a la tutela de intereses individuales, y si se toman medidas de índole civil es solamente para evitar el absurdo de mantener dos procesos distintos (penal y civil) y simultáneos contra el mismo sujeto, ade-

figuras penales, especialmente en el ámbito de delitos económicos, parece que no hayan de ser aplicables nunca.

más de que las obligaciones que se intenta cubrir son las derivadas del delito, no todas las que el acusado tenga. Por lo tanto un proceso penal no es el marco adecuado para que un Juez promueva arreglos entre deudores y acreedores, o para resolver los distintos problemas de una suspensión de pagos o de una quiebra, y, menos aún, jugando con la libertad o la prisión. Si el Juez se dedica a hacerlo, excede su función y la del proceso penal. Y si se estima que ese dinero puede servir para el pago de responsabilidades económicas, se confunde la función de la prisión y de la fianza misma.

Claro está que se podría dar el paso de modificar la Ley de Enjuiciamiento Criminal en sus artículos 502 y ss. y abiertamente establecer que puede ser acordada la prisión provisional siempre que se estime que el acusado puede afianzar sus responsabilidades civiles y no lo hace porque no quiere. Pero además de que eso sería una distorsión brutal del fundamento de la prisión provisional, sería una grave violación de la presunción de inocencia, ya que el sometido a prisión se vería forzado a elegir entre su libertad y la pérdida cuando menos temporal del derecho a administrar sus bienes, sin que eso fuera efecto de una sentencia, y todo ese cúmulo de consecuencias no tiene, ciertamente, cabida en la lógica constitucional.

En todo caso lo cierto es que en muchos procesos prima la pretensión de resarcimiento sobre cualquier otra, y eso es comprensible, no debe ser motivo de escándalo y, lo más importante, ha de ser comprendido y asumido *en el sistema penal, que debe dar un sentido político-criminal a ese hecho*. Ese sentido ha de ir directamente vinculado al fin de afirmación del derecho con la menor cantidad posible de represión penal (prevención general positiva). Si el proceso penal es el marco en que se puede producir de hecho la reparación del daño será preciso que eso tenga una trascendencia para el proceso que vaya más allá de una mera «cuestión de hecho» (liquidación del proceso por desaparición del interés de las partes privadas). Aunque pueda ser una realidad, no es saludable para la corrección de las formas —y no se olvide que el Estado de Derecho es también formas— que la acusación pública se vea compelida a dejar de acusar a la vista de que no es viable ya un interés suficiente para continuar el proceso. Mejor sería, por lo tanto, que siempre hubiera un espacio adecuado para la eficacia de la reparación, ya sea en la norma punitiva (*función penal* en sentido estricto), ya en la capacidad del Ministerio Público para que, de acuerdo con el principio acusatorio y un sistema de oportunidad reglada, pueda decidir la inconveniencia de continuar el proceso.

Para terminar con este punto conviene retomar lo que más arriba decíamos acerca de la supuesta distorsión entre funciones y fines del derecho penal y realidad del proceso, abandonando tópicos y lugares comunes que siendo ciertos no dicen todo lo que deberían. Función del derecho penal es también promover la

convivencia con el menor coste de sufrimiento. Si el recurso a la pena se puede alcanzar gracias a la reparación, tanto mejor; y eso no será una perversión del derecho penal, sino, al contrario, algo coherente con su carácter de «extrema» o «ultima ratio», que por supuesto es incompatible con una lógica jurídica formal y obligadamente retribucionista.

Sentado lo anterior no debe haber obstáculo en comprender que el proceso penal, en coherencia con esa concepción del derecho penal, ha de ser *también* el marco adecuado para resolver el conflicto evitando en lo posible el recurso a la respuesta represiva. Y eso *no tiene nada que ver con el que a veces se pretenda el nacimiento de un juicio criminal a partir de hechos que en realidad no son tipificables como delito*; eso sí es una perversión del proceso, pero no así su posible cancelación por haberse satisfecho las pretensiones reparadoras.

5. LA EFICACIA PENAL DE LA REPARACIÓN CIVIL: DETERMINACIÓN, EJECUCIÓN DE LA PENA, REHABILITACIÓN

Más allá de la reflexión sobre el sentido que en la práctica tiene el proceso penal y que *debería tener* en la política criminal, se ha de analizar la real función penal que tiene la reparación civil. Al decir función penal me refiero a la capacidad que la reparación civil del daño causado ha de tener en orden a la determinación de la concreta reacción o consecuencia punitiva del hecho realizado así como a la posibilidad de acceder a ventajas o beneficios penales, esto es, aquellos efectos diferentes de la determinación del monto o contenido de la indemnización o de los conceptos que integrarán la deuda nacida del hecho penalmente típico.

En términos generales (Libro I CP) la reparación, en cualquier delito, puede tener eficacia en el ámbito de la circunstancia atenuante 5ª del artículo 21 CP («haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral...»). Por supuesto, ésta es una incidencia restringida por el tiempo válido para llevarlo a efecto —antes del juicio oral— a lo que se puede sumar su trascendencia punitiva, que no puede ser otra que la propia de las atenuantes, salvo que el Tribunal decida apreciarla como muy cualificada (art. 66.4º CP). Como después volveremos a indicar, es poco equitativo que esa reparación previa al proceso sea de tan grandes efectos de bloqueo del juicio en el caso del delito fiscal y sólo atenuatoria en los demás delitos.

Pero antes de pronunciar apresuradas críticas hay que tener en cuenta que en los delitos en los que la víctima o perjudicado desee esencialmente la reparación económica, si ésta se produce a su satisfacción queda fuera de duda que no proseguirá con el proceso penal si depende de su denuncia. Si se trata de uno de

los supuestos en los que puede ser eficaz el perdón del ofendido (art. 130.4º CP) la cuestión tendrá perfiles más nítidos. Si, en cambio, como será las más de las veces, se trata de un delito perseguible de oficio, estaremos de nuevo ante lo que ya hemos comentado: la desactivación del proceso por abandono de la parte perjudicada, conclusión «de facto» que merecía tener una regulación formal explícita.

