

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL *EX DELICTO* - EL ARTÍCULO 112 DEL  
CÓDIGO PENAL ESPAÑOL COMO  
CONSOLIDACIÓN DEL PARADIGMA  
UTILITARIO DE LA RESPONSABILIDAD  
CIVIL EN VÍA PUNITIVA**

***ANÁLISIS, INTERPRETACIÓN Y PROPUESTA DE  
INTEGRACIÓN DE LOS CONTENIDOS DEL  
PRECEPTO***

**TESIS DOCTORAL QUE PRESENTA EL CANDIDATO:**

D. JOSÉ ANTONIO POSADA PÉREZ

PARA LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE DOCTOR POR LA UNIVERSIDAD DE  
SEVILLA Y POR LA UNIVERSIDAD DE BOLONIA

**DIRECTORES:**

PROF. DR. D. BORJA MAPELLI CAFFARENA

CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL EN LA UNIVERSIDAD DE SEVILLA  
(ESPAÑA)

PROF. DR. D. VITTORIO MANES

CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL EN LA UNIVERSIDAD DE BOLONIA  
(ITALIA)



<b>ÍNDICE DE ABREVIATURAS .....</b>	<b>11</b>
<b>INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DE LA TESIS DOCTORAL.....</b>	<b>15</b>
<b>INTRODUZIONE ED APPROCCIO ALLA TESI DI DOTTORATO.....</b>	<b>23</b>

## **CAPÍTULO I:**

### **HISTORIA Y EVOLUCIÓN POLÍTICO-CRIMINAL DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN DOCTRINA Y DERECHO POSITIVO**

I.	PLANTEAMIENTO DEL CAPÍTULO .....	29
II.	REFERENCIAS PRERROMANAS Y DERECHO ROMANO.....	30
1.	Introducción y disposiciones normativas prerromanas .....	30
2.	La reparación en el Derecho romano.....	32
2.1.	<i>Crimina y delicta privata</i> en las XII Tablas .....	32
2.2.	La aprobación de la <i>Lex Aquilia</i> y sus desarrollos posteriores.....	33
III.	DERECHO MEDIEVAL .....	35
1.	Especial referencia al Derecho germánico y visigodo.....	35
2.	Derecho altomedieval .....	36
3.	Derecho bajomedieval .....	38
IV.	DERECHO DE LA EDAD MODERNA .....	40
V.	EL PROCESO DE CODIFICACIÓN .....	42
1.	El contexto codificador europeo y el Código Penal de 1822 .....	42
2.	La inclusión de la responsabilidad civil en el Código Penal de 1822 .....	44
2.1.	El argumento filosófico. La influencia de la doctrina de BENTHAM.....	45
2.2.	El contexto histórico-jurídico .....	46
2.3.	Un breve apunte sobre la consolidación y la continuidad del modelo .....	48
3.	La responsabilidad civil en el Código Civil de 1889 y su evolución posterior..	49
VI.	LA DOCTRINA DE LA ESCUELA POSITIVA .....	50
VII.	EL MODELO ALEMÁN DE LA TERCERA VÍA .....	53
VIII.	PANORAMA ACTUAL Y ÚLTIMAS TENDENCIAS .....	55
IX.	CONCLUSIONES.....	57

## CAPÍTULO II:

### RESPONSABILIDAD CIVIL Y RESPONSABILIDAD PENAL

I.	BREVE INTRODUCCIÓN A LA RESPONSABILIDAD EN DERECHO .....	59
II.	DIFERENCIAS FUNDAMENTALES ENTRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LA RESPONSABILIDAD PENAL .....	60
1.	<i>Sedes materiae</i> .....	60
2.	Estructura del supuesto de hecho.....	61
3.	Acerca del ilícito penal, el civil y sus relaciones.....	62
3.1.	La postura de SILVA MELERO .....	62
3.2.	Crítica y actualización .....	64
4.	Función y caracteres de cada consecuencia jurídica .....	66
4.1.	El carácter punitivo de la responsabilidad penal .....	67
4.2.	La función resarcitoria de la responsabilidad civil.....	70
A.	La pretendida función reintegradora .....	71
B.	¿Función punitiva o preventiva en la responsabilidad civil?.....	71
C.	La función preventivo-punitiva. Los <i>punitive damages</i> .....	72
a)	La problemática de las penas privadas .....	77
b)	Sus pretendidas características .....	78
c)	Supuestos ejemplos de pena privada .....	83
d)	Despenalización y penas privadas .....	89
D.	La función preventivo-compensatoria. El análisis económico del Derecho, los gastos preventivos y la <i>compensatio lucri cum damno</i> .....	91
4.3.	Un breve apunte sobre la corrección del término “sanción civil” en el Derecho español .....	95
A.	Planteamiento de la cuestión. Nociones etimológicas.....	95
B.	Dos posiciones de interés. BOBBIO y PADOVANI .....	96
C.	Posición personal.....	99
5.	La cuestión del nacimiento.....	104
5.1.	Nociones básicas sobre el nacimiento de la responsabilidad penal.....	105
A.	Introducción general a la problemática del bien jurídico-penal .....	105
a)	Sobre el concepto y las clasificaciones del bien jurídico-penal .....	107
b)	Caracteres fundamentales del bien jurídico-penal.....	108
c)	Una breve mención a la crisis del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos en el Derecho penal contemporáneo .....	110
B.	Aproximación al principio de culpabilidad penal.....	112
a)	Algunos planteamientos doctrinales .....	113
b)	Las consecuencias jurídicas en un sentido político-criminal amplio ...	116
5.2.	Fundamentos del nacimiento de la responsabilidad en Derecho civil.....	118

A.	Responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual .....	119
a)	Las principales diferencias entre uno y otro modelo .....	119
b)	Dos importantes problemáticas de la tajante división. Los supuestos fronterizos y la concurrencia conjunta.....	122
c)	Una breve conclusión de nuestro interés .....	122
B.	Los elementos de la responsabilidad civil .....	124
a)	La acción u omisión.....	124
a.	Delimitación conceptual .....	124
b.	El debate acerca de la antijuricidad como elemento de la responsabilidad civil .....	125
b)	El daño civil.....	129
a.	Aproximación al problema de la conceptualización. Teorías clásicas sobre el daño civil.....	129
b.	Planteamientos actuales. La teoría real y la teoría normativista del daño en la doctrina contemporánea. Toma de postura .....	132
c.	Caracteres del daño civil.....	134
d.	Las clases de daños.....	135
e.	La antijuricidad del daño y las causas de justificación.....	137
i.	El consentimiento del ofendido. Derecho civil y Derecho penal. .	138
ii.	La legítima defensa.....	139
iii.	El estado de necesidad .....	140
iv.	El ejercicio legítimo de un derecho o cumplimiento de una obligación. ....	143
v.	Reflexión final .....	143
c)	Las reglas de causalidad e imputación objetiva.....	144
a.	Teorías causales clásicas .....	145
b.	Teoría de la imputación objetiva .....	146
c.	Concurrencia de causas externas .....	149
i.	Caso fortuito y fuerza mayor .....	149
ii.	La culpa ajena. Hecho de un tercero, culpa exclusiva del perjudicado o concurrencia de culpas.....	150
d)	La imputación subjetiva.....	151
a.	El criterio de la culpa. Capacidad y grados .....	151
b.	La responsabilidad objetiva. El beneficio y el riesgo como factor de atribución .....	154
6.	Ulteriores diferencias entre ambas responsabilidades .....	155
6.1.	Consecuencias directas del contraste entre el principio de culpabilidad penal y el principio civil de reparación integral del daño causado .....	155
6.2.	Otras diferencias de particular interés .....	158

## CAPÍTULO III:

### LA RESPONSABILIDAD CIVIL “EX DELICTO”

I.	INTRODUCCIÓN A LA PROBLEMÁTICA .....	161
1.	Las características generales del modelo.....	163
2.	La relación entre las normas del Código Civil y las del Código Penal .....	166
2.1.	Exposición de los principales planteamientos doctrinales .....	166
2.2.	Toma de postura .....	169
3.	Derecho penal y responsabilidad civil <i>ex delicto</i> .....	171
4.	Las principales controversias acerca del modelo de responsabilidad civil <i>ex delicto</i> en sede penal.....	174
4.1.	Diferencias con la responsabilidad civil prevista en el Código Civil.....	178
4.2.	¿Responsabilidad civil en el Código Penal?.....	180
5.	Unas breves notas sobre el estado de la cuestión. Especial referencia a nuestro punto de vista sobre las controversias expuestas.....	182
II.	LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE DELITO.....	184
1.	Consideraciones iniciales .....	184
2.	Aproximaciones doctrinales superadas .....	185
2.1.	Naturaleza jurídica penal .....	185
2.2.	Naturaleza jurídica mixta.....	186
3.	La naturaleza íntegramente privada.....	189
3.1.	El diferenciado tratamiento normativo .....	189
3.2.	La irrelevancia de la ubicación en el Código Penal.....	192
3.3.	Sobre la incorrección del delito como presupuesto del nacimiento .....	193
3.4.	La fragilidad de los argumentos estrictamente procesales .....	195
3.5.	Los pretendidos paralelismos entre Derecho penal, responsabilidad penal y responsabilidad civil .....	196
3.6.	Otros argumentos de especial relevancia. ....	199
4.	Recapitulación y consecuencias .....	199
III.	LA CUESTIÓN DEL NACIMIENTO .....	201
1.	Consideraciones previas .....	201
2.	Sobre la necesidad de separar radicalmente los planos penales y civiles.....	202
2.1.	La confusa redacción de los preceptos del Código Penal.....	205
A.	Examen de las disposiciones normativas españolas .....	205
B.	Una breve referencia a la normativa italiana .....	210
2.2.	La estructura de la norma jurídica y la incorrección del nomen iuris .....	212
2.3.	Primeras consecuencias de nuestro planteamiento. La estricta vinculación de los presupuestos del nacimiento con el <i>factum</i> y la relativa autonomía de los	

presupuestos generadores de la responsabilidad civil <i>ex delicto</i> frente al supuesto de hecho de la responsabilidad penal .....	218
2.4. Desarrollos de nuestro punto de vista sobre la distinción entre las tres fases del razonamiento jurídico, los planos civiles y penales y la estructura de la norma <i>ex delicto</i> .....	221
2.5. Ulteriores consideraciones sobre las supuestas identidades entre los planos civiles y penales.....	223
3. Visión general y reflexiones .....	225
IV. EL CONTENIDO PRESTACIONAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL <i>EX DELICTO</i> .....	227
1. Notas introductorias.....	227
2. La restitución .....	230
2.1. Sobre el carácter preferente .....	230
2.2. Concepto, caracteres y contenidos básicos.....	231
A. Una primera aproximación .....	231
B. Observaciones sobre la aplicación del instituto.....	235
a) Las características propias de la acción reivindicatoria como un primer punto de partida .....	235
b) Contrastes generales entre la acción reivindicatoria y la restitución....	239
c) La creativa aplicación del instituto en sede penal .....	240
a. Exposición del estado de la ciencia .....	241
b. Consideraciones críticas .....	245
2.3. La obligación de abono de los deterioros y menoscabos.....	247
A. Caracteres generales y contenido de la obligación.....	247
B. La compleja cuestión del sujeto obligado.....	249
C. Especial referencia a los gastos generales, frutos y mejoras .....	253
2.4. La posición jurídica del tercero obligado a restituir .....	255
2.5. La declaración de irreivindicabilidad .....	257
3. La indemnización .....	257
3.1. Un breve comentario introductorio.....	257
3.2. Caracteres fundamentales .....	260
3.3. Las personas indemnizables .....	263
3.4. La cuantificación .....	266
V. RESPONSABLES CIVILES Y PERJUDICADOS .....	268
1. Consideraciones previas .....	268
2. Las reglas generales.....	268
2.1. Responsables civiles y perjudicados.....	269
2.2. Los supuestos de pluralidad de responsables civiles y la obligación del establecimiento de cuotas. La relación interna y las reglas de ejecución.....	273

## CAPÍTULO IV:

### ANÁLISIS HERMENÉUTICO DEL ARTÍCULO 112 DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

I.	DE NUEVO SOBRE LA METODOLOGÍA EN ESTE CAPÍTULO .....	277
II.	MÉTODO LITERAL .....	280
1.	Aplicación del método literal .....	280
1.1.	Primeras notas introductorias .....	280
1.2.	Sobre la reparación en el artículo 112 CPesp y otros preceptos que incluyen esta fórmula lingüística.....	282
A.	La “reparación” en la legislación penal .....	282
B.	La “reparación” en la legislación civil .....	287
C.	Una breve recapitulación .....	288
1.3.	Acerca de la literalidad de otros artículos respecto a las otras modalidades del sistema de responsabilidad civil <i>ex delicto</i> .....	289
A.	Las menciones a la “restitución” .....	289
B.	Las referencias textuales a la “indemnización” .....	290
C.	El uso de la expresión “responsabilidad civil” .....	291
D.	El indistinto uso de las expresiones lingüísticas contenidas en la responsabilidad civil <i>ex delicto</i> a lo largo de la legislación punitiva .....	294
E.	Recapitulación del apartado.....	295
1.4.	Especial referencia al interés de la redacción del artículo 112 CPesp en indicar cómo se repara el daño .....	296
A.	<i>“La reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer...”</i> .....	296
B.	<i>“...que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable...”</i> .....	298
a)	Aproximación y algunas generalidades .....	298
b)	Sobre los requisitos de naturaleza del daño y de condiciones patrimoniales del culpable.....	299
c)	La referencia a las condiciones personales del culpable en el artículo 112 CPesp y en la legislación punitiva .....	300
C.	<i>“...determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa”</i> .....	304
2.	Conclusiones provisionales de la aplicación del método literal .....	306
III.	MÉTODO HISTÓRICO .....	309
1.	Los precedentes normativos: la perspectiva interna .....	309
1.1.	Los Códigos Penales del S. XIX .....	309
1.2.	Los Códigos Penales del S. XX.....	313
2.	El proceso de formación de la norma .....	316



2.1.	La presentación del Proyecto de 1995 y las enmiendas presentadas.....	316
2.2.	El debate parlamentario en la Comisión de Justicia e Interior y la aprobación final por las Cortes Generales.....	320
2.3.	Recapitulación y comentarios.....	324
3.	El contexto histórico-jurídico: la perspectiva externa .....	328
4.	Conclusiones provisionales de la aplicación del método histórico .....	331
IV.	MÉTODO LÓGICO-CONCEPTUAL .....	332
1.	La aplicación de las máximas del conceptualismo.....	332
1.1.	La reparación .....	333
1.2.	El daño y su naturaleza.....	334
1.3.	Las obligaciones de dar, hacer o no hacer algo .....	337
1.4.	El culpable .....	342
A.	Generalidades acerca de la controvertida mención .....	342
B.	El concepto de culpable como sujeto obligado a la reparación del daño. 344	
a)	Aproximación al nuevo planteamiento. Especial referencia a la reformulación de la problemática del nacimiento .....	344
b)	Las consecuencias jurídicas de la tesis del culpable como único obligado a la reparación del daño .....	347
C.	Las condiciones personales y patrimoniales del culpable como elemento a tener especialmente en cuenta .....	349
2.	El análisis lógico-conceptual del artículo 112 CPesp.....	351
2.1.	Generalidades sobre la interpretación lógico-conceptual del precepto ....	351
2.2.	Sobre cómo debe determinarse la obligación reparatoria.....	351
A.	La necesidad de atender a la naturaleza del daño y a las condiciones personales del culpable. El principio de reparación en la medida de la propia capacidad .....	351
B.	Otras cuestiones conexas .....	355
2.3.	Acerca del contenido de la obligación.....	356
2.4.	El rol del órgano judicial y la ejecución .....	357
3.	Conclusiones provisionales de la aplicación del método lógico-conceptual....	358
V.	MÉTODO SISTEMÁTICO.....	359
1.	Generalidades introductorias acerca de la aplicación del método sistemático y la reparación del daño en Derecho civil .....	359
2.	El análisis del artículo 112 CPesp desde el punto de vista sistemático.....	361
2.1.	Una primera aproximación .....	361
2.2.	Algunas de las interpretaciones sistemáticas del artículo 112 CPesp .....	362
2.3.	Desarrollos del contenido material de la obligación reparatoria .....	364
2.4.	Especial referencia a los elementos pretendidamente punitivistas.....	365
3.	Conclusiones provisionales de la aplicación del método sistemático .....	367

VI. MÉTODO TELEOLÓGICO .....	368
1. La aplicación del método teleológico .....	368
1.1. Exposición de las dos posturas principales.....	368
1.2. Toma de postura .....	370
2. Conclusiones provisionales de la aplicación del método teleológico .....	373
VII. PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN Y REFLEXIONES PERSONALES SOBRE LA NORMA .....	374
1. Interpretación del artículo 112 CPesp .....	374
1.1. Algunas generalidades a tener en cuenta .....	375
1.2. Sobre la relación entre el artículo 112 CPesp y el resto de modalidades de la responsabilidad civil <i>ex delicto</i> .....	377
1.3. Una lectura detenida del precepto .....	379
A. La estructura de la norma y su <i>causa efficiens</i> .....	379
B. El sujeto responsable y el sujeto acreedor .....	380
C. El contenido de la obligación reparatoria .....	380
D. La determinación de la obligación reparatoria .....	382
E. La ejecución de la reparación .....	384
2. Especial referencia al tratamiento jurisprudencial del artículo 112 CPesp .....	386
3. Reflexiones personales y conclusiones .....	389
<b>CONCLUSIONES FINALES</b> .....	393
<b>CONCLUSIONI FINALI</b> .....	399
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	405
<b>FUENTES DOCUMENTALES</b> .....	437
<b>FUENTES NORMATIVAS ESPAÑOLAS</b> .....	443
<b>FUENTES NORMATIVAS ITALIANAS</b> .....	445
<b>JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA</b> .....	447
<b>JURISPRUDENCIA ITALIANA</b> .....	450

# ÍNDICE DE ABREVIATURAS

a. C.	Antes de Cristo
AE-WGM	Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung [Proyecto Alternativo alemán de 1992 sobre la reparación]
art. (arts.)	artículo(s)
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCit	Código Civil italiano
CCesp	Código Civil español
CCom	Código de Comercio español
CE	Constitución española de 1978
<i>Cfr.</i>	<i>Confer</i> - confróntese
CI	Constitución italiana de 1947
<i>Circa</i>	Alrededor de o hacia
CP	Código Penal
CPesp	Código Penal español
CPita	Código Penal italiano
CPM	Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar
CP 1822	Código Penal español de 1822
CP 1848	Código Penal español de 1848
CP 1870	Código Penal español de 1870
CP 1928	Código Penal español de 1928
CP 1932	Código Penal español de 1932
CP 1944	Código Penal español de 1944
CP 1963	Código Penal español de 1963
CP 1973	Código Penal español de 1973
CP 1995	Código Penal español de 1995
D.	Digesto
d. C.	Después de Cristo
EEMM	Exposición de Motivos
<i>e. gr.</i>	<i>Exempli gratia</i> – por ejemplo
FJ	Fundamento Jurídico
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LECRIM	Ley de Enjuiciamiento Criminal
Ley 1/1970	Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza
Ley 35/1995	Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual

Ley 17/2003	Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados.
Ley 12/2011	Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radioactivos
Ley 4/2015	Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito
Ley 39/2015	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
Ley 40/2015	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
Ley 8/2021	Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica
LH	Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria
LM	Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas
LNA	Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea
LO 1/1982	Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen
LO 8/1983	Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal
LO 2/1998	Ley Orgánica 2/1998, de 15 de junio, por la que se modifican el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO 5/2010	Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
LO 1/2015	Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
LOCCPI	Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional
LOGP	Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria

LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LORRPM	Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores
LP	Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes
LRM	Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea
Nº / nº	número
p. (pp.)	página(s)
p.e.	por ejemplo
párr.	párrafo
RD 1774/2004	Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores
ref.	referencia
RP	Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario
S.	Siglo(s)
SAP (SSAP)	Sentencia(s) de la Audiencia Provincial
ss.	siguientes
SCC (SSCC)	Sentencia(s) de la Corte Constitucional italiana
SCSCC (SSCSCC)	Sentencia(s) de la Corte Suprema de Casación Civil italiana
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS (SSTS)	Sentencia(s) del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TRLET	Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
TRLGDCyU	Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias
TRLGSS	Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social
TRLISOS	Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social
TRLPMM	Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante
TRLPI	Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual

TRLRCSCVM

Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor  
*Videtur* - véase

*Vid.*

# INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DE LA TESIS DOCTORAL

## **Acerca del objeto principal y la justificación de su interés científico—**

A grandes rasgos, pudiéramos simplificar que el objeto principal de esta Tesis Doctoral es un análisis del artículo 112 CPesp. La simple lectura de este artículo revela cómo su redacción trasciende el tradicional planteamiento de la responsabilidad civil. Aunque efectivamente se trata de una institución de naturaleza privada, debe destacarse que el estudio de la responsabilidad civil *ex delicto* tiene ya de por sí un interés relevante para la Ciencia Penal, ya que parte importante de la respuesta a la criminalidad también pasa por dar satisfacción al daño privado. Además, el sistema otorga importantes beneficios punitivos al cumplimiento de la obligación privada (como atenuante, causa de exclusión de la punibilidad, requisito para la concesión de la suspensión de la pena privativa de libertad u obtención del tercer y cuarto grado), por lo que su estudio en interés de esta rama del Derecho resulta obligado. A pesar de ello, lo cierto es que si se examina atentamente la literatura científica, se encontrará un tratamiento parcial y aislado de la materia. De una parte, la doctrina civilista ha minusvalorado la totalidad de la institución, entendiéndola un sucedáneo no justificado de la responsabilidad civil “pura” y dedicándole escasa atención. Por otro lado, la gran mayoría de los estudios realizados por penalistas no suelen despegarse del orden positivo previsto en el Código Penal.

Como decimos, a poco que se realice una somera aproximación a la literatura científica dedicada a la materia, se encontrará que ésta es muy limitada y superficial, habiéndose presentado pocos avances significativos en los últimos años. En este orden de cosas, aun si se ahonda en esta literatura, se podrá comprobar cómo el estudio del artículo 112 CPesp suele pasar desapercibido. A pesar de su particular redacción, no existen obras que lo analicen con suficiente profundidad. Igualmente, debe resaltarse que se trata de un precepto que no encuentra análogo en otros ordenamientos jurídicos, siendo una particularidad del nuestro hasta donde se ha podido averiguar. Así, el mencionado artículo 112 CPesp constituye una aproximación novedosa a la problemática de la reparación del daño. Se trata de un precepto que, aunque está ubicado en el seno de una institución propiamente privada, incluye referencias de un marcado corte penal. Particularmente, la mención a las “condiciones personales y patrimoniales del culpable” supone, ya de entrada, un aporte sin precedentes en el planteamiento de la responsabilidad civil *ex delicto*. El principio más básico de esta última, el principio reparatorio o de indemnidad, se traduce en la obligación de resarcir íntegramente el daño causado y, en consecuencia, es totalmente indiferente cualquier aspecto personal o patrimonial del sujeto obligado. Sin embargo, el mencionado artículo incluye la citada referencia. La consecuencia directa es que, si bien el daño sigue siendo la *causa efficiens* de la obligación, el artículo ordena expresamente que las condiciones personales y patrimoniales del obligado sean tenidas en cuenta a la hora de establecer la prestación con la que se repare el daño. Las dudas en este sentido son múltiples y la seguridad jurídica exige un estudio pormenorizado de su ámbito de aplicación y contenidos. Por lo tanto, y considerando especialmente el referido

estado de la ciencia en torno a este precepto, estimamos que un examen detenido del artículo 112 CPesp resulta de un remarcado interés científico.

### **Delimitaciones generales del objeto -**

En primer lugar, debemos subrayar que esta Tesis Doctoral no consiste en un estudio comparativo, sino que el epicentro del trabajo se sitúa en el ordenamiento español. Con anterioridad a la redacción, hemos intentado comprobar si existía algún artículo similar en los ordenamientos de nuestro entorno o en aquellos de una tradición jurídica asimilable. Lamentablemente, hasta donde hemos sido capaces de averiguar, no existe un artículo similar en ninguno de los referidos ordenamientos. Así, este hecho nos obliga a centrar el análisis en la propia norma, que se ubica exclusivamente (debemos insistir, hasta donde nos alcanza el conocimiento) en el ordenamiento español.

En segundo lugar, debemos resaltar que el candidato presenta una Tesis Doctoral dentro del marco del programa de Derecho, más concretamente en la línea de Derecho penal. En consecuencia, el objeto del trabajo tendrá en cuenta fundamentalmente los intereses propios de esta última materia. Es decir, que aunque la responsabilidad civil *ex delicto* se considera una institución de carácter privado, analizaremos particularmente aquellos aspectos que sean de especial relevancia para el Derecho penal. Se trata, por tanto, de un trabajo realizado en interés del Derecho penal material. Así, queremos dejar constancia expresa de la exclusión de otros temas adyacentes que, en realidad, presentan mayor interés para otras ramas del Derecho, aunque no se excluye que puntualmente se hagan referencias a instituciones y problemáticas propias de otras ramas. Específicamente, no formarán parte del objeto las cuestiones procesales ni los responsables civiles no penales, incluyendo seguros, responsabilidad de las Administraciones Públicas y partícipes a título lucrativo. Asimismo, creemos conveniente no tratar en el presente estudio una serie de temas que, aunque sí tienen interés jurídico-penal, consideramos que su inclusión podría llegar a desplazar la cuestión de fondo, dado que su correcto estudio requeriría de trabajos de igual o mayor profundidad que éste. Estos últimos temas son: la responsabilidad civil derivada de delito de los menores, la compensación de culpas y la problemática de los inimputables e incapaces.

### **Objetivo principal y objetivos secundarios –**

Como adelantábamos, el objeto principal de este trabajo es un análisis en profundidad del contenido del artículo 112 CPesp. En consecuencia, el objetivo principal de esta investigación es dar respuesta a la siguiente pregunta de investigación:

*¿Cómo debe interpretarse el artículo 112 del Código Penal?*

Para poder otorgar una sólida respuesta a esta pregunta, es necesario fraccionar nuestro objetivo principal en cuatro objetivos secundarios:



- En primer lugar, resulta conveniente conocer la evolución histórica y político-criminal de la reparación del daño en doctrina y en Derecho positivo de acuerdo con el estado actual de la ciencia. Este apartado, si bien podría considerarse muy introductorio, nos permitirá ubicar las principales corrientes y nos proporcionará los conocimientos necesarios para abordar con mayor solvencia el objeto principal de nuestra investigación. Como anteriormente se ha referido, el contenido del artículo es ciertamente innovador, y consideramos que se estará más capacitado para apreciar esta innovación si se estudian sus antecedentes con detenimiento.
- En segundo lugar, es oportuno realizar un contraste entre las responsabilidades civil y penal en doctrina y en Derecho positivo. Ello nos ayudará a delimitar con precisión entre una y otra responsabilidad diferenciando detenidamente sus características principales. De esta forma, satisfacer este objetivo secundario resultará especialmente útil para identificar los rasgos de una y otra responsabilidad con el fin de poder apreciarlos en el artículo concreto de nuestro interés.
- En tercer lugar, estimamos conveniente adentrarnos en las características generales del modelo de responsabilidad civil *ex delicto*. Este objetivo nos permitirá identificar con propiedad el marco jurídico concreto en el que se ubica el artículo 112 CPesp. Ciertamente, existen multitud de cuestiones conectadas a esta problemática, por lo que, en congruencia con nuestro objetivo principal, seleccionaremos aquellas directamente vinculadas a éste.
- En cuarto lugar, realizaremos un profundo análisis hermenéutico del artículo 112 CPesp.