Pero la satisfacción de responsabilidades civiles como instrumento y condición para la aplicación práctica de las normas penales –por lo tanto, lejos de funciones civiles– se presenta con nitidez en los artículos 136.2.1º y 81.3º CP. El primero de ellos se destina a fijar las condiciones para la cancelación de antecedentes delictivos, entre las cuales se incluye la satisfacción de las responsabilidades civiles. El artículo 81.3 CP/1995, requiere también la satisfacción, en lo posible, de las responsabilidades civiles que se hubieran originado como condición necesaria para dejar en suspenso la ejecución de la pena privativa de libertad (art. 81.3º CP), en los casos en que tal suspensión es posible (arts. 80 y ss. CP). Por último, la sustitución de las penas privativas de libertad (art. 88 CP) puede condicionarse también al esfuerzo que el reo haya llevado a cabo para reparar el daño causado por el delito⁷.

En relación con el condicionamiento de previa satisfacción de la responsabilidad civil como condición para acceder a la suspensión de la pena, PRATS⁸ ha indicado que ese requisito guarda un claro paralelismo con los requisitos que se exigen para la rehabilitación en el Código Penal (art. 136.2.1º)⁹. Ciertamente que el requisito se condiciona a su vez a que el reo pueda cumplir, cosa que no será posible si ha sido declarado insolvente total o relativo en el proceso, además de que esa imposibilidad será finalmente declarada por el Tribunal tras oír a Fiscal y acusado. Aquí es donde se introduce la advertencia formulada por el TS, como recuerda PRATS, de acuerdo con la cual nunca podrá ser admisible que la pobreza cierre el camino a la obtención del beneficio (en puridad el TS se ha referido a la función de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa). Y en verdad que otra conclusión sería insoportable.

7. A estas reglas generales deben añadirse las que en concreto se establecen para determinados delitos, como por ejemplo la regularización voluntaria de deudas al Fisco o a la Seguridad Social (arts. 305.4 y 307.3), o la atenuación prevista en el art. 340 CP para aquellos autores de delitos urbanísticos, contra el patrimonio histórico o medioambientales que voluntariamente reparen el daño causado.

8. PRATS CANUT, J. M.: «Comentarios al Código Penal», con QUINTERO y otros, «Comentario artículo 81.3º», 2ª ed. Pamplona, 2001.

9. La satisfacción de la responsabilidad civil no alcanza a las costas y otras responsabilidades pecuniarias, que están incluso reguladas en diferentes lugares del Código.

En cuanto a lo dispuesto en el artículo 88.1 CP, que alude al «esfuerzo por reparar el daño» lo que se puede decir es que se sitúa en una buena dirección formal, pues contempla justamente la buena voluntad reparadora prescindiendo de la capacidad económica real; pero por desgracia en la práctica este requisito o parece no incluido en la ley, o no se sabe cómo valorarlo en relación con sujetos concretos, o acaba siendo cumplido con tal de que se haya producido algún acto externo objetivo de reparación. Seguramente nada de eso es lo que deseaba el legislador, que a su vez idealizaba la capacidad de los órganos judiciales para valorar esas profundidades subjetivas.

También la rehabilitación del reo, como antes dije, se hace pender del cumplimiento de la responsabilidad civil¹⁰. Como indica TAMARIT¹¹ esta fórmula en teoría es una solución de equilibrio entre los derechos del condenado y los legítimos intereses de los perjudicados, que no pueden ser ignorados por una política criminal que integre como uno de sus objetivos el favorecimiento de la reparación a la víctima. El problema, como en los casos anteriores, es el de la inexorable burocratización que rodea la declaración de insolvencia, que a su vez será fruto de comprobaciones formales o documentales. Por lo tanto de nada sirve que el en su día condenado lleve una vida cómoda y desahogada, o incluso, de lujo y ostentación si formalmente continúa siendo insolvente porque la capacidad de escusión sobre sus bienes no ha sido suficiente para levantar todos los velos y testaferrías que los ocultan. Es entonces cuando con razón estalla la indignación social con la consiguiente total falta de credibilidad de lo que enuncian las leyes penales.

Efectivamente, con demasiada frecuencia la ciudadanía contempla el espectáculo de conocidos condenados o sujetos a procesos teóricamente acompañados de grandes embargos, que, no obstante ello, continúan disfrutando de cuantiosos recursos financieros. Ciertamente que en parte se explica por la separación de los

10. En el art. 136 CP podemos leer: «Los condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal tienen derecho a obtener del Ministerio de Justicia e Interior, de oficio o a instancia de parte, la cancelación de sus antecedentes penales, previo informe del Juez o Tribunal sentenciador.

2. Para el reconocimiento de este derecho serán requisitos indispensables:

1º Tener satisfechas las responsabilidades civiles provenientes de la infracción, excepto en los supuestos de insolvencia declarada por el Juez o Tribunal sentenciador, salvo que el reo hubiera venido a mejor fortuna.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, en el caso previsto en el art. 125 será suficiente que el reo se halle al corriente de los pagos fraccionados que le hubieran sido señalados por el Juez o Tribunal y preste, a juicio de éste, garantía suficiente con respecto a la cantidad aplazada».

11. TAMARIT SUMALLA, J. M.: «Comentarios al Código Penal», con QUINTERO y otros, cit., «Comentario al artículo 136».

patrimonios personales y los de las sociedades mercantiles; pero eso, que es inobjetable en el derecho mercantil, no es admisible en la responsabilidad «ex delicto» que ha de ser inicialmente personal y no puede ser diferida a los límites comprometidos en las sociedades mercantiles. Claro está que para que eso sea posible sería precisa una actuación jurisdiccional y policial severa y profunda, que rara vez se lleva a cabo. Si eso no se garantiza será muy difícil otorgar a la reparación y al resarcimiento —siempre así limitado a lo «posible»— una función político-criminal más sólida que la que ahora tiene.