Por todo lo expuesto, señalamos de forma esquemática los objetivos secundarios del trabajo:

- O.1.- Conocer la evolución histórica y doctrinal de la reparación del daño en el marco del Derecho punitivo.
- O.2.- Contrastar las responsabilidades civil y penal así como sus correspondientes ilícitos y características principales.
- O.3.- Presentar los rasgos generales y el régimen jurídico básico del modelo de responsabilidad civil *ex delicto*.
- O.4.- Proponer una interpretación del artículo 112 CPesp.

### **Metodología –**

Habiendo indicado que existen cuatro objetivos para este trabajo, procederemos ahora a señalar cómo abordaremos cada uno de ellos. Así pues, consideramos conveniente adaptar la metodología a cada uno de los objetivos para sacarle el máximo partido a su satisfacción. En consecuencia, no hay una única metodología para todo el estudio, sino varias.

- En primer lugar, para la parte histórica se empleará, consecuentemente, el método histórico. Cuando se examina la evolución histórica de la materia que nos ocupa, se encontrará que las diferentes obras suelen partir de la codificación. Sin embargo, en esta ocasión estimamos conveniente profundizar en el desarrollo histórico de la reparación del daño en sede criminal, abarcando desde las referencias más lejanas hasta los modelos político-criminales más recientes. Para ello, estudiaremos desde los antecedentes más remotos de la reparación en sede penal hasta los modelos más actuales. A lo largo de todo el desarrollo del apartado emplearemos esencialmente fuentes primarias que completaremos con fuentes secundarias de la doctrina más autorizada en la materia. Prestaremos especial interés en desarrollar el progreso histórico y en contrastar la información obtenida para construir una evolución precisa y fiable de las instituciones jurídicas. En todo caso, la exposición de contenidos de este apartado se realizará en estricto orden cronológico.
  
- En segundo lugar, para el análisis entre las responsabilidades civil y penal, prestaremos especial atención a exponer el estado actual de la ciencia sobre esta problemática y expresaremos nuestro punto de vista sobre las principales controversias. Así, se delimitarán con la máxima precisión sendos ilícitos y sus correspondientes responsabilidades; aportando sus características más representativas y contrastándolas entre sí a partir de la obra de la doctrina más autorizada.
  
- En tercer lugar, para examinar el modelo de responsabilidad civil *ex delicto* procederemos de una forma similar al objetivo anterior. Sin embargo, vista la amplitud de la materia, seleccionaremos aquellas problemáticas intrínsecamente relacionadas con el objeto principal. Así, nos adentraremos únicamente en las cuestiones más representativas de nuestro modelo resarcitorio en vía punitiva: sus características generales, la relación entre las normas del Código Civil y las del Código Penal, la vinculación conceptual entre el Derecho penal y la responsabilidad civil *ex delicto* y, finalmente, las principales controversias normativas – es decir, las polémicas relativas a las diferencias sustanciales con el régimen de responsabilidad civil “pura” y a su ubicación. Examinadas estas cuestiones, trataremos detenidamente las problemáticas de la naturaleza jurídica de la institución, su nacimiento, contenidos y sujetos responsables con carácter general.
  
- En cuarto lugar, procederemos a la interpretación del artículo 112 CPesp. Para ello, emplearemos todos los métodos hermenéuticos propios de la ciencia jurídica, conjugándolos y proponiendo una lectura armónica entre todos ellos. Concretamente, los métodos hermenéuticos y la forma en la que se empleará cada uno de ellos es la siguiente:

- Literal. A través de este criterio identificaremos las expresiones empleadas por el legislador y, consecuentemente, analizaremos el artículo 112 CPesp desde el punto de vista lingüístico.
- Histórico. En esta ocasión, nos centraremos en analizar el proceso de formación de la norma a través del estudio de los materiales prenormativos en consonancia con las perspectivas histórico-jurídicas externa e interna.
- Lógico-conceptual. A partir de este método, analizaremos el artículo desde sí mismo descomponiéndolo en sus elementos más básicos para después reconstruirlo sobre aquellos conceptos y principios jurídicos comunes. De esta forma, una vez obtenidos los referidos conceptos y principios, se procederá tanto al análisis de la totalidad de la norma con éstos como al análisis de los conceptos y principios entre sí mismos, a fin de obtener una comprensión global.
- Sistemático. A través de esta aproximación, interpretaremos la norma de nuestro interés ubicándola dentro de la totalidad del ordenamiento jurídico. En nuestro caso concreto, el artículo 112 CPesp no se encuentra totalmente aislado, sino que se integra como consecuencia jurídica del delito, más concretamente dentro del apartado referido a la responsabilidad civil. Por lo tanto, a partir de esta ubicación es posible relacionar e interpretar nuestro artículo en consonancia con el resto de normas del ordenamiento.
- Teleológico. Desde este método estudiaremos la finalidad de la norma o *voluntas legis*, relacionándola con los límites formales, materiales y pragmáticos que restringirían su interpretación en este sentido.

Finalmente, aportaremos nuestras conclusiones definitivas tras el estudio de todos y cada uno de los problemas mencionados.

### **Sobre la necesidad e idoneidad del régimen de doctorado en cotutela. Limitaciones, medios y financiación –**

En cuanto a la ejecución de la presente Tesis Doctoral, desde un primer momento se optó por el régimen en cotutela con una Universidad italiana. Este planteamiento no estaba concebido como un fin en sí mismo, sino que, por el contrario, se trataba de una opción premeditada para aportar mayor rigor científico al resultado de la investigación. A pesar de que es una tradición consolidada que el penalista se forme en Alemania, lo cierto es que el ordenamiento italiano proporciona mayor interés para el objeto de nuestro trabajo,

por varias razones. En primer lugar, resulta oportuno mencionar que Italia participa del modelo romanista de reparación del daño *ex delicto*, incorporando este mismo sistema ya en su primer Código Penal, el Código Zanardelli de 1889. Igualmente, es necesario resaltar que, aunque el presente trabajo se realiza en el ámbito del Derecho penal, la reparación a la víctima en nuestro modelo es una institución de carácter civil. Por consiguiente, será necesario realizar constantes referencias al Derecho privado. Es en este momento cuando hay que hacer valer que Italia es, sin duda, la referencia obligatoria para los estudiosos iusprivatistas provenientes de sistemas legales de base romanista, como el nuestro. También en este sentido, si el objeto de nuestro trabajo es un estudio hermenéutico del artículo 112 CPesp, es conveniente partir de los aportes doctrinales de algún ordenamiento jurídico similar al nuestro, pues las comparaciones resultarán mucho más apropiadas.

Por otra parte, también es de suma importancia resaltar el interés del ordenamiento italiano no sólo frente al modelo de resarcimiento del daño *ex delicto*, sino también para la ciencia jurídica en general. En primer lugar, destaca la importancia histórica del Derecho romano. Tanto el sistema español como el italiano parten de esta misma base histórico-jurídica, la cual permite que los análisis comparativos que se realicen hoy día sean más pertinentes y oportunos. Existe, por tanto, mayor posibilidad de un enriquecimiento jurídico mutuo. Del mismo modo, Italia ha sido cuna de los padres del Derecho penal contemporáneo, la llamada Escuela Clásica del siglo XVIII: BECCARIA, CARRARA, ROMAGNOSI y FILANGIERI, entre otros. Los mencionados autores establecieron las bases y fundamentos del Derecho penal y contribuyeron de forma decisiva al avance de la ciencia. Sus aportaciones se consideran trascendentales para comprender correctamente el Derecho penal propio de un Estado de Derecho. Posteriormente, Italia fue el país testigo del cambio de paradigma en el Derecho penal a través de los postulados de la Escuela Positiva, con autores como FERRI, GAROFALO y LOMBROSO. Fueron estos últimos autores quienes criticaron con dureza la respuesta al delito y abogaron por un esquema más flexible de respuesta al crimen, insistiendo particularmente en fomentar la reparación del daño a la víctima.

Por todas las razones expuestas, considerábamos que la realización de la Tesis Doctoral en cotutela con una Universidad italiana aportaría mayor rigor a la satisfacción de los objetivos investigadores. Consecuentemente, se solicitó la beca del Real Colegio de España en Bolonia, la cual nos fue concedida y nos permitió acceder a los fondos bibliográficos del propio Colegio y de la Universidad de Bolonia. Se trataba, en definitiva, de una oportunidad única que nos permitiría dotar a nuestro trabajo de mayor dimensión internacional. Lamentablemente, la pandemia sanitaria mundial provocada por la COVID-19 desde principios del año 2020 ha afectado sensiblemente la ejecución de las estancias investigadoras inicialmente previstas en el convenio de cotutela. De esta manera, aunque en un principio estaban programados dos periodos investigadores de 6 meses en tierras italianas, finalmente ha resultado un periodo total de poco más de un mes en régimen de total normalidad antes del depósito de esta Tesis Doctoral. De cualquier forma, gracias a los avances en tecnología informática, se han venido siguiendo las actividades de sendos Programas de Doctorado con cierta normalidad y se ha tenido

acceso a algunas de las obras doctrinales italianas en formato electrónico. En este sentido, puede indicarse que, a pesar de estas condiciones tan adversas, se ha podido modular, de alguna forma, la repercusión de la referida pandemia en nuestro trabajo.



# INTRODUZIONE ED APPROCCIO ALLA TESI DI DOTTORATO

## Sull'oggetto principale e la giustificazione del suo interesse scientifico –

Oggetto principale della presente Tesi di Dottorato è un'analisi dell'articolo 112 CPesp. La semplice lettura di questo articolo rivela come la sua formulazione vada oltre i tipici presupposti della responsabilità civile. Anche se si tratta effettivamente di un istituto di natura privatistica, bisogna notare che lo studio della responsabilità civile *ex delicto* è già al centro dell'interesse per la scienza penale, poiché una parte importante della risposta alla criminalità comporta anche il soddisfacimento del danno privato. Inoltre, il sistema concede importanti benefici punitivi all'adempimento dell'obbligo privato (come attenuante, causa di esclusione della punibilità, requisito per la concessione della sospensione della pena o come mezzo di ottenimento della semilibertà e liberazione condizionale). Nonostante ciò, se si esamina nel dettaglio la letteratura scientifica, si troverà un trattamento parziale ed isolato dell'argomento. Da un lato, la dottrina civile ha sottovalutato l'istituto, intendendolo come un surrogato ingiustificato della responsabilità civile "pura" e dedicandogli poca attenzione. D'altra parte, la grande maggioranza degli studi condotti dai penalisti non tende a staccarsi da un'esegesi formalistica della previsione codicistica.

Come abbiamo detto, uno sguardo sommario alla letteratura scientifica sull'argomento rivela che questa sia molto limitata e superficiale, con pochi progressi significativi negli ultimi anni. A questo proposito, anche se si approfondisce questa letteratura, si può notare come lo studio dell'articolo 112 CPesp tende a passare inosservato. Nonostante la sua particolare formulazione, non ci sono opere che analizzino questo articolo in modo sufficientemente approfondito. Allo stesso modo, bisogna notare che si tratta di un precetto che non ha analogie in altri sistemi giuridici, essendo una particolarità del nostro, per quanto è stato accertato. Così, il suddetto articolo 112 CPesp costituisce un nuovo approccio al problema del risarcimento del danno. Si tratta di un precetto che, sebbene si trovi nel cuore di un istituto strettamente privatistico, include riferimenti di natura marcatamente penale. In particolare, la menzione delle "condizioni personali e patrimoniali del colpevole" è, fin dall'inizio, un elemento senza precedenti all'approccio della responsabilità civile *ex delicto*. Il principio più basilare di quest'ultimo, il principio di integrale riparazione del danno, si traduce nell'obbligo di risarcimento totale del danno arrecato e, di conseguenza, qualsiasi aspetto personale o patrimoniale del responsabile è totalmente indifferente. Tuttavia, il suddetto articolo include il riferimento a tale requisito. La conseguenza diretta è che, anche se il danno continua ad essere la *causa efficiens* dell'obbligo, l'articolo ordina espressamente che le condizioni personali e finanziarie del responsabile siano prese in considerazione per stabilire la prestazione con cui il danno deve essere risarcito. Ci sono molti dubbi in questo senso e la certezza del Diritto richiede uno studio dettagliato del suo campo di applicazione e dei suoi contenuti. Perciò, riteniamo che un profondo esame dell'articolo 112 CPesp sia di notevole interesse scientifico.

## **Delimitazioni generali dell'oggetto –**

Prima di tutto, dobbiamo sottolineare che questa Tesi di Dottorato non consiste in uno studio comparativo, ma che l'epicentro del lavoro si trova nel sistema giuridico spagnolo. Prima di farne la stesura, abbiamo cercato di verificare se c'era qualche articolo equivalente nei sistemi giuridici intorno a noi o in quelli con una tradizione giuridica assimilabile. Purtroppo, per quanto abbiamo potuto constatare, non sembra esistere un articolo del genere in nessuno dei sistemi giuridici presi in esame. Così, questo fatto ci obbliga a concentrare la nostra analisi sulla norma stessa, che si trova esclusivamente (dobbiamo insistere, per quanto ne sappiamo) nel sistema giuridico spagnolo.

In secondo luogo, bisogna evidenziare che il candidato presenta una Tesi di Dottorato nell'ambito del programma di Diritto, più specificamente nel settore del Diritto Penale. Di conseguenza, l'oggetto del lavoro terrà conto principalmente degli interessi di quest'ultimo. Così, vogliamo giustificare espressamente l'esclusione di altri argomenti adiacenti che, in realtà, sono di maggiore interesse per altri campi del Diritto, anche se non escludiamo la possibilità di fare riferimenti occasionali a istituti e problemi specifici di altri settori. In particolare, né le questioni procedurali né la responsabilità civile non penale, comprese le assicurazioni, la responsabilità delle Amministrazioni Pubbliche e i partecipanti a scopo di lucro, faranno parte della materia. Allo stesso modo, crediamo sia conveniente non trattare in questo studio una serie di argomenti che, sebbene abbiano un interesse giuridico-criminale, riteniamo che la loro inclusione potrebbe spostare la questione di base, dato che il loro corretto studio richiederebbe un approfondimento *ad hoc*. Questi ultimi argomenti sono: il risarcimento del danno dal reato dei minorenni, la compensazione delle colpe ed il problema dell'imputabile e dell'incapace.

## **Obiettivo principale e obiettivi secondari –**

Come menzionato sopra, lo scopo principale di questo lavoro è un'analisi approfondita del contenuto dell'articolo 112 CPesp. Di conseguenza, l'obiettivo principale di questa ricerca è quello di fornire una risposta alla seguente domanda di ricerca:

*“Come deve essere interpretato l'articolo 112 del Codice Penale?”*

Per poter dare una risposta solida a questa domanda, è necessario dividere il nostro obiettivo principale in quattro obiettivi secondari:

- In primo luogo, è conveniente conoscere l'evoluzione storica e politico-criminale della riparazione del danno nella dottrina e nel Diritto positivo. Questa sezione, anche se potrebbe essere considerata molto introduttiva, ci permetterà di localizzare le principali correnti e ci fornirà le conoscenze necessarie per affrontare con maggiore solvibilità l'oggetto principale della nostra ricerca. Come menzionato sopra, il contenuto dell'articolo è certamente innovativo, e crediamo che saremo in grado di apprezzare meglio questa innovazione se ne studiamo il retroterra in dettaglio.



- In secondo luogo, è opportuno fare una comparazione tra la responsabilità civile e penale nella dottrina e nel Diritto positivo. Questo ci aiuterà a delimitare con precisione i due tipi di responsabilità differenziando attentamente le loro caratteristiche principali. In questo modo, soddisfare questo obiettivo secondario sarà particolarmente utile per identificare le caratteristiche dell'una e dell'altra responsabilità allo scopo di poterle apprezzare nell'articolo specifico che ci interessa.
- In terzo luogo, consideriamo conveniente approfondire le caratteristiche generali del modello di responsabilità civile *ex delicto*. Questo obiettivo ci permetterà di identificare correttamente lo speciale regime giuridico in cui si trova l'articolo 112 CPesp. Certamente, ci sono una moltitudine di questioni legate a questo problema, quindi, in congruenza con il nostro obiettivo principale, selezioneremo quelle direttamente legate ad esso.
- In quarto luogo, faremo un'analisi ermeneutica approfondita dell'articolo 112 CPesp.

Alla luce di quanto sopra, delineiamo gli obiettivi secondari del lavoro:

- O.1.- Capire l'evoluzione storica e dottrinale del risarcimento del danno nel quadro del diritto punitivo.
- O.2.- Contrastare la responsabilità civile e penale, così come i loro corrispondenti illeciti e le loro caratteristiche principali.
- O.3.- Presentare le caratteristiche generali ed il regime giuridico di base al modello di responsabilità civile *ex delicto*.
- O.4.- Proporre un'interpretazione dell'articolo 112 CPesp.

### **Metodologia –**

Avendo indicato che ci sono quattro obiettivi per questo lavoro, ora procederemo a delineare come ci avvicineremo a ciascuno di essi. Così, consideriamo opportuno adattare la metodologia a ciascuno degli obiettivi per massimizzarne la loro soddisfazione. Di conseguenza, non c'è una sola metodologia per tutto lo studio, ma diverse.

- Prima di tutto, per la parte storica, il metodo storico sarà utilizzato di conseguenza. Quando si esamina lo sviluppo storico dell'argomento in questione, si trova che le diverse opere tendono a partire dalla codificazione. Tuttavia, in questa occasione, consideriamo opportuno approfondire lo svolgimento storico del risarcimento dei danni in via punitiva, coprendo dai riferimenti più lontani ai modelli politico-criminali più recenti. Per raggiungere questo obiettivo, studieremo dagli antecedenti più remoti della riparazione nei tribunali penali fino ai modelli attuali. Durante lo sviluppo della sezione, useremo essenzialmente fonti primarie che saranno completate con fonti secondarie della dottrina più accreditata sull'argomento. Presteremo particolare attenzione allo sviluppo del progresso storico ed al contrasto delle informazioni ottenute per costruire un'evoluzione

precisa e affidabile delle istituzioni giuridiche. In ogni caso, il contenuto di questa sezione sarà presentato in rigoroso ordine cronologico.

- In secondo luogo, per l'analisi tra responsabilità civile e penale, presteremo particolare attenzione a spiegare lo stato attuale della scienza su questo tema ed a esprimere il nostro punto di vista sulle principali controversie. Così, delimitiamo con la massima precisione i loro rispettivi atti illeciti e le loro corrispettive responsabilità, fornendo le caratteristiche più rappresentative e contrapponendole l'una all'altra sulla base dell'opera della dottrina più autorevole.
- In terzo luogo, per esaminare il modello di responsabilità civile *ex delicto*, procederemo in modo simile all'obiettivo precedente. Tuttavia, data l'ampiezza dell'argomento, selezioneremo quelle questioni intrinsecamente legate all'oggetto principale. Così, approfondiremo unicamente quelle questioni più rappresentative del nostro modello di risarcimento in via punitiva: le sue caratteristiche generali, il rapporto tra le norme del Codice Civile e quelle del Codice Penale, il legame concettuale tra Diritto penale e responsabilità civile *ex delicto* e, infine, le principali controversie normative - cioè le controversie relative alle differenze sostanziali con il regime di responsabilità civile "pura" e la sua collocazione. Una volta esaminate tali questioni, affronteremo in dettaglio i problemi della natura giuridica dell'istituzione, la sua nascita, i contenuti e i soggetti generalmente responsabili.
- In quarto luogo, procederemo all'interpretazione dell'articolo 112 CPesp. Per farlo, useremo tutti i metodi ermeneutici propri della scienza giuridica, combinandoli e proponendo una lettura armoniosa tra tutti loro. Nello specifico, i metodi ermeneutici e il modo in cui ciascuno di essi sarà utilizzato sono i seguenti:
  - Letterale. Attraverso questo criterio identificheremo le espressioni utilizzate dal legislatore e, di conseguenza, analizzeremo l'articolo 112 CPesp da un punto di vista linguistico.
  - Storico. In questa occasione, ci concentreremo sull'analisi del processo di formazione della norma attraverso lo studio dei materiali pre-normativi in linea con le prospettive storico-giuridiche esterne e interne.
  - Logico-concettuale. Sulla base di questo metodo, analizzeremo l'articolo da sé stesso, scomponendolo nei suoi elementi più elementari e ricostruendolo poi sulla base di quei concetti e principi giuridici comuni. In questo modo, una volta ottenuti i suddetti concetti e principi, si procederà sia all'analisi della regola nel suo insieme con essi, sia all'analisi dei concetti e principi tra di loro stessi, per ottenere una comprensione globale.

- Sistematico. Attraverso questo approccio, interpreteremo la norma che ci interessa situandola all'interno della totalità del sistema giuridico. Nel nostro caso specifico, l'articolo 112 CPesp non è completamente isolato, ma è integrato come conseguenza giuridica del reato, più precisamente all'interno della sezione che si riferisce alla responsabilità civile. Pertanto, sulla base di questa posizione, è possibile mettere in relazione e interpretare il nostro articolo in linea con il resto delle norme del sistema giuridico.
- Teleologico. A partire da questo metodo, studieremo la finalità della norma o *voluntas legis*, mettendola in relazione con i limiti formali, materiali e pragmatici che limiterebbero la sua interpretazione in questo senso.

Infine, trarremo le nostre conclusioni finali dopo aver studiato ogni singolo problema menzionato sopra.

### **Sulla necessità e idoneità del programma di Dottorato in cotutela. Limitazioni, mezzi e finanziamenti –**

Per quanto riguarda la redazione della presente Tesi di Dottorato, fin dall'inizio abbiamo optato per il regime di co-tutela con un'università italiana. Questo approccio non è stato concepito come fine a se stesso, ma, al contrario, è stata un'opzione premeditata per fornire un maggiore rigore scientifico al risultato della ricerca. Il sistema giuridico italiano risulta di grande interesse per l'oggetto del nostro lavoro, per diverse ragioni. In primo luogo, vale la pena ricordare che l'Italia partecipa al modello romanista di risarcimento del danno *ex delicto*, avendo incorporato questo stesso sistema nel suo primo Codice Penale, il Codice Zanardelli del 1889. Bisogna anche sottolineare che, sebbene questo lavoro si svolga nel campo del Diritto penale, il risarcimento alla vittima nel nostro modello è un istituto di natura civilistica. Sarà quindi necessario fare continui riferimenti al Diritto privato. È a questo punto che bisogna segnalare che l'Italia è senza dubbio il riferimento obbligato per gli iusprivatistici provenienti dei sistemi di base romanista, come il nostro. Anche in questo senso, se l'oggetto del nostro lavoro è uno studio ermeneutico dell'articolo 112 CPesp, è conveniente partire dai contributi dottrinali di un sistema giuridico simile al nostro, poiché i confronti saranno molto più appropriati.

D'altra parte, è anche della massima importanza evidenziare l'interesse dell'ordinamento giuridico italiano non solo per il modello di danno *ex delicto*, ma anche per la scienza giuridica in generale. In primo luogo, spicca l'importanza storica del diritto romano. Sia il sistema spagnolo che quello italiano partono dalla stessa base storico-giuridica, che permette alle analisi comparative di essere più pertinenti e attuali. C'è quindi una maggiore possibilità di arricchimento giuridico reciproco. Allo stesso modo, l'Italia è stato il paese dei creatori della base del Diritto penale contemporaneo, con la cosiddetta Scuola Classica del XVIII secolo: BECCARIA, CARRARA, ROMAGNOSI e

FILANGIERI, tra gli altri. I suddetti autori stabilirono le basi e i fondamenti del Diritto penale e diedero un contributo decisivo al progresso della scienza. I loro contributi sono considerati trascendentali per una corretta comprensione del Diritto penale in uno Stato di Diritto. Successivamente, l'Italia fu il paese che assistette al cambio di paradigma del Diritto penale attraverso i postulati della Scuola Positiva, con autori come FERRI, GAROFALO e LOMBROSO. Furono questi ultimi autori a criticare aspramente la risposta al crimine e a sostenere uno schema più flessibile di risposta al crimine, insistendo in particolare sull'incoraggiamento della riparazione del danno alla vittima.

Per tutte queste ragioni, abbiamo ritenuto che realizzare la Tesi di Dottorato in cotutela con un'università italiana fornirebbe un maggior rigore alla soddisfazione degli obiettivi della ricerca. Di conseguenza, abbiamo chiesto una borsa di studio al Real Collegio di Spagna di Bologna, che ci è stata concessa e ci ha dato accesso alle collezioni bibliografiche del Collegio e dell'Università di Bologna. Si trattava, insomma, di un'opportunità unica che ci avrebbe permesso di dare al nostro lavoro una maggiore dimensione internazionale. Purtroppo, la pandemia sanitaria globale causata da COVID-19 dall'inizio del 2020 ha significativamente influenzato lo svolgimento dei soggiorni di ricerca inizialmente previsti nel convegno di cotutela. Così, anche se inizialmente erano stati programmati due periodi di ricerca di 6 mesi in Italia, il risultato finale è stato un periodo totale di poco più di un mese in regime di normalità prima della consegna di questa Tesi di Dottorato. In ogni caso, grazie ai progressi della tecnologia informatica, le attività dei due Programmi di Dottorato sono state seguite con una certa normalità e si è potuto accedere ad alcune delle opere dottrinali italiane in formato elettronico. In questo senso, si può dire che, nonostante queste condizioni avverse, è stato possibile ridimensionare l'impatto della suddetta pandemia sul nostro lavoro.

# CAPÍTULO I:

## HISTORIA Y EVOLUCIÓN POLÍTICO-CRIMINAL DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN DOCTRINA Y DERECHO POSITIVO

### I. PLANTEAMIENTO DEL CAPÍTULO

Cuando se examina la evolución histórica de la materia que nos ocupa, se encontrará que la doctrina suele partir de la codificación. Este punto de inicio generalizado tiene su razón de ser en que se trata del periodo histórico en el que las bases propias del Estado de Derecho se comienzan a asentar y, con ello, ya se empieza a diferenciar con cierta claridad entre las distintas ramas del ordenamiento. Actualmente, se distingue de forma más o menos nítida entre Derecho penal y Derecho civil; delito e ilícito civil; responsabilidad penal y responsabilidad civil; reparación y pena. Sin embargo, si se profundiza en el estudio histórico más allá del periodo de codificación se comprobará que estas separaciones que hoy consideramos tan evidentes no siempre han estado tan claras, pues en realidad se trata de una decisión de política legislativa que ha venido desarrollándose con el avance de los tiempos. En este capítulo examinaremos la historia y evolución político-criminal de la reparación tanto en la doctrina como en el Derecho positivo. Para ello, partiremos del análisis de las referencias jurídicas más remotas y finalizaremos con la exposición de las tendencias más recientes.