Otro problema diferente es el que se producirá *todas las veces en que el perjudicado haya reservado el ejercicio de la acción civil y por lo tanto no haya demandado la reparación en el proceso penal*. Posiblemente el legislador cuando dispuso que la acción civil se podía reservar (art. 109.2 CP), no consideró que eso fuera a interferirse en la interpretación y aplicación de lo dispuesto en relación con la sustitución y suspensión de pena y con la rehabilitación. El perjudicado que se reserva la acción civil tiene un plazo para ejercitarla, plazo que no habrá de comenzar a correr, lógicamente, mientras que el proceso penal provoque la suspensión. Pero los avatares de esa acción civil no pueden dar lugar a la inviabilidad de lo establecido en el Código Penal en orden a beneficios y rehabilitación. A propósito de la rehabilitación TAMARIT estima que si el perjudicado no ha ejercitado la acción civil en el plazo adecuado (prescripción) no afecta a la cancelación de antecedentes. Con independencia de cuál sea el plazo de prescripción, continúa TAMARIT, siempre se daría el caso en relación a algunos delitos de que la prescripción se haya producido con anterioridad a la propia extinción de la pena. En consecuencia, la prescripción de la acción civil solamente resultará operativa en el caso en que no haya sido ejercitada y en que por consiguiente no haya recaído declaración de responsabilidad civil en la sentencia¹².

Por lo mismo, si la acción civil se ha reservado y el proceso penal ha concluido, el acceso a cualquier beneficio —el problema de la rehabilitación tiene otros perfiles a causa de la extensión de los plazos para solicitarla— no podrá depender de lo que ulteriormente decida la jurisdicción civil.

Ésta es en esencia la trascendencia *actual de la reparación del perjuicio en relación con la reacción punitiva*. En verdad que este modo de fomentar la reparación no es el más deseable, pero algo es. Desgraciadamente en España no existe todavía una conciencia clara de la utilidad de desarrollar mecanismos de solución del conflicto que eviten el recurso a la pena, cosa que, en cambio, se consideró por el legislador muy adecuado en relación con los delitos contra la Hacienda Pública

12. TAMARIT, cfr. op. cit.

y la Seguridad Social. Pero por lo visto lo que puede ser bueno en esos casos no tiene por qué serlo en una política criminal que contemple la totalidad de los hechos delictivos cuyo contenido esencial de daño o perjuicio pueda resumirse en dinero.

Para completar el panorama de dificultades aparecen armados de críticas algunos penalistas, que desde una óptica a mi juicio autoritaria o fruto de un particular modo de entender lo que es progresista, no dejan de expresar censuras a las políticas de fomento de la reparación del perjuicio como modo de resolver un conflicto inicialmente penal, puesto que la reparación sería en sí misma, una solución «civilística» impropia del proceso y del derecho penal. Desde esa postura se estima casi «imperecedera» la diferenciación entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, como si nada hubiera cambiado en los últimos cincuenta años en la sensibilidad política y jurídica. Es cierto que la indemnización a las víctimas del delito y la reparación del perjuicio causado por el mismo, nunca han dejado de ser declaradas como objetivos formalmente perseguidos por el derecho penal, pero es cierto también que para muchas mentalidades el proceso penal, si empieza, solamente puede concluir con la absolución o con la condena del acusado.

Todos los Códigos españoles han dedicado sus correspondientes capítulos a la responsabilidad civil, a partir de la declaración esencial de que «toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios...», contenida en el artículo 116.1 del CP, que a su vez recoge una tradición legal. En teoría, pues, la persecución de la responsabilidad civil es consustancial a la de la responsabilidad criminal —prescindiendo ahora de los muchos matices que luego habrá que indicar— y por lo tanto el objetivo de resarcimiento es igualmente importante.

Pero lo cierto es que la realidad es otra. Los objetivos de reparación, y basta con dirigir la mirada a la atención que han merecido de parte de la doctrina penal, siempre se han situado en un plano secundario respecto de la retribución por la pena o el aseguramiento del autor del delito (prevención especial) o la advertencia a todos (prevención general), sin perjuicio del ideal de reinserción. El grado de preocupación que el tema suscita a los ciudadanos (la indemnización a la víctima y, en general, los intereses directos del perjudicado por el delito), ha sido muy bajo, y eso explica que se haya acusado a la ciencia penal de olvidarse de los perjudicados en su afán de preocuparse por los derechos del delincuente, como si víctima y perjudicado no fueran también parte del problema penal (por supuesto que este tema es también usado por algunos para hacer mera demagogia pro-represiva y contra las garantías y derechos individuales, pero de esas opiniones no merece la pena ocuparse).

6. EL DELITO COMO FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

6.1. El delito como concepto jurídico-penal.

Parece una obviedad dedicar un apartado expreso a lo que da título a este trabajo: el delito es fuente de obligaciones civiles. Pero esa aparente obviedad encierra algunos problemas interpretativos, que merecen un análisis algo detenido. Cuando se habla de «delito» como *concepto técnico-jurídico*, de «delito» como *presupuesto de consecuencias penales*, y de «delito» como *fuentes de obligaciones civiles*, se está haciendo referencia a algo que es en esencia similar, pero no plenamente.

– Como *concepto técnico-jurídico* supone la concurrencia de una acción típica, antijurídica, culpable y punible, sin que pueda faltar ninguno de esos elementos, pues si así fuera no habría propiamente un delito, aun cuando un amplio sector doctrinal distingue, a propósito del último de sus elementos, entre punibilidad «potencial o abstracta» y «concreta». Sin entrar en ese debate sobre si hay delito pero no se castiga o si faltando castigo no hay delito, sabemos que la concurrencia de excusas absolutorias deja a salvo la responsabilidad civil (cfr. p. ej., art. 268.1 CP), será posible imponer una pena y declarar la responsabilidad civil.

– Como presupuesto de *consecuencias penales*, que comprenden tanto las penas como las *medidas de seguridad*, se admitirá la existencia de delito con tal de que el acusado haya realizado un acto típico y antijurídico, aunque se declare su inculpabilidad por concurrencia de cualquiera de las causas de esa naturaleza previstas en el artículo 20 CP, en cuyo caso se resolverá el problema de la responsabilidad civil siguiendo lo dispuesto en el artículo 118 CP, del que en su momento nos ocuparemos.

– Como *fuentes de obligaciones* la existencia de delito no puede quedar atada a la expresa declaración de culpabilidad de una persona concreta tras un proceso. La obligación «ex delicto» *nace con el hecho, y no con el proceso*. Eso explica precisamente el sentido del artículo 258 CP, en que se contempla una modalidad de alzamiento de bienes en la que el acto de disposición se realiza inmediatamente después del hecho, con el fin de eludir responsabilidades civiles *dimanantes del mismo* y antes, por lo tanto, de que se dicte la condena penal. Por lo mismo podemos entender que la obligación «ex delicto» es un concepto con relativa autonomía respecto del proceso penal, y sin que eso deje de ser cierto, el proceso penal la declarará junto con la responsabilidad criminal, aunque no necesariamente, puesto que podrá haber responsabilidad civil que recaiga sobre personas que no son responsables criminales, y eso solamente se puede comprender desde esa cierta autonomía antes mencionada.