En este sentido, y ante todo, debemos señalar que este capítulo no pretende ser un estudio minucioso y exhaustivo de la problemática que va a abarcar. Por el contrario, este apartado se ubica en una obra que tiene unos objetivos concretos que se han expuesto en la introducción a este trabajo. En el caso de que efectivamente se decidiese dedicar al estudio histórico de nuestra problemática el detenimiento que en realidad merece, ello requeriría una extensión que, en nuestro caso concreto, desplazaría por completo los objetivos propuestos para este trabajo.<sup>1</sup> Por lo tanto, en este capítulo nos remitiremos fundamentalmente a la exposición del estado de la ciencia sin perder rigor científico en la metodología empleada, acudiendo a las fuentes directas y a la doctrina más autorizada. De esta forma, los apartados en los que dividiremos este capítulo serán los siguientes: en

---

<sup>1</sup> Para un estudio histórico y doctrinal detenido, *vid.* la excelente monografía de BERMEJO CASTRILLO, M. A., *Responsabilidad civil y delito en el Derecho histórico español*, que abarca desde el Derecho romano hasta la codificación del actual modelo. *Vid.* igualmente, el extenso artículo de ROIG TORRES, M., “Algunos apuntes sobre la evolución histórica”, pp. 153-308. *Cfr.* con la experiencia italiana reflejada en PIANO MORTARI, V., voz “Codice (premessa storica)”, en *ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO*, VASSALLI, G., voz “Codice penale”, en *Ibid.*, y TAGLIARINI, F., “Il risarcimento del danno da reato”, pp. 475-492. Para conocer detalladamente los aportes de la Escuela positiva en esta problemática concreta, *vid.* por todos GAROFALO, R., *La indemnización a las víctimas del delito*, traducido y criticado por DORADO MONTERO. También puede encontrarse un formidable resumen de las posturas de todos los autores positivistas en STABILE, R., “Fra diritto penale e diritto civile”, pp. 99-118. Finalmente, para el estudio del Proyecto Alternativo alemán de 1992 sobre la reparación, *vid.* la obra de su principal impulsor ROXIN, C., “La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones”, pp. 19-31 *e Id.* “Pena y reparación”, pp. 5-16. Del mismo modo, *vid.* los amplios análisis doctrinales en lengua española TAMARIT SUMALLA, J. M., *La reparación a la víctima en el Derecho Penal*, PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación en el sistema penal* y ALASTUEY DOBÓN, M<sup>a</sup> C., *La reparación a la víctima*.

primer lugar, iniciaremos nuestro estudio a partir de las referencias prerromanas así como las disposiciones del Derecho romano. Seguidamente, nos adentraremos en el estudio de la reparación en la Edad Media, dedicando una especial referencia al Derecho visigodo. A continuación, expondremos los avances aportados durante la Edad Moderna, prestando especial atención a aquellos precedentes inmediatos a la codificación. Justo después, examinaremos con mayor detenimiento el proceso de codificación, cuyo estudio nos resultará esclarecedor para averiguar cómo y porqué se incluyó la responsabilidad civil en nuestro Código Penal. Acto seguido, expondremos las renovadoras propuestas de la Escuela positiva italiana. Finalmente, reflejaremos los postulados del Proyecto Alternativo alemán de 1992 sobre reparación o AE-WGM, el cual ciertamente suscitó (y suscita todavía) un gran interés a buena parte de la doctrina española. Por último, revisaremos las últimas tendencias en materia de reparación y cerramos el capítulo exponiendo nuestras conclusiones personales sobre la evolución histórica y político criminal de la materia de nuestro interés.

## II. REFERENCIAS PRERROMANAS Y DERECHO ROMANO

### 1. Introducción y disposiciones normativas prerromanas

A pesar del creciente interés por fomentar cada vez más la reparación a las víctimas de infortunios humanos y naturales, lo cierto es que la imposición de prestaciones compensatorias en este tipo de supuestos no es algo de reciente creación. Por el contrario, esta idea de restauración del orden alterado, especialmente cuando se debe a la acción del ser humano, ya se encontraba presente en algunos de los ordenamientos jurídicos más remotos. Ciertamente, estas referencias no aparecen reflejadas con una técnica legislativa precisa ni vienen fundamentadas en una dogmática sólida que justifique tales decisiones normativas. Es decir, que ni sus contornos aparecen bien definidos ni presentan una fuerte base teórica. De cualquier forma, se conoce que esta idea de constreñir al causante a restaurar o compensar el menoscabo ocasionado a la comunidad o a otro sujeto ya estaba presente en los ordenamientos jurídicos más arcaicos.<sup>2</sup>

De entre todos los textos legales prerromanos, el Código de Hammurabi (*circa* S. XVIII a. C.) es, sin duda, el que más relevancia histórica y mayor influencia ejerció en las normas posteriores. Es de todos conocido que en los sistemas jurídicos más primitivos tuvo lugar aquello que la doctrina denominaría siglos más tarde “edad de oro de la víctima”. Se trataba de un periodo en el que el ofendido contaba con gran poder sobre la disposición del castigo al autor, al cual podía incluso ejecutar de propia mano. De esta forma, se considera que la sanción física ilimitada o venganza de sangre era la punición más común. En este contexto, lo cierto es que los usos abusivos de esta potestad llamó la atención de los primeros juristas y se intentó limitar este poder absoluto. En este sentido, el Código de Hammurabi supuso uno de los primeros límites jurídicos a la sanción física

---

<sup>2</sup> *Vid., e. gr.* GÓMEZ CALERO, J., “La responsabilidad civil derivada de acto ilícito penal”, n° 189, pp. 506-507, citando multitud de ejemplos concretos de Derecho israelita, del Código de Hammurabi (*circa* S. XVIII a. C.), del Código de Manú (*circa* S. IX a. C.), de la legislación asiria (*circa* III y I milenio –VII a. C.), del imperio hitita (*circa* S. XVIII – XII a. C.) e incluso del Derecho de la Grecia clásica.

ilimitada que, hasta entonces, se venía aplicando. Así, este texto legal incorporó por vez primera la Ley del Talión, la cual prohibía tajantemente causar un daño físico superior al recibido. Al contrario de lo que puede llegar a considerarse, la Ley del Talión no se concibió con el fin de otorgar a la víctima la posibilidad de una venganza, sino que este planteamiento surgió precisamente para limitar el omnímodo poder sancionador de la víctima.<sup>3</sup> Es más, el Código de Hammurabi preveía expresamente la indemnización o compensación monetaria para algunos casos. Así por ejemplo, pueden citarse algunas disposiciones:

*“Ley 196: Si un hombre deja tuerto a otro, lo dejarán tuerto.*

*Ley 197: Si le rompe un hueso a otro, que le rompan un hueso.*

*Ley 198: Si deja tuerto a un individuo común o le rompe un hueso a un individuo común, pagará 1 mina de plata.*

*Ley 199: Si deja tuerto al esclavo de un hombre o le rompe un hueso al esclavo de un hombre pagará la mitad de su valor.*

*Ley 200: Si un hombre le arranca un diente a otro hombre de igual rango, que le arranquen un diente.*

*Ley 201: Si le arranca el diente a un individuo común, pagará 1/3 tercio de mina de plata.*

*Ley 202: Si un hombre golpea en la mejilla a otro hombre mayor que él, le darán en público 60 azotes de vergajo de buey.*

*Ley 203: Si un hijo de hombre golpea en la mejilla a otro hijo de hombre como él, pagará 1 mina de plata.*

*Ley 204: Si un individuo común golpea en la mejilla a un individuo común, pagará 10 siclos de plata.*

*Ley 205: Si el esclavo de un hombre golpea en la mejilla al hijo de un hombre, que le corten una oreja.”*

Como bien puede observarse, el Código de Hammurabi preveía multitud de supuestos muy concretos. Del mismo modo, el mencionado cuerpo legal tampoco realizaba una distinción especialmente nítida entre la esfera del castigo y la esfera de la reparación. Más bien todo lo contrario, se diría que a lo largo del Código de Hammurabi se entremezclan lo punitivo y lo resarcitorio. Asimismo se crearon, ante todo, multitud de supuestos relacionados con las lesiones y menoscabos de carácter físico. De esta manera, también es apreciable como la consecuencia jurídica prevista para los diferentes casos no es siempre completamente proporcional, sino que existe una escala de valores en función de si la agresión se realizaba por o contra el hombre libre y/o el esclavo.

---

<sup>3</sup> Por todos, aportando varias referencias doctrinales ROIG TORRES, M., “Algunos apuntes sobre la evolución histórica”, pp. 169-170.

## 2. La reparación en el Derecho romano

### 2.1. *Crimina* y *delicta privata* en las XII Tablas

Desde el punto de vista doctrinal, se considera que la primera separación histórica entre aquello que era de interés privado y aquello que constituía interés público se produjo gracias al Derecho romano. A final de la época arcaica, más concretamente en época republicana, tras la promulgación de las XII Tablas (en torno al 450 a. C.), existió una división más o menos visible entre los *crimina* o *delicta publica*, que eran considerados ataques al bien común, y los *delicta privata* o *maleficia*, que eran ataques cometidos contra sujetos privados. Así, de una parte, los *crimina* (p.e. traición, sacrilegio, muerte de un hombre libre, desertión, etc) tenían carácter público, y tanto su persecución como su sanción (p.e. muerte, deportación, trabajos forzados, etc) eran igualmente públicas. Por otra parte, los *delicta* eran considerados actos ilícitos cometidos contra sujetos privados y/o sus propiedades, perseguidos por una acción privada, y generaban una composición pecuniaria en favor de la víctima – aunque para algunos autores era considerada una auténtica pena privada –.<sup>4</sup> En este orden de cosas, realizaremos algunos matices y consideraciones de interés. En primer lugar, es importante señalar que las citadas referencias no son instituciones asimilables a lo que hoy entendemos rigurosamente por delito, Derecho penal, pena, ilícito civil, Derecho civil, reparación o indemnización. Más bien son situaciones antijurídicas (empleando este término en sentido abstracto) que consistían en la contravención de un precepto legal que prohibía realizar el comportamiento. Estas situaciones desencadenaban unas consecuencias legales que no tenían la misma naturaleza que otros vínculos claramente civiles.

En este sentido, a pesar de que podría defenderse que las consecuencias jurídicas previstas para ambos supuestos revestían tintes ciertamente aflictivos, se ha venido discutiendo en la doctrina acerca del carácter penal o resarcitorio de dichas consecuencias jurídicas. Lo cierto es que, desde nuestro punto de vista, tal discusión resultaría improcedente, ya que en este momento no existía una clara distinción entre las esferas propiamente punitivas y reparatorias, máxime si se parte del sentido que se le da a estos términos actualmente.<sup>5</sup> Es por ello que no puede hablarse de una temprana separación entre pena y resarcimiento, sino más bien de una diferenciación *ratione materiae* entre los intereses privados y los públicos, así como de sus correspondientes procedimientos de tutela. En cualquier caso, quedaba claro que, por un lado, una y otra institución defendían intereses públicos y privados respectivamente y, por otro lado, que las consecuencias jurídicas oscilaban tanto en uno como en otro caso entre la punición y la reparación tal y como las entenderíamos hoy en día. Igualmente, el contenido material de ambos intereses no fue estático, sino que

---

<sup>4</sup> FUENTESECA DEGENEFFE, M., “Poena privata, poena criminis y responsabilidad civil derivada del delito”, p. 1923.

<sup>5</sup> Reflejando que la separación entre responsabilidad criminal y civil quedaba por entero difuminada, SÁINZ GUERRA, J., *La evolución del Derecho Penal en España*, p. 259. También en esta línea, con anterioridad, GÓMEZ CALERO, J., “La responsabilidad civil derivada de acto ilícito penal”, pp. 507-508. Igualmente, pero ampliando el razonamiento a la actual distinción entre responsabilidad contractual, delictual y extracontractual BERMEJO CASTRILLO, M. A., *Responsabilidad civil y delito en el Derecho histórico español*, pp. 59-60.



iría modificándose con el paso del tiempo. En algunos periodos, ciertos ilícitos eran considerados *delicta* y *crimina* a la vez, por lo que se tenía la posibilidad de elegir entre una u otra opción.<sup>6</sup>

En cualquier caso, la doctrina más autorizada ha expuesto que la característica más destacada del Derecho romano en la materia que nos ocupa es la carencia de un principio general de responsabilidad, tanto en *delicta* como en *crimina*. Aunque el Derecho romano siempre fomentó que los menoscabos recibidos obtuviesen resarcimiento, éstos se regularon individualmente, es decir, que los supuestos previstos por el Derecho romano eran formalmente típicos, por lo que únicamente eran tutelados aquellos casos que encajaban en aquellos hipótesis previamente individualizadas. No obstante, constituían supuestos ciertamente diversos, de modo que la jurisprudencia iría ampliando la esfera de aplicabilidad a través de interpretaciones extensivas o analógicas de las categorías preexistentes.<sup>7</sup> Sin embargo, se ha señalado expresamente que la composición pecuniaria prevista para los *delicta* era en realidad un sustitutivo genérico de la Ley del Talión, que vendría aplicada en caso de que no se abonase o no hubiese acuerdo sobre la compensación para poder evitar la responsabilidad personal.<sup>8</sup>

## 2.2. La aprobación de la *Lex Aquilia* y sus desarrollos posteriores

Más tarde, con la aprobación de la *Lex Aquilia* (en torno al S. III a.C.), se produjeron notables cambios en el tratamiento de los *delicta*. Se derogó el sistema anterior y se sistematizaron los supuestos de daños en las cosas bajo el paraguas del *damnum iniuria datum* (“daño injustamente causado” en traducción libre), con la novedosa introducción del deber general de pago de una suma pecuniaria, desplazando totalmente al Talión sin necesidad de pacto entre las partes.<sup>9</sup> La característica general del nuevo sistema era la tutela del daño injusto, típico y patrimonial de la propiedad, es decir, aquel que no se tiene el deber de soportar, que está previsto en los supuestos contemplados y que afecta directamente a la cosa misma objeto de la propiedad.<sup>10</sup> Se protegía, por tanto, solamente el interés del propietario según la literalidad de la Ley. Para su cuantificación se preveían dos supuestos. El primero, en el caso de muerte de esclavos o cuadrúpedos, se pagaría el máximo valor que hubiera alcanzado en el año anterior al suceso. El segundo, en cualquier otro tipo de propiedades, el máximo valor alcanzado en el mes anterior a los hechos.<sup>11</sup> Igualmente, la *Lex Aquilia* también preveía condenar al autor al pago del doble de ese valor si negaba su intervención en los hechos.<sup>12</sup> Otro requisito exigido también por la

<sup>6</sup> ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Derecho privado romano*, pp. 267 y ss. De acuerdo con FUENTESECA DEGENEFFE, M., “El delito civil en Roma y en el Derecho español”, pp. 208-210 ello ocurriría sobre todo a partir de la época de Sila (S. II a. C.) en la que multitud de *delicta* pasaron a la esfera de represión pública.

<sup>7</sup> BERMEJO CASTRILLO, M. A., *Responsabilidad civil y delito en el Derecho histórico español*, p. 59.

<sup>8</sup> TAGLIARINI, F., “Il risarcimento del danno da reato”, p. 476.

<sup>9</sup> BERMEJO CASTRILLO, M. A., *Responsabilidad civil y delito en el Derecho histórico español*, p. 97.

<sup>10</sup> TAGLIARINI, F., “Il risarcimento del danno da reato”, p. 476.

<sup>11</sup> Correspondientemente, los capítulos primero y tercero de la *Lex Aquilia*. El segundo capítulo cayó en desuso y preveía la acción que correspondía a un acreedor principal por la deuda fraudulentamente contraída por un acreedor secundario al haber realizado una *acceptilatio*. Vid. BERMEJO CASTRILLO, M. A., *Responsabilidad civil y delito en el Derecho histórico español*, pp. 90-97.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 97.

propia literalidad de la Ley era que el daño se causase *corpore et corpori datum*, esto es, directamente, mediante el contacto material entre el sujeto y la cosa. Se excluirían, por tanto, aquellos supuestos en los que alguien haya dado muerte al animal ajeno a través de ruidos o gritos, espantándolo y haciéndolo saltar por un precipicio, o bien cualquier lesión que concerniese a la esfera moral espiritual del individuo.<sup>13</sup>

Con el paso del tiempo y la consolidación de la jurisprudencia se flexibilizarían los requisitos dando cabida a nuevos supuestos que no se habrían admitido de acuerdo con la literalidad de la ley. Así, junto a la *actio legis Aquiliae* directa prevista, el pretor amplió los derechos procesales concediendo igualmente la *actio utilis* o *actio in factum*, permitiendo tutelar el daño producido indirectamente, aunque siempre en el marco de daños causados sobre la cosa en sí. Se concedió acción útil a aquellos supuestos en los que el daño no se causaba directamente (*corpore*), aunque sí sobre la cosa (*corpori*). Por ejemplo, es frecuentemente citado el texto de ULPIANO (D. 9. 2. 11 pr.) en el que un barbero afeitaba a un esclavo en la calle y un tercero que jugaba a la pelota golpeó con ésta la mano del barbero que hundió la navaja en el cuello del esclavo provocándole la muerte. Igualmente, se haría extensiva la protección prevista en la *Lex Aquilia* a quienes tuvieran derechos reales sobre la cosa y a poseedores de buena fe. Aún más adelante, en Derecho Justiniano se amplió todavía más la esfera de los supuestos aplicables, comprendiendo también aquellos en los que el daño conlleve un perjuicio a su propietario y superando finalmente el límite objetivo del daño a la cosa en sí. También se concedió protección al arrendatario, aunque careciera de *ius in re*.<sup>14</sup> Finalmente, otra gran novedad que se incorporaría a partir del texto de la *Lex Aquilia* era la introducción del criterio de la culpa. En principio, parece ser que esta norma no hablaba de culpa en puridad y dejaba apartada toda evaluación psicológica. Sin embargo, con el paso del tiempo, se fue alterando la noción de *damnum iniura datum* hacia una configuración subjetiva. De esta forma, a partir de la segunda mitad del S. II d. C. la ilegalidad del acto lesivo comenzó a definirse en términos de reprobabilidad del comportamiento lesivo. Este nuevo elemento presupondría una suerte de inobservancia de las normas más básicas de diligencia. Así, ULPIANO en D. 9. 2. 44. pr. recogería algunos siglos más tarde la célebre máxima de “*in lege Aquilia et levissima culpa venit*” (en traducción libre, “bajo la Ley Aquilia cuenta hasta el más bajo grado de culpa”).<sup>15</sup>

Por lo que se refiere a la naturaleza de la *Lex Aquilia*, ésta sigue siendo muy controvertida, ya que en ningún momento cumplió una función estrictamente reparatoria o compensatoria tal y como hoy viene entendida.<sup>16</sup> No existe, por tanto, en Derecho romano

---

<sup>13</sup> Por todos, ROTONDI, G., “Dalla ‘Lex Aquilia’ all’art. 1151 Cod. Civ.”, p. 946.

<sup>14</sup> Difusamente, sobre la evolución posterior de la *Lex Aquilia*, BERMEJO CASTRILLO, M. A., *Responsabilidad civil y delito en el Derecho histórico español*, pp. 101-132.

<sup>15</sup> Acerca de esta problemática de la noción de culpa en Derecho romano, con multitud de referencias doctrinales y normativas, ROTONDI, G., “Dalla ‘Lex Aquilia’ all’art. 1151 Cod. Civ.”, p. 953-963 y BERMEJO CASTRILLO, M. A., *Responsabilidad civil y delito en el Derecho histórico español*, pp. 107-112.

<sup>16</sup> Por todos, señalando “*el indiscutible carácter penal que presentaban los textos romanos que versaban sobre la acción de la Ley Aquilia*”, DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, p. 72. Eclécticamente, indicando que esta norma no perdía su naturaleza penal ni tampoco cumplía una función estrictamente compensatoria, BERMEJO CASTRILLO, M. A., *Responsabilidad civil y delito en el Derecho histórico español*, p. 16.

una diferenciación clara entre la reparación y la pena, y mucho menos siendo comparables o asimilables a tal y como las entendemos hoy. Cabe destacar el logro que supone la separación jurídica entre *crimina* y *delicta*, y con ello, la delimitación teórica de aquello que era de interés público frente a aquello que constituía únicamente interés privado. Este planteamiento sería retomado y reformulado siglos más tarde con la llegada del Estado de Derecho y perduraría hasta nuestros días en los sistemas jurídicos de base romanista.

### III. DERECHO MEDIEVAL

#### 1. Especial referencia al Derecho germánico y visigodo

A pesar de que, en puridad, el Derecho visigodo no pertenece al periodo medieval, consideramos oportuno hacer una breve referencia a sus aportes históricos a la problemática que nos interesa así como una sucinta mención a los planteamientos germánicos. Ante todo, debe acentuarse la dificultad de acceder a las fuentes propiamente germánicas. Al ser un Derecho de raigambre oral, eminentemente consuetudinario, nada puede decirse sobre éste con total certidumbre. Además, fue pronto desplazado por las fuentes justinianas. Los conocimientos que actualmente tenemos de este Derecho germánico son fruto, en gran medida, de los historiadores y estudiosos del tema. De cualquier forma, parece ser que el Derecho germánico más primitivo tenía importantes matices arcaicos y suponía un retraso frente a los logros del Derecho romano. Así, en su forma más primitiva, seguía admitiendo la venganza de sangre o *blutrache*, ésta era permitida a la víctima y a su grupo familiar (*sippe* – estirpe o asociación genealógica por vía masculina) frente a quien había negado la paz (*friedlosigkeit* – en traducción libre “situación de falta de paz”). En la cultura germánica no existía más que la defensa de un orden dado, el cual se basaba en un principio de base religiosa que imponía la obligación de vivir respetando el orden natural establecido por las divinidades.<sup>17</sup> Con la finalidad de ir reemplazando estas acciones vengativas, la *blutrache* se fue sustituyendo por otro tipo de consecuencias jurídicas de naturaleza económica o, simplemente, composiciones. De esta forma, se preveían tres tipos de composiciones en el Derecho germánico: el *wergeld*, o pago de una suma indemnizatoria, el *busse*, que recibían los parientes y el *fredgeld* (o *fredus* o *fredum*), que se entregaba al conjunto de la comunidad.<sup>18</sup> Por otra parte, debe acentuarse en todo caso que estos modelos de composición germánica no eran concebidos como una transacción realizada entre sujetos privados, sino como una forma de reparación del orden jurídico alterado. No se trata, por tanto, de indemnizaciones de acuerdo con el sentido actual del término. Sí es cierto que presentaban un carácter más vinculado a la reparación y no tanto al castigo a diferencia de aquellas instituciones propias del Derecho romano, pues su cuantificación se fijaba, entre otros factores, por la entidad del daño

---

<sup>17</sup> SÁNCHEZ DOMINGO, R., “La pervivencia del Derecho germánico en el fuero de Miranda de Ebro”, pp. 173-174.

<sup>18</sup> BERMEJO CASTRILLO, M. A., *Responsabilidad civil y delito en el Derecho histórico español*, pp. 15-16. Cfr. con algunos matices GIL ESTELLÉS, C., *La responsabilidad civil derivada de la penal*, pp. 22-23, LÓPEZ-AMO Y MARÍN, Á., “El Derecho penal español de la Baja Edad Media”, pp. 560- 562 y GÓMEZ CALERO, J., “La responsabilidad civil derivada de acto ilícito penal”, nº 189, p. 508.

producido, con independencia del grado de intencionalidad por parte del autor.<sup>19</sup> Sin embargo, no presentan una finalidad propiamente resarcitoria de acuerdo con la conceptualización actual, pues, como veíamos, los destinatarios no siempre son los perjudicados.

Por otra parte, los visigodos (S. V- VIII d. C.) eran un pueblo germano que vivió un importante proceso de romanización al entrar en contacto permanente con el Imperio Romano y, sobre todo, al comenzar a instalarse de forma estable dentro del territorio del mismo. Este proceso de romanización se aprecia especialmente en la evolución del Derecho visigodo. De esta forma, BERMEJO CASTRILLO indica que la influencia romana se advierte ya en el Código de Eurico o *Codex Euricianus* (circa 475 d. C.) y se muestra plenamente asentada en el Breviario de Alarico II o *Lex Romana Visigothorum* (S. VI d. C.). Sin embargo, es en el *Liber Iudiciorum* o *Lex Visigothorum* de Recesvinto (654 d. C.) donde se aprecia la pervivencia de múltiples elementos de origen germánico en convivencia con abundantes instituciones romanas. Dentro de la Historia del Derecho español, esta norma tendrá un papel especialmente relevante, ya que se trata de la principal recopilación de normas sancionadas después de la consolidación del reino visigodo en la península ibérica. Además, su vigencia se mantendría posteriormente en algunos territorios y comunidades durante la época medieval.<sup>20</sup> En lo que se refiere al resarcimiento y a la reparación, debido al debilitamiento de las estructuras jurisdiccionales públicas, la tutela de buena parte de los ilícitos se encomendó a la acción privada, lo cual, nuevamente, llevó a una mezcla entre las esferas de lo público y lo privado. A pesar de ello, seguían existiendo algunos ilícitos públicos, aunque resultaba habitual que las conductas ilícitas se tutelasen a través de una composición pecuniaria de carácter absolutamente personal. Igualmente, la posibilidad de acudir a la venganza privada seguiría vigente durante algunos siglos, cuando el ofensor fuese incapaz de hacer frente a la composición o si al perjudicado se le ofreciese tal opción y escogiese ejercerla.<sup>21</sup>

## 2. Derecho altomedieval

Como es bien conocido, tras la invasión musulmana en el año 711, se inicia un extenso periodo de reconquista de la península ibérica por parte de los diferentes Reinos cristianos que, en realidad, coincidiría con la práctica totalidad de la Edad Media (años 711 a 1.492). Este hecho histórico ciertamente repercutiría en la formación y desarrollo del Derecho y, consiguientemente, también en el de la materia que nos ocupa. Tras el inicio de la reconquista, durante toda la Edad Media se evidenciaría el fenómeno de la repoblación cristiana, consolidando el avance y el dominio de los Reinos cristianos sobre los territorios conquistados. Con ello, a través de la proliferación de los distintos instrumentos jurídicos se produciría el afianzamiento de un sistema de corte localista y, por consiguiente, una evidente fragmentación jurídica, presentando múltiples fuentes y

---

<sup>19</sup> SÁNCHEZ DOMINGO, R., “La pervivencia del Derecho germánico en el fuero de Miranda de Ebro”, p. 175.

<sup>20</sup> BERMEJO CASTRILLO, M. A., *Responsabilidad civil y delito en el Derecho histórico español*, p. 150.