Por otra parte, y ya en el terreno de la responsabilidad civil unida a la responsabilidad criminal, no habrá que olvidar que el delito, siendo una institución

del derecho penal positivo, no es un concepto abstracto; sólo es algo con realidad práctica cuando la jurisdicción, en uso de su monopolio interpretativo, lo ha declarado así a través del correspondiente proceso penal. Así pues, la condición *originaria* de que se haya cometido un delito o falta no es sólo material, sino esencialmente formal. La certeza de la comisión de un delito no permite acudir directamente a la jurisdicción civil en demanda de que se declare la correspondiente obligación «ex delicto», pues eso sólo puede hacerlo la jurisdicción penal, con independencia de que el perjudicado pueda reservarse el ejercicio de la acción civil. Por lo tanto, la responsabilidad civil *que regula el Código Penal* requiere que una sentencia declare la existencia de infracción penal. En relación con esa declaración hay que advertir que:

a) La declaración solamente puede producirse en sentencia contra persona determinada. Si por el contrario se declarase la existencia del delito a la vez que se dictaba la absolución del acusado por inexistencia de relación subjetiva con el hecho, sería preciso un nuevo proceso contra el auténtico autor.

b) La posibilidad de la extinción de responsabilidad criminal arrastrará a la declaración de responsabilidad civil, aparentemente. Pero esa apariencia encierra posibilidades muy diversas según cuál sea la causa determinante de esa desaparición de la responsabilidad. Si la acción para perseguir ese delito *se ha extinguido por prescripción* será imposible pretender la responsabilidad civil, y sólo será demandable en vía civil si la correspondiente acción aún no ha prescrito, lo cual difícilmente será posible en la mayor parte de los casos, pues el término de la prescripción de los delitos suele ser más amplio que el de la prescripción de las acciones civiles, aunque no siempre (p. ej., la prescripción del delito de usurpación de inmuebles se produce antes que la de la acción civil de reivindicación de la propiedad).

Si la responsabilidad criminal se extingue *por cumplimiento de la condena* y a su vez la acción para demandarla no hubiera sido ejercitada en el procedimiento penal, se tendrá que someter al término de prescripción que civilmente le corresponda, salvo aquellos casos en los que el procedimiento civil tuviera que aguardar a la conclusión del penal por identidad de objeto.

Si la causa de la extinción de la responsabilidad criminal fuera la *muerte del reo* la dificultad mayor se producirá –y de ello se tratará más adelante– cuando dicho fallecimiento haya acaecido antes de la condena firme, pues entonces no habrá otra vía de reclamación que la de solicitar el cumplimiento de la obligación «ex delicto» ante la jurisdicción civil; pero eso no debe conducir a otra conclusión que la de reconsiderar lo que significa «delito» como fuente de la obligación, de lo cual hemos tratado antes, y por lo tanto esa pretensión podrá ser deducida ante la jurisdicción civil y contra los herederos del supuesto responsable criminal del hecho.

La acción civil *para exigir* la reparación del perjuicio —que corresponde tanto al perjudicado por el delito como a sus propios herederos— se puede ejercer contra los herederos del responsable criminal, salvo que éstos hubieran aceptado la herencia a beneficio de inventario (cfr. arts. 1010 y ss. CC). Téngase en cuenta también que en la actualidad el Código Penal nada dice acerca de la transmisión de las acciones para reclamar a los herederos, a diferencia de lo que hacía el Código anterior en su artículo 105, que expresamente se pronunciaba sobre ese derecho a reclamar o a soportar la reclamación que respectivamente se transmitía a herederos del responsable (sic) y del perjudicado. También ha desaparecido la antigua declaración contenida en el artículo 117 del Código anterior, que por un lado parecía una obviedad, pues decía que la responsabilidad civil nacida de delito o falta *se extinguirá del mismo modo que las demás obligaciones, con sujeción a las reglas del derecho civil*, pero por otra parte era el engarce jurídico entre las normas del derecho penal y las del derecho civil, ya que evidentemente el derecho penal no contiene una regulación de los supuestos de extinción de la responsabilidad civil¹³.

El Código actual no contiene, así pues, declaraciones sobre la transmisión por herencia ni sobre la aplicación de las reglas del Código Civil, pero tampoco es preciso; y, además, podría dar lugar a confusiones, puesto que en derecho penal el concepto de perjudicado puede ser más amplio que el que resulta válido en el derecho civil, y reglas como las hoy desaparecidas podrían llevar a la equivocada conclusión de que, a la vista de su presencia en el Código Penal, solamente pueden tener la condición de perjudicados aquellos sujetos que a su vez puedan transmitir ese título a sus herederos, lo cual es equivocado.

Que no sea preciso no quiere decir que la cuestión de la sucesión esté exenta de problemas, sino tan sólo que esos problemas no se resuelven con declaraciones como las de los antiguos artículos 105 y 117. La sucesión en la acción contra el responsable civil que también lo es criminal —aunque esa responsabilidad no presuponga la culpabilidad en sentido penal— puede ser fácil; en cambio, la acción contra los que son responsables civiles sin haberlo sido penalmente, o contra los herederos de éstos, estará llena de dificultades por razones fácilmente imaginables. El artículo 105 del anterior Código decía que la obligación de restituir, reparar el daño e indemnizar los perjuicios se transmitía a los *herederos del responsable*, lo cual permitía acoger tanto a los responsables criminales como meramente civiles. El legislador de 1995 estimó que esa declaración era innecesaria por obvia, pero no lo es tanto.

La sucesión en la pretensión indemnizatoria, según opinión dominante, alcanza a los detrimentos o pérdidas patrimoniales, pero no a la indemnización de daños materiales y morales. De estos últimos se estima que no cabe ocupar por

13. De los problemas de transmisión y extinción se ocupa más adelante «in extenso», S. CAVANILLAS.

sucesión el lugar del que los sufrió simplemente porque habrá desaparecido la razón que los justifica¹⁴.

c) Que se aprecie la existencia de daños o perjuicios derivados de ese delito. Esto supone que el daño o perjuicio no son un *efecto automático de cualquier delito*, sino la consecuencia concreta de algunos de ellos. Posteriormente volveremos sobre este interesante tema de los delitos sin responsabilidad civil.