<sup>21</sup> *Ibid.*, pp. 150-151, y su nota al pie 3.

diversas formas de tutela ante las diferentes transgresiones. De cualquier forma, se aprecian algunos elementos comunes. En primer lugar, existe un debate doctrinal acerca de qué sistema tiene mayor influencia en estos primeros siglos de la Edad Media, si el visigodo o el romano. La posición de algunos autores como ORLANDIS ROVIRA es que, más que la continuidad del sistema visigodo, iba a aflorar un sistema de corte romanista, aunque ciertamente vulgarizado. Todo ello sin negar la importante presencia de elementos jurídicos visigodos en algunos palacios, círculos eclesiásticos, en las cortes astur y leonesa y que el Fuero Juzgo, traducción romance del *Liber Iudiciorum*, fuera concedido como Derecho local a partir del S. XIII.<sup>22</sup> De la misma forma, la doctrina pone de manifiesto la enorme involución producida en materia de técnica jurídica, que se plasmaría en una simplificación prácticamente esquemática de las concepciones. Igualmente, también sería una seña característica de este periodo la fuerte presencia teocrática y religiosa, materializada en las instituciones jurídicas.<sup>23</sup>

En lo que respecta a la construcción de los correspondientes ilícitos, se aprecia la prevalencia del elemento objetivo, el daño o menoscabo. De tal forma que tanto el ilícito como su consecuencia jurídica aparecerían definidas por el resultado del comportamiento infractor, el cual viene considerado como la expresión visible de la perniciosa voluntad del reo.<sup>24</sup> A pesar de ello, el elemento objetivo convivía con abundantes ejemplos de limitación o exoneración de la consecuencia jurídica prevista para los supuestos de transgresión, como por ejemplo, aquellos casos encuadrables *lato sensu* en una suerte de legítima defensa, obediencia debida o caso fortuito.<sup>25</sup> Del mismo modo, también se aprecia cierta relevancia del elemento subjetivo, plasmado, por ejemplo, en la observancia del grado de culpa del causante o en aquellos motivos que impulsaron al infractor. Este elemento subjetivo, además, podía llegar a tenerse en cuenta hasta el grado de configurarse como una modulación de la consecuencia jurídica en forma de agravante o atenuante.<sup>26</sup> Era tal el grado de observancia de esta vertiente subjetiva que, de hecho, ORLANDIS RIVERA llegó a señalar que los ejemplos concretos donde se aplicase una tutela más o menos objetiva fueron muy escasos.<sup>27</sup>

Por otro lado, el Derecho altomedieval permitía frecuentemente actuaciones de autotutela debido principalmente a una marcada debilidad judicial, incapaz de ejercer debidamente sus competencias, así como a la falta instrumentos represivos públicos eficaces. En consecuencia, les correspondía a los propios perjudicados, a sus familias o, incluso, a la propia comunidad *de iure y/o de facto* ejercer las labores de tutela ante las diferentes

---

<sup>22</sup> ORLANDIS ROVIRA, J., “Las consecuencias del delito en el Derecho de la Alta Edad Media”, pp. 65-68. Cfr. GIL ESTELLÉS, C., *La responsabilidad civil derivada de la penal*, pp. 23-24, quien exponía que el Derecho penal español medieval era eminentemente germánico.

<sup>23</sup> SÁINZ GUERRA, J., *La evolución del Derecho Penal en España*, p. 24.

<sup>24</sup> ORLANDIS ROVIRA, J., “Sobre el concepto de delito en el Derecho de la alta Edad Media”, pp. 114-115.

<sup>25</sup> Aportando multitud de ejemplos en este sentido, respectivamente, SÁINZ GUERRA, J., *La evolución del Derecho Penal en España*, pp. 105-109, 113-114 y 132-133. Citando también algunos ejemplos acerca de la fuerza liberatoria del caso fortuito, ORLANDIS ROVIRA, J., “Sobre el concepto de delito en el Derecho de la alta Edad Media”, pp. 117-118.

<sup>26</sup> *Ult. Op. Cit.*, pp. 119-122.

<sup>27</sup> *Ibid.*, pp. 115-116.

transgresiones. Como puede intuirse, nuevamente aquí vuelven a surgir difuminaciones entre los ámbitos punitivos y resarcitorios.<sup>28</sup> Es por ello por lo que algún autor ha estimado que, de acuerdo con la mencionada debilidad judicial, podría haberse comenzado a introducir el enjuiciamiento público para aquellos ilícitos de especial gravedad,<sup>29</sup> pues las mencionadas formas de autotutela eran habitualmente materializadas en forma de venganza de sangre, la cual, a su vez, se canalizaba a través de múltiples mecanismos – como la declaración de *inimicitia*. En este sentido, cabe destacar que las venganzas de sangre se hallaban fuertemente arraigadas en la sociedad medieval. Se trataba de una institución que permitía al perjudicado o a sus familiares el ejercicio de la acción aflictiva ante la pasividad de la comunidad y el rol vigilante de la autoridad encargada de velar por la correcta observancia de las formalidades establecidas.<sup>30</sup>

Por todo lo expuesto, puede concluirse que las fronteras entre lo penal y lo civil siguen aún sin delimitarse debidamente en este periodo medieval inicial. En consecuencia, este carácter difuso perduraría en los siglos posteriores de la Alta Edad Media (hasta el S. IX–X).<sup>31</sup>

### 3. Derecho bajomedieval

En la Baja Edad Media (Siglos XI – XV) y fundamentalmente a través de la doctrina de los glosadores, se recupera el legado jurídico romano, ampliando y desarrollando sus postulados. Sus continuadores, los comentaristas, progresarán todavía más en esta línea, comenzando una gradual mutación de las acciones romanas hacia unas soluciones de carácter restaurador, suprimiendo elementos de carácter aflictivo como la litisrecencia. En cualquier caso, este periodo se caracteriza, además de por la recuperación del Derecho romano, por la revisión y confluencia de éste con un desarrollado Derecho canónico. El *ius commune* constituiría la principal fuente del Derecho, el cual, a su vez, estaría integrado por el *Corpus iuris civilis*, el *Corpus iuris canonici* y la labor de la doctrina jurídica. De esta forma, es apreciable una importante presencia de la religión cristiana en las concepciones asumidas por los juristas y, en lo que respecta a la temática de nuestro interés, el desarrollo de una responsabilidad de carácter moral. Así, los canonistas desarrollarían la teoría de la preeminencia de la disposición de espíritu del autor del acto a partir de las propuestas de la patrística previstas en el Decreto de Graciano. A través de esta teoría, se trasladaría el punto principal del análisis jurídico a la intención del sujeto más que a la acción y a sus consecuencias objetivas. Así, esta moralización, ciertamente cercana al concepto de pecado, influiría por completo en la noción de culpa que se desarrollaría en este periodo.<sup>32</sup>

---

<sup>28</sup> BERMEJO CASTRILLO, M. A., *Responsabilidad civil y delito en el Derecho histórico español*, pp. 210-211.

<sup>29</sup> ORLANDIS ROVIRA, J., “Las consecuencias del delito en el Derecho de la Alta Edad Media”, p. 70.

<sup>30</sup> BERMEJO CASTRILLO, M. A., *Responsabilidad civil y delito en el Derecho histórico español*, pp. 212-213 y ORLANDIS ROVIRA, J., “Las consecuencias del delito en el Derecho de la Alta Edad Media”, p. 75. También en ROIG TORRES, M., “Algunos apuntes sobre la evolución histórica”, pp. 176-177.

<sup>31</sup> SÁINZ GUERRA, J., *La evolución del Derecho Penal en España*, p. 260.

<sup>32</sup> BERMEJO CASTRILLO, M. A., *Responsabilidad civil y delito en el Derecho histórico español*, pp. 447-448.

El estudio del componente ético sería persistente y la profundización en este campo llevaría aparejada algunas consecuencias teóricas importantes. La primera de ellas es que se plantea que no se responda por el ilícito – *rectius, ex maleficio* – sin una reprochabilidad moral, es decir, sin culpa, tanto por el acto ajeno como por el propio. En este sentido, los autores de Escuela de Glosadores analizarán distintas clasificaciones de esta reprochabilidad, abarcando desde la *culpa levissima*, conceptuada como inobservancia de la diligencia más simple y básica, hasta el ánimo directo de causar el perjuicio. Un problema recurrente en este periodo es precisamente el fundamento moral de esta *culpa levissima*, pues se cuestiona si cabe responder en estos casos ya que no concurre la voluntariedad en el ánimo del sujeto.<sup>33</sup> La moralización del Derecho también comportó la superación del modelo aquiliano en varios sentidos. En primer lugar, se sostiene que las consecuencias jurídicas deben ajustarse al perjuicio sufrido. En otras palabras, los autores comienzan a proponer que, por un lado, el menoscabo sufrido debe ser efectivamente reparado, y por otro, que no se puede exigir al causante otorgar al ofendido más (ni menos) de lo que éste último se ha visto perjudicado. Esto lleva a la formulación de un originario principio de reparación del daño y a un rechazo frontal del enriquecimiento injustificado, por ejemplo, a través la litiscrecencia o de la solidaridad cumulativa. En este sentido, se inicia a afianzar la conciencia de que el perjuicio realmente ocasionado debe, de alguna forma, compensarse, restituirse o repararse, independientemente de la clasificación de la reprochabilidad moral del sujeto. Igualmente, y en congruencia con el juicio ético, que se entiende personal, se comienzan a rechazar los supuestos de responsabilidad colectiva en el caso de que no se tuviera participación en los hechos. También se cuestiona el principio de intransmisibilidad pasiva vigente en el momento. Se debate, sin un acuerdo general, sobre si los herederos del causante deben responder por él en caso de fallecimiento de éste. En cuanto al contenido, se acabarían incluyendo algunos daños no patrimoniales dentro del objeto de tutela, especialmente aquellos relacionados con la muerte de una persona. Finalmente, otra consecuencia sería el inicio de una distinción entre la reparación y la pena, aunque este planteamiento (junto con todas sus consecuencias) tardaría aún algunos siglos en delimitarse con rigor desde el punto de vista teórico.<sup>34</sup>

A partir del Siglo XIII la doctrina francesa, basándose en la romana, inicia a distinguir entre la parte penal y la reparatoria de la consecuencia jurídica, aunque no en todos los ilícitos. Se enuncia de una forma más clara un principio general de responsabilidad civil, nunca plasmado en el Derecho romano, avanzando hacia la atipicidad del daño, aunque sería DOMAT varios siglos después quien delimitaría decisivamente este planteamiento.<sup>35</sup> También se profundizó en el criterio de la culpa, de una parte, excluyendo la responsabilidad de infantes, locos y animales, al no disponer de una mínima capacidad de razonamiento, y de otra, reafirmando la culpa levísima como generadora de responsabilidad, aunque se admitía el caso fortuito y la fuerza mayor como causas de exclusión de la responsabilidad. Otro avance consistió en una mayor flexibilización de la

---

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 448.

<sup>34</sup> *Ibid.*, pp. 449-451.

<sup>35</sup> *Ibid.*, pp. 451-452.

acción aquiliana en varios aspectos. Se produjo una expansión del campo de actuación de la acción aquiliana por medio de la atribución de un fundamento objetivo a la misma, es decir, la exigencia de la constatación de un daño intencional o culposo para la activación de la acción. Asimismo, se admitió la posibilidad de un resarcimiento *in natura* más allá de la compensación pecuniaria, y se eliminó la noxalidad a la vez que se proclamaba la responsabilidad por hecho realizado por hijos y descendientes, siempre en caso de constatarse una *culpa in educando* o *in vigilando*.<sup>36</sup>

Estos novedosos planteamientos doctrinales influirían notablemente en la obra jurídica de Alfonso X. Por un lado, en el Fuero Real (*circa* 1.255) se plasmaría – siguiendo la estela del Fuero Juzgo – el principio de personalidad de las penas, desplazando la concepción del ilícito punitivo como ofensa al núcleo familiar y consolidando su carácter individual. Por otro lado, en las Leyes de Partidas (*circa* 1.265), más influenciadas por el *ius commune*, se establece una primaria diferenciación entre la responsabilidad civil y la penal como consecuencia del acto punible, aunque no hay una regulación general ni sistémica. El castigo y el resarcimiento aparecen frecuentemente mezclados. Del mismo modo, se declara genéricamente la obligación de resarcir el daño patrimonial causado junto con su contenido y se prevén algunos supuestos de responsabilidad civil subsidiaria, por ejemplo, de los guardadores en casos de ilícitos penales cometidos por “*el loco, el furioso y el desmemoriado*”; y de los “*ostaleros, taberneros y señores de navíos*” en el caso de hurtos cometidos en sus hostales, tabernas y navíos. También se incorpora el criterio de la culpa como factor principal de imputación en todos sus grados. No obstante, hay algunos vestigios aquilianos, tales como la incorporación de la litiscrecencia, la tasación retroactiva y la noxalidad.<sup>37</sup>

#### IV. DERECHO DE LA EDAD MODERNA

Tras la Edad Media, comienzan a producirse procesos generalizados de modernización política en la Europa de los siglos XV y XVI, lo cual, daría como resultado el surgimiento de los primeros Estados como estructuras centralizadas del poder del monarca. En consecuencia, caracterizaría este periodo un creciente rechazo de la noción aquiliana como pena privada, prácticamente incompatible con las modernas nociones de un Estado que exige el ejercicio del *ius puniendi* y un mayor desarrollo de la separación entre reparación y pena. Igualmente, al concentrar el poder público y desarrollar en mayor grado la trama burocrática, se estimuló la creación de una entidad política y administrativa dotada de una mayor capacidad para hacerse cargo de la represión pública de algunos ilícitos. En lo que respecta a la formación histórica del Derecho, los humanistas del S. XVI revisaron de forma crítica las fuentes justinianas aplicando un novedoso método interpretativo histórico, valorando las fuentes en las circunstancias de su aprobación. No obstante, en lo que respecta a la reparación y al castigo, se considera que los humanistas no realizaron grandes aportes. Por el contrario, serían los juristas de la Escuela de Derecho

---

<sup>36</sup> *Ibid.*, pp. 452-455.

<sup>37</sup> Sobre la reparación del daño en las Partidas, ROIG TORRES, M., “Algunos apuntes sobre la evolución histórica”, pp. 179-184.