El problema de la elección de la fuente normativa reguladora vendrá dado cuando por las razones que ya sabemos sea la jurisdicción civil la que tenga que decidir sobre la obligación. En apariencia las normas del Código Penal se dirigen a todos los ciudadanos y a todos los Tribunales. Pero no parece posible, dada la separación de jurisdicciones, que los jueces civiles puedan declarar interpretaciones de las leyes penales sin invadir las competencias exclusivas de la jurisdicción penal. Por lo tanto, serán las normas, la jurisprudencia y la doctrina civiles las que habrán de proporcionar las bases de las decisiones en esos casos.

6.2. Los delitos sin responsabilidad civil.

Como hemos advertido en el apartado anterior, no todos los delitos generarán responsabilidad civil. Es necesario que el delito o falta cometidos hayan producido perjuicios estimables, cuantificables, ya sea sobre bases materiales o espirituales o morales. Esta idea deriva de lo dispuesto en el artículo 109 del CP que como sabemos dispone que la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y *perjuicios causados por el mismo*, sin afectar al derecho del perjudicado a optar, si así lo desea, por exigir la responsabilidad civil ante la jurisdicción civil. La declaración del artículo 109 se complementa con la del artículo 116.1 CP, en cuya virtud toda persona criminalmente responsable lo es también civilmente *si del hecho se derivasen daños o perjuicios*. En la doctrina española no se discute, siguiendo la opinión en su momento expresada por ANTÓN ONECA esa idea, y se estima sin discusión que no todo delito da lugar a la aparición de la responsabilidad civil.

La siguiente idea, orientada a decidir cuándo habrá y cuándo no habrá responsabilidad civil, se resume en una simple afirmación: solamente habrá responsabilidad civil cuando el delito enjuiciado sea de los que *producen un daño reparable*. El criterio de distinción, así establecido, parece claro y sencillo, pero lo cierto es que no lo es tanto. Hay, ciertamente, una base argumental respetable: si se dijera que todos los delitos producen obligación civil ésta parecería una especie de consecuencia necesaria como lo pueden ser la pena o la medida de seguridad; pero si, como hacemos, se estima que la causa de la obligación de reparar no es

14. Id. a nota anterior.

el delito sino el perjuicio por el mismo causado, fácil será admitir que a falta de perjuicio no hay responsabilidad civil. Pero subsistirá el mismo problema, a saber: *cuándo será posible afirmar que no ha habido perjuicio ni daño.*

La primera cautela es no confundir lo que es un delito de resultado con la de delito provocador de daño o perjuicio, como si solamente los primeros fueran capaces de generar esas consecuencias. Delitos como la calumnia o la amenaza no son de resultado y, en cambio, es un hecho conocido el que en nombre de la indemnización de perjuicios morales en esos procesos se reclaman a veces enormes sumas. Pero con la misma facilidad con la que se acepta eso se indica seguidamente que hay delitos *sin daño* como son los delitos de peligro, las tentativas de delito, o los actos preparatorios, en los cuales no se puede reclamar reparación alguna, al margen de que en su caso se pueda solicitar la imposición de las costas al acusado.

¿Cuál es la razón? La respuesta es aparentemente sencilla: la reparación solamente puede nacer de la *efectiva lesión de un bien jurídico*. No importa que el bien jurídico sea espiritual (p. ej. honor o intimidad), pues también esa clase de bienes son susceptibles de lesión. Lo que no puede tener cabida, según el parecer mayoritario, es la reparación *frente, tan sólo, a la puesta en peligro de un bien jurídico*. Por ese motivo doctrina y jurisprudencia coinciden en negar la pretensión de reparación en casos de tentativa y de delitos de peligro; en el caso de la tentativa, lógicamente, sólo cuando los actos ejecutados no sean por sí mismos constitutivos de delitos.

Ésta es una opinión tan extendida que parece indiscutible, pero no creo que lo sea tanto. La jurisprudencia, con razón, ha negado la responsabilidad civil en casos de prevaricación, de estafa frustrada, de delitos de riesgo. Pero no es aceptable que una intromisión en la intimidad merezca reparación económica y, en cambio, haber puesto en peligro la vida de otra persona con un disparo que por fortuna no le ha alcanzado no pueda dar lugar a un derecho a la reparación, a pesar del indudable sufrimiento que esa vivencia haya podido producir a la víctima que no lo llegó a ser. Por lo tanto, la idea de que las tentativas son simples riesgos que no generan derecho a la reparación y que, en cambio, las amenazas, por ejemplo, sí que pueden dar lugar a ella, es en sí misma desproporcionada.

7. LA PARTICIPACIÓN LUCRATIVA COMO FUENTE DE LA OBLIGACIÓN DE REPARAR

El artículo 122 CP dispone que quien por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito o falta está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación. Esa norma —que alguna sentencia estima como reguladora de la «receptación civil»— se inspira en esencia en un principio ya antes apuntado: el de que no es preciso ser responsable cri-

minal para poder ser responsable civil; a la condición de responsable civil se podrá llegar en virtud de reglas de solidaridad con el autor o de protección del perjudicado a pesar de la exculpación del autor, o bien por haber disfrutado de los efectos del delito, sin que se trate de receptación punible (arts. 298 a 303 CP), pues si así fuera no sería preciso acudir a este precepto, sino que estaríamos ante un caso ordinario de responsabilidad «ex delicto».

Efectivamente, los casos contemplados en artículo 118, que son supuestos de responsabilidad civil sin responsabilidad criminal carecen de ese componente de obtención de beneficio (dejando de lado el tema de la responsabilidad en caso de error, que en su lugar se examina), mientras que el artículo 122 contempla precisamente ese componente de beneficio.

Ciertamente los sujetos mencionados en este artículo 122 no son técnicamente ni siquiera responsables civiles, pero pueden ser compelidos a cumplir una obligación civil, cual es la de restituir. Es ésa una decisión legal cuyo objeto difícilmente podría alcanzarse sin esa regulación expresa; por lo tanto esas personas no podrían ser obligadas a restituir, al menos no podrían serlo en el marco del proceso penal. Con ello queremos decir que el fundamento jurídico de esta obligación existe, sin duda, pero no se derivaría directamente del hecho delictivo pues su fundamento es otro.

La posible confusión viene provocada por el empleo del verbo «participar», que inevitablemente recuerda a la «participación en el delito», conducta propia de inductores y cómplices. Pero no es ése el problema de delimitación más importante, sino el que tiene que trazarse con la receptación. Y es ahí donde hay que situar la mayor dificultad, que es precisamente la de separar a estos sujetos a que se refiere el artículo 122 de los que sean responsables criminales como receptadores, pues no son lo mismo en modo alguno. Las razones son, ante todo, históricas (precepto similar a éste ya existía cuando el encubrimiento era forma de participación y antes de que se creara la receptación como delito autónomo), en segundo lugar de especialidad del título de responsabilidad, pues los receptadores, en cuanto autores de un delito, están por esa causa sujetos a la responsabilidad civil que del mismo se derive, la cual absorbe y posiblemente supera a la obligación de restituir que aquí se señala.

Pero, claro está, con esos solos elementos no se pueden establecer nítidamente las diferencias. El receptador y el que se aprovecha, al fin y al cabo, saben o pueden saber que están obteniendo un beneficio material procedente de un delito, puesto que de la regla del artículo 122 no se puede deducir que tenga como requisito para su aplicación el que el beneficiado «ignore» que ese provecho lo obtiene gracias a que otra persona ha realizado un acto ilícito; por lo tanto puede tener un primer punto de coincidencia con el receptador: saber de dónde procede el dinero o el bien.

La diferencia entre uno y otro tendrá pues que discurrir por otros derroteros. El comportamiento del receptor llena su contenido de antijuridicidad no solamente por la procedencia del bien que recibe, sino además porque actúa con ánimo de lucro en el sentido del derecho penal, esto es, persiguiendo un beneficio al que no tiene derecho a costa de otra persona y para que de ese modo el autor del hecho pueda lograr a su vez el agotamiento material de la infracción.

Nada de eso es preciso para declarar que estamos ante un supuesto de aprovechamiento lucrativo. Ese aprovechamiento es compatible con una posición jurídica legítima. Por ejemplo, quien recibe por sus créditos un pago por parte de su deudor que lo hace no con sus propios bienes, sino con los de la Sociedad mercantil que administra, abusando de sus poderes de disposición sobre el patrimonio de la misma. Respecto de ese acreedor puede declararse la obligación de restituir, aunque no sea una obligación nacida del delito. En el fondo se tratará de una traslación del principio del derecho civil que declara la nulidad de los negocios cuando es ilícita la causa, concretamente cuando ha habido delito que afecte a una de las partes (art. 1305 del Código Civil), en cuyo caso es obligada la restitución de los efectos del mismo, pues no hacerlo supondría amparar el enriquecimiento injusto primando el interés del acreedor (en nuestro ejemplo) por encima del interés del dueño de los bienes. Por lo mismo, el artículo 122 en nada habrá de afectar al derecho de reclamación de quien se haya visto compelido a devolver.

Ya en el plano de la interpretación concreta del artículo 122 valga decir que la participación en los efectos debe entenderse como aprovechamiento de rendimientos materiales, tangibles y evaluables de los delitos, lo cual puede suceder a causa de un delito contra el patrimonio o de cualquier otro. Lo único determinante es que se trate de productos generados por el delito, valorables y susceptibles de restitución (cosas) o de resarcimiento (el valor).

Por último aparece el problema de transmisión, que en su lugar se analizará con más detenimiento. De momento digamos que en cuanto a la transmisión a terceros, si es «mortis causa» y la acción penal aún es ejercitable, no hay duda de que lo dispuesto en el artículo 122 alcanza a los herederos o legatarios. Pero si se trata de transmisión «inter vivos», con inocencia de ambas partes respecto al origen ilícito lejano de los objetos del negocio, no parece posible la aplicación de la nulidad por causa torpe, y tampoco cabrá ya hablar de enriquecimiento injusto. Por lo tanto, será inviable plantear la restitución o la reparación del daño.

8. LOS COMISOS Y OTRAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS DIFERENTES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

El CP/1995 introdujo un Título VI en el Libro I que en opinión de muchos está todavía pendiente de estudio profundo y de aplicación práctica. Conviven en

1. La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil

esencia dos grupos de problemas: el comiso o incautación de los productos o efectos del delito y, de otra parte, las medidas que pueden imponerse a las personas jurídicas, que son encuadradas en este amplio término de «consecuencias accesorias» para evitar lo que crearía difíciles problemas de comprensión, que sucedería si se hablara de «penas» o «medidas de seguridad» imponibles a personas jurídicas.

Tan graves cuestiones se regulan en los artículos 127 a 129, y a ellas nos referiremos por separado.

8.1. El comiso.

Tradicionalmente en el Derecho español el comiso había tenido la condición de *pena accesoria* (cfr. art. 48 CP/1973), naturaleza que generaba unas específicas consecuencias: se trataba de una pena accesoria necesariamente unida a las principales. Por lo tanto, con independencia de que los Tribunales debían de condenar *expresamente* a ellas, se sustraían de las facultades discrecionales, las cuales a su vez obligan a la motivación, como cualquier decisión que gradúe consecuencias, y a establecer la *proporcionalidad* entre enjundia económica del hecho y alcance del comiso.

Esta variación de naturaleza no ha sido, curiosamente, valorada ni en la doctrina ni en la práctica; pero lo cierto es que encierra importantes consecuencias.

La regulación legal de lo que hoy debe denominarse *consecuencia accesoria de comiso*, la tenemos en el artículo 127 CP¹⁵. Lo más importante de este precepto no es tanto su contenido, siéndolo, sino la mutación de naturaleza a la que antes me refería. La necesidad y la proporcionalidad del comiso no tienen nada que ver con el antiguo automatismo con el que, por voluntad legal, se tenía que decretar. En cambio, de acuerdo con la actual regulación del comiso, su aplicación, en cuanto consecuencia accesoria, *no es preceptiva*, a diferencia de lo que ocurre con las penas accesorias¹⁶.

15. Art. 127 CP: «Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los instrumentos con que se haya ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente. Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán».

16. Cuya disciplina la vemos en el art. 79 CP, que señala: «Siempre que los Jueces o Tribunales impongan una pena que lleve consigo otras accesorias condenarán también expresamente al reo a estas últimas».

El que no sea preceptiva no significa que pueda reducirse a decisión discrecional de los Tribunales. Como acertadamente señala PRATS: «se trata de una medida controvertible en juicio, y de ahí la necesidad de que se someta expresamente a debate por el Ministerio Fiscal... (pues)... del hecho de que su apreciación no sea obligatoria, no puede deducirse a su vez una renuncia a los principios de legalidad y acusatorio, que a diferencia del anterior no tienen una especificidad propia para el comiso, sino que se derivan de los principios informadores del sistema punitivo»¹⁷.

La vinculación de esta consecuencia accesoria de comiso –cuyos múltiples problemas no vamos a analizar aquí, y que pueden conocerse en el comentario de PRATS antes citado– con el tema objeto de este trabajo, viene dada precisamente porque el destino que el Código Penal asigna a los bienes decomisados es precisamente el de *hacer frente a las responsabilidades civiles* del penado, y si no fuera preciso o posible se les daría destino que dispongan los reglamentos o se inutilizarán¹⁸.

Hacemos la anterior advertencia para indicar que no vamos a entrar en la compleja casuística del comiso, sino tan sólo acercarnos a esa figura en la medida en que una parte de su función está ligada a la responsabilidad civil. Pero, claro está, tienen otras funciones tan o más importantes, aunque ya no sean en puridad *represivas*. La función del comiso participa de ideas retributivas y de prevención especial, sobre todo cuando afecta a los instrumentos de comisión de delitos, participa también de la idea general de justicia que lleva a luchar contra el disfrute de lo injustamente obtenido, y, por último, pese a su ineficacia práctica, pretende destruir la idea de que soportar la condena puede ser un buen negocio si se sabe preservar para después el fruto material del delito.

Es importante, por todo ello, no olvidar la peculiar naturaleza del comiso, que no es idéntica a la responsabilidad civil, *aunque ése pueda ser su destino final*. Esa diferencia se habrá de plasmar en otros efectos jurídicos. La responsabilidad civil se transmite a los herederos en su caso, pero eso no puede sostenerse igualmente respecto de los herederos del responsable del hecho. En los casos de fallecimiento del acusado o procesado sin que se haya llegado a acordar el comiso no es posible aplicar lo dispuesto en el artículo 127 faltando una resolución condenatoria, tesis que ya mantenía la jurisprudencia cuando el comiso tenía consideración de pena accesoria¹⁹.

17. PRATS: «Comentarios...», cit., «Comentario al artículo 127».

18. Esto último es particularmente significativo cuando se trata del específico comiso de drogas (art. 374 CP).

19. Sobre esto, PRATS, op. cit.

La modificación de naturaleza, que obliga a justificar y explicar la proporcionalidad entre el alcance del comiso y el hecho y sus efectos encuentra su engarce directo con el objeto de estas páginas gracias al requisito fijado en el artículo 127, de acuerdo con el cual la ponderación del comiso se hará a partir de que estén *satisfechas las responsabilidades civiles* dimanantes del delito. De este modo el cumplimiento de la responsabilidad civil se alza como condición para que el derecho penal conceda o deniegue algo; indudablemente si el comiso mantuviera el carácter de *pena* no sería admisible que la imposición de tal pena pendiera de la satisfacción de la responsabilidad civil; pero dado el cambio de naturaleza jurídica que se ha producido desde 1995 no tiene que haber reparo alguno en comprender que una medida que en esencia retirará bienes del poder del autor del hecho pueda limitarse en la medida en que haya cumplido ya con la reparación del daño producido por el delito, y si no ha sido así, esa incautación será aplicada a la finalidad prioritaria y comprensible de indemnizar a la víctima.

Sabemos pues que la función del comiso no es solamente desposeer al delincuente de los instrumentos y frutos del delito, sino también aplicar todo eso al cumplimiento de las obligaciones que con el delito contraiga. En ese concepto entrarán pues los bienes o cosas que se encuentren, mediata o inmediatamente, en poder del delincuente como consecuencia de la infracción, incluyendo el objeto de la acción típica, el cual, inicialmente, estaría destinado a la restitución de la cosa.

Claro es que pueden producirse dudas sobre la propiedad de los objetos o bienes que tenga el responsable criminal directa o indirectamente en su poder, sea un ordenador o una embarcación de recreo o un automóvil. Los procesos de transformación de la titularidad son complejos y conocidos. Por eso, y a pesar de que una jurisprudencia reiterada insiste en que el comiso ha de ser siempre objeto de interpretación restrictiva, eso solamente significa una cosa, y no es poco: puede y debe alcanzar a todos los bienes que procedan del delito, y en ningún caso puede afectar a otros bienes que tenga el acusado en su poder²⁰ por más que fundadamente se pueda sospechar, y hasta, incluso –porque no se pueda demostrar otra cosa– que su origen es también el de actividades delictivas; si el comiso se extendiera de esa manera, en búsqueda irracional de la justicia material, se acabaría pisoteando el derecho penal *del hecho*.

20. El problema que se apunta en el texto es particularmente arduo cuando se trata de dinero, bien por naturaleza fungible, lo cual hace muy difícil imputar su origen a una u otra causa. Más complicado aún será el problema cuando ese dinero se encuentra en poder de otra persona. Suponer connivencias y orígenes sería socialmente comprensible pero intolerable a la luz del garantismo penal. Lo que no quepa en la receptación o en el aprovechamiento lucrativo resultará intocable.

8.2. Las consecuencias accesorias.

Como antes dije, las consecuencias accesorias fueron una de las novedades importantes del CP/1995²¹, aunque por el momento, por diferentes razones, han pasado sin pena ni gloria. Tan pronto como se promulgó el Código se produjo una comprensible confusión de esas consecuencias con la vieja cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En la actualidad el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas comienza a abandonar su tradicional aferramiento al principio «societas delinquere non potest». Una persona jurídica está gobernada por personas físicas, y esa persona jurídica será la que dominará actuaciones en la sociedad capaces de provocar daños, al margen de que no será posible construir para ella conceptos netamente «personalistas» como el de dolo o el de error. La reacción penal ante esos sucesos puede ser, o así lo ha sido hasta ahora, la búsqueda de quién responde personalmente por los hechos jurídicamente realizados por una persona jurídica, puesto que se da por sentado que resulta imposible obligar a responder criminalmente a lo que no es sino una ficción del derecho, aunque se trate de una útil ficción, creada y aceptada por voluntad del derecho a conveniencia de todos.

Las soluciones que históricamente se han propuesto para imputar a alguna persona concreta los actos del grupo «persona jurídica» siempre resultarán un tanto artificiosas, además del riesgo de objetivismos o de dejar fuera de imputación a algunos cuyo poder decisorio ha sido determinante. Pero, aunque fueran fórmulas de gran precisión las personas jurídicas disfrutaban de una serie de ven-

21. Art. 129 CP: 1. El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias:

a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.

b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.

c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.

e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario sin que exceda de un plazo máximo de cinco años.

2. La clausura temporal prevista en el subapartado a) y la suspensión señalada en el subapartado c) del apartado anterior, podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa.

3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma.

tajas que son inaccesibles para el individuo aislado²². Siendo así es comprensible que en los últimos tiempos vaya ganando peso la idea de que es intolerable la impunidad de la «personalidad colectiva».

El problema penal de fondo, por lo tanto, se concreta en la necesidad de preservar a la colectividad de los actos materialmente punibles que pretendan escudarse en el anonimato de la persona jurídica. Es verdad que la limitación de responsabilidad económica de sus miembros es consustancial a la persona jurídica. Que la persona jurídica sea necesaria para el sistema no conlleva que el Derecho penal tenga que olvidar que se trata materialmente de un conjunto de personas físicas con peculiares relaciones de poder o dependencia entre sí. Las normas penales no contienen excepción alguna para el caso de que los autores o partícipes en un delito estén organizados en forma de persona jurídica. Lo único que sucede es que esa organización que los vincula o reúne es jurídicamente lícita y económicamente relevante, y la ley ha reconocido su peculiar sistema de limitación de responsabilidades, riesgos y beneficios.

Se ha depurado por la dogmática penal y por el derecho positivo la técnica de atribución o imputación de delitos cometidos en el actuar de las personas jurídicas; es también cierto que en lo esencial continúa en pleno vigor el tradicional principio «societas delinquere non potest», ya que el perfeccionamiento de los criterios de imputación no determina en modo alguno una responsabilidad penal de la propia persona jurídica directamente establecida a partir de su propia voluntad societaria y de su actividad, y, por lo tanto, separándose de las actuaciones de personas aisladas.

Ahora bien, en el estado actual de la doctrina penal comparada es patente la convicción de que es precisa una *responsabilidad penal de la persona jurídica*. Existen estudios en el ámbito del Consejo de Europa que están destinados a formular un sistema de responsabilidad que también puede ser asumido por todos los países miembros; naturalmente, las medidas penales que se pueden imponer se adecuan a la particular condición de su destinataria (cierre, suspensión de actividades, incautación, etc., además de las multas y las privaciones o reducciones de su capacidad de actuar en el mercado).

Aquí es donde se sitúan las decisiones del CP/1995, que bajo el nombre de *consecuencias accesorias*, permite en ciertos casos la imposición de medidas de esa índole (cfr. art. 129 CP), con independencia de las responsabilidades personales

22. El ordenamiento penal tradicionalmente se concibe solamente para personas físicas, pero no así en cambio el resto del derecho positivo (civil, mercantil, tributario, administrativo) en donde la persona jurídica dispone de amplio desarrollo normativo en torno a condiciones de nacimiento, requisitos, objeto, órganos que la han de gobernar, organización de sus participantes, obligaciones fiscales, límites de responsabilidad económica personal, etcétera.

del individuo concreto que haya actuado, pues no se puede llegar al extremo de considerar que la persona jurídica es una persona como las demás, y con independencia también de la responsabilidad civil que esa persona jurídica deba afrontar por los actos de sus individuos concretos.

De las consecuencias accesorias deben destacarse, en orden a lo que aquí interesa, dos diferencias importantes en relación al régimen del comiso al que antes nos hemos referido. En primer lugar, esas consecuencias accesorias solamente pueden acordarse en los casos y para los delitos en los que expresamente la ley disponga esa posibilidad; no se trata pues de una regla «genérica».

En segundo lugar, la imposición o renuncia a la consecuencia accesoria no puede vincularse al cumplimiento de la responsabilidad civil. Si el cierre de una empresa, por ejemplo, se considera objetivamente desproporcionado, no deberá acordarse aunque no se hayan satisfecho las responsabilidades civiles. Lógicamente en el caso del comiso eso tenía sentido porque a través de esa medida se podía llegar a cubrir la responsabilidad civil; pero tal objetivo no se puede alcanzar con un cierre de empresa, con lo cual la proporcionalidad con la responsabilidad no puede ni llegar a formularse²³.

Efectos de la responsabilidad civil «ex delicto»: el carácter preferente de la restitución

GONZALO QUINTERO

1. EL CARÁCTER PREFERENTE DE LA RESTITUCIÓN

Como es lógico, quien pierde un bien material lo que exige ante todo es la recuperación de ese bien; solo cuando eso no es posible se da paso a las demás compensaciones que hayan de suplir el valor del bien perdido. Por ese motivo el artículo 110 CP sitúa en primer lugar, entre lo que comprende la responsabilidad civil, a la restitución. El artículo 111 CP²⁴ disciplina la restitución, desarrollando la declaración del artículo anterior y concretando su sentido y alcance.

El sentido jurídico de la restitución es análogo al de la acción reivindicatoria de cosa mueble de la que su dueño ha sido despojado, y que regula el artículo 1955, párrafo tercero, del Código Civil, con la salvedad de que la solicitud de restitución se ejerce en el proceso penal.

La prioridad de la restitución frente a las otras partidas de la responsabilidad civil no puede quedar al arbitrio del perjudicado; eso quiere decir que si la restitución es posible no podrá el perjudicado rechazarla y exigir en su lugar la compensación en metálico por el valor del objeto, pues eso sería incompatible con el sentido de la ley.

23. Sobre el tema, PRATS, *op.cit.*, art. 129.

24. Art. 111: «Deberá restituirse, siempre que sea posible, el mismo bien, con abono de los deterioros y menoscabos que el Juez o Tribunal determinen. La restitución tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de tercero y éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito o falta. Esta disposición no es aplicable cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irrevindicable».