Natural de Salamanca quienes romperían con el tradicional método medieval a través de la lógica racionalista, identificando unas reglas generales sobre las que descansaba toda la doctrina.<sup>38</sup>

Tradicionalmente, se ha venido considerando que fue HUGO GROCIO quien formuló los principios esenciales del nuevo concepto de responsabilidad.<sup>39</sup> Sin embargo, lo cierto es que autores como BERMEJO CASTRILLO han puesto en duda tal afirmación, llegando a señalar textualmente que “*la obra de Grocio aportaba menos originalidad de la que se ha pretendido, estando muy fuertemente influenciada por los autores de la Escuela de Derecho Natural de Salamanca*”. En este sentido, el citado autor reconoce efectivamente la relevancia de algunas de sus propuestas, referenciando expresamente una primaria división entre la obligación como fruto de un delito evidente y aquella que se imputa como si lo fuese - lo que posteriormente sería denominado “cuasidelito”. Asimismo, expone nuestro autor que a HUGO GROCIO se le atribuye la extensión del objeto de tutela resarcitoria a aspectos intangibles junto a los bienes corporales. Ello supondría una primera formulación del principio de atipicidad de la conducta ilícita, de acuerdo con el cual todo daño causado debe resarcirse, independientemente de su tipología. Sin embargo, BERMEJO CASTRILLO expone que, en el fondo, se trataba de una idea que ya germinaba en la obra de algunos autores del *ius commune*, pero que, en esta ocasión, surgiría con más fuerza y mayor virtualidad al haberse vinculado a la propia naturaleza humana, relacionándola con un mandato ético.<sup>40</sup> Por otro lado, además de la muy estudiada obra de HUGO GROCIO, existen importantes aportaciones que realizaron otros autores de la Escuela de Derecho Natural. Por ejemplo, referencia obligada es PUFENDORF a quien se le atribuye la formulación de la obligación de reparar el daño como uno de los *praecepta absoluta* del Derecho natural. Tal obligación es una *lex naturalis*, un principio jurídico absoluto en su concepción. A partir de su obra, el concepto de daño o *damnum* se amplificaría cuantitativamente a supuestos no previstos en la *Lex Aquilia*, con base en el principio de no causar daño a nadie – *alterum non laedere*.<sup>41 42</sup>

La obra de DOMAT (S. XVII) iniciaría la etapa decisiva en la construcción del concepto de responsabilidad. Influído notablemente por la herencia romana, los postulados cristianos y el iusnaturalismo, su propuesta se basaría en tres conceptos fundamentales.

---

<sup>38</sup> BERMEJO CASTRILLO, M. A., *Responsabilidad civil y delito en el Derecho histórico español*, pp. 540-541. Sin embargo, se considera que fueron los juristas franceses anteriores a la codificación quienes realizaron los aportes más significativos para la actual delimitación del ámbito de la responsabilidad civil. Vid., por todos, LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La responsabilidad civil extracontractual*, p. 215, DíEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, pp. 78-79 y PIANO MORTARI, V., voz “Codice (premesse storica)”, en ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO, “*Scuola del diritto naturale, riformismo settecentesco, Rivoluzione francese e formazione dei primi codici moderni*”, párr. 1.

<sup>39</sup> De esta concepción, por todos, DíEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, pp. 76-78 y MIR PUIG, C., “Sobre el problema de la naturaleza de la responsabilidad civil extracontractual”, p. 103.

<sup>40</sup> BERMEJO CASTRILLO, M. A., *Responsabilidad civil y delito en el Derecho histórico español*, pp. 541-542 apoyándose en un trabajo anterior de Robert FEENSTRA.

<sup>41</sup> Vid. KUPISCH, B., “La responsabilità da atto illecito nel diritto naturale”, p. 132, quien le atribuye a PUFENDORF la primera formulación del daño moral.

<sup>42</sup> Por otro lado, añadiendo otras referencias doctrinales del iusnaturalismo de este periodo histórico como las obras de WOLFF y THOMASIIUS, FUENTESECA DEGENEFTE, M., “El delito civil en Roma y en el Derecho español”, pp. 221-222.

Primero, la lesión de la propiedad ajena o *iniuria*, segundo, la pérdida económica, *damnum* y tercero, la reprochabilidad de la conducta del causante, *culpa*. Esta última no sería entendida exclusivamente como pecado, sino como ignorancia o imprudencia al obrar y sería necesaria para que se generase la obligación de responder. A través del desarrollo de los distintos supuestos llegaría a la formulación de un principio de reparación general del daño basado en la culpa. También propuso una diferenciación más profunda entre la reparación civil, de interés privado, y la pena, competencia del Estado, pues señalaba que los delitos deben deslindarse de las materias civiles. Aun así, el deslinde entre ilícitos civiles y penales no estaba del todo claro, ya que los primeros no se habían desprendido por completo de su arcaica dimensión punitiva y no estaba del todo clara su función y contenido resarcitorio.<sup>43</sup> No obstante, la posterior influencia de DOMAT es incuestionable. Su obra sería replanteada un siglo después por POTHIER, quien delimitaría con mayor precisión la separación entre los delitos y los cuasidelitos civiles. Ahondaría particularmente en la vertiente subjetiva, señalando que el daño provocado a propósito será siempre resarcido, pero el daño involuntario lo será si concurre culpa. Es por esa razón que las personas carentes de capacidad de querer y entender, los inimputables, no podrían responder. Así, para POTHIER los elementos del ilícito civil serían tres. El elemento subjetivo, dolo o culpa, el elemento objetivo, el daño, y el nexo causal entre la conducta y el daño.<sup>44</sup>

## V. EL PROCESO DE CODIFICACIÓN

### 1. El contexto codificador europeo y el Código Penal de 1822

En el Código Civil francés o Código napoleónico de 1804 se observa cómo se cristaliza la unión de las instituciones romanas con los planteamientos del iusnaturalismo, DOMAT y POTHIER junto a los postulados liberales. El punto de partida básico es la declaración de que cualquier daño injustamente causado debe resarcirse, lo que obliga a quien lo provoca a repararlo independientemente de la gravedad del comportamiento causante. Para la estimación del ilícito civil, se exige siempre la culpa, en cualquiera de sus formas, el daño, configurado como atípico, y el nexo causal entre este daño y aquel comportamiento culposo. En este sentido, se diferencia ya claramente entre la culpa contractual, donde operan los distintos grados de la culpa, y la extracontractual, donde se responde a partir de la culpa más leve. Igualmente, las notas características del resarcimiento del ilícito civil serían fruto de las premisas propias del liberalismo, es decir, universalidad, individualismo y moralismo. Por otro lado, también se preveía la asunción de responsabilidad civil respecto a daños causados por otras personas ligadas a éste a través de algún vínculo de subordinación, animales o cosas inanimadas.<sup>45</sup> Asimismo, cabe

---

<sup>43</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, pp. 78-79 y BERMEJO CASTRILLO, M. A., *Responsabilidad civil y delito en el Derecho histórico español*, pp. 544-547.

<sup>44</sup> BERMEJO CASTRILLO, M. A., *Responsabilidad civil y delito en el Derecho histórico español*, pp. 547-548 y PIANO MORTARI, V., voz “Codice (premessa storica)”, en *ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO, “Scuola del diritto naturale, riformismo settecentesco, Rivoluzione francese e formazione dei primi codici moderni”*, párr. 1.

<sup>45</sup> BERMEJO CASTRILLO, M. A., *Responsabilidad civil y delito en el Derecho histórico español*, pp. 449-553.

destacar que es manifiesta la influencia que este Código ejercerá en el resto de Códigos europeos.<sup>46</sup>

De cualquier forma, lo cierto es que el primer Código que se aprobó en España fue el Código Penal de 1822. Aunque este texto normativo tuvo una escasa y discutida vigencia,<sup>47</sup> lo cierto es que en el Código Penal de 1822 se decidió incluir la responsabilidad civil como consecuencia *lato sensu* derivada del delito. Este hecho tuvo una trascendencia fundamental y es que, por vez primera, se configuró un modelo basado en una separación íntegra entre el delito y la responsabilidad de carácter privado que, además, vendría continuado por todos los Códigos Penales posteriores.<sup>48</sup> Con una técnica legislativa ciertamente imprecisa, los artículos 27 y 93 CP 1822 disponían respectivamente:

Art. 27 CP 1822: *“Además de los autores, cómplices, auxiliares y receptadores de los delitos, las personas que están obligadas á responder de las acciones de otros serán responsables, cuando estos delincan ó cometan alguna culpa, de los resarcimientos, indemnizaciones, costas y penas pecuniarias que correspondan; pero esta responsabilidad será puramente civil, sin que en ningún caso se pueda proceder criminalmente por ella contra dichas personas responsables.”*<sup>49</sup>

Art. 93 CP 1822: *“Tambien se debe imponer de mancomun á los reos cómplices, auxiliares y fautores, sin perjuicio de que se pueda gravar á unos mas que á otros, como queda espresado, el resarcimiento de todos los daños, y la indemnizacion de todos los perjuicios que hayan resultado del delito, asi contra la causa pública como contra los particulares; y lo que aquellos no puedan pagar lo satisfarán también de mancomun, con la misma circunstancia, los receptadores y encubridores. Del propio modo se hará en todos los casos la restitution libre de lo robado ó sustraído, y la reparacion de lo dañado, destruido ó alterado, siempre que se pueda verificar.”*

Consecuentemente, esta responsabilidad civil de carácter patrimonial se entendía ya diferenciada de las penas pecunias según el artículo 28 CP 1822.<sup>50</sup> Además de esta

---

<sup>46</sup> Por todos, PIANO MORTARI, V., voz “Codice (premissa storica)”, en ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO, “*Scuola del diritto naturale, riformismo settecentesco, Rivoluzione francese e formazione dei primi codici moderni*”, párr. 3.

<sup>47</sup> Vid., ANTÓN ONECA, J., “Historia del Código penal de 1822”, p. 275 quien señalaría que la aplicación del CP 1822 sería breve, imperfecta y desigual. Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “Contribución al estudio sobre la aplicación del Código Penal de 1822”, p. 230 quien defiende la aplicación y CASABÓ RUIZ, J. R., “La aplicación del Código penal de 1822”, pp. 342-344, quien considera que las dudas sobre la aplicación carecen de fundamento. En esta última línea, aportando nuevos datos sobre la efectiva aplicación DE BENITO FRAILE, E. J., “Nuevas aportaciones al estudio sobre la aplicación práctica del Código Penal de 1822”, pp. 58-68 y LÓPEZ REY, O., “El Código Penal de 1822”, pp. 380-391.

<sup>48</sup> Aseguraba PACHECO, J. F., *El Código Penal concordado y comentado*, 1º ed., p. 260 que esta dualidad que representaba la responsabilidad civil y la responsabilidad criminal era desconocida en las normativas medievales.

<sup>49</sup> Sobre este mismo artículo indica SÁINZ GUERRA, J., *La evolución del Derecho Penal en España*, p. 261 que el CP 1822 modificó los criterios precedentes y reconoció por primera vez que la sanción civil es transmisible a terceros, aunque deba ser satisfecha por su autor. Subsidiariamente, serían también responsables civiles los ascendentes, tutores, curadores, maridos respecto de sus mujeres, fiadores y los dueños de los mesones respecto de huéspedes. Asimismo, se imponía un límite económico, de modo que no resultaren perjudicados sobremanera quienes no habían participado en el delito.

<sup>50</sup> Diferenciación ya clara en CP 1822 de acuerdo con ROIG TORRES, M., “Algunos apuntes sobre la evolución histórica”, pp. 199-200.

división ya clara entre responsabilidad penal y civil, el artículo 137 CP 1822 también hacía la distinción procesal entre delitos de carácter público y delitos privados, necesitando estos últimos la acusación del agraviado para su persecución. Por lo demás, se considera que en este Código se apreciaba una fusión entre elementos de corte tradicionalista y nuevas concepciones liberales como el principio de legalidad de las penas.<sup>51</sup> Se trataba de un considerable avance en el método jurídico porque supuso un decidido paso hacia la modernización del Derecho penal español adoptando, por vez primera en nuestra historia, los postulados del movimiento codificador a nuestra legislación: racionalización y ordenación de las leyes, incorporación de los principios del liberalismo, cristalización jurídica de la doctrina de la Escuela Clásica de Derecho penal y, en general, una mayor sistematización y unificación normativa.

## 2. La inclusión de la responsabilidad civil en el Código Penal de 1822

En este orden de cosas, si efectivamente estaban tan claros los cimientos del nuevo Derecho penal y resultaba tan evidente su diferencia con la responsabilidad civil, ¿por qué se incluyó una institución privada en el Código Penal? Sobre esta incógnita, la respuesta más frecuentemente aducida es que el Código Penal se aprobó antes del Código Civil, el cual sería sancionado casi 70 años después, en 1889, siendo el último Código que se promulgaría en este periodo, bastante después del de Comercio y de las correspondientes Leyes de Enjuiciamiento.<sup>52</sup> Sin embargo, por otro lado, lo cierto es que la explicación de por qué se incluyó la responsabilidad civil en el Código Penal responde también a una serie de consideraciones histórico-jurídicas y filosóficas que van más allá de esta respuesta. Ciertamente, el legislador español del periodo de codificación tendría que hacer frente a una fatigosa tarea de recopilación y ordenación de todo el Derecho foral que se había ido promulgando en épocas anteriores, Era necesario superar la vetusta concepción del Derecho y el anticuado modelo de fuentes así como otorgar mayor unidad y sistematización a las normas en vigor. Sin embargo, ello contrastaba directamente con el profundo arraigo cultural de ciertas normas en algunas zonas de España. Por tanto, no es ya que hubiera que recopilar y ordenar una abrumadora cantidad de disposiciones completamente desperdigadas por todo el territorio nacional, sino que, además, había que intentar conjugar las nuevas corrientes renovadoras con este profundo sentimiento de arraigo hacia las normas forales propias, algunas de ellas, efectivamente contradictorias entre sí. A todo ello, igualmente, habría que sumarle la complejidad de la materia, y es que el Código Civil incluiría aquellas regulaciones más trascendentales para el interés privado de la persona: estado civil, relaciones familiares, propiedad, derechos reales, obligaciones y contratos (generales y especiales) y sucesiones. Se trataba, en consecuencia, de un proceso complejo, tedioso y dilatado. Por otra parte, habría que tener

---

<sup>51</sup> BERMEJO CASTRILLO, M. A., *Responsabilidad civil y delito en el Derecho histórico español*, pp. 571-572.

<sup>52</sup> MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, p. 589: “Esta regulación de obligaciones civiles en el Código penal (...) tiene una explicación histórica clara: el Código civil fue el último en promulgarse dentro del proceso codificador español (1889), tras el Código penal, el de comercio y las Leyes de Enjuiciamiento, de modo que al promulgarse los primeros Códigos penales debieron incluir la responsabilidad civil derivada de delito, por inexistencia de Código civil que la regulara. Al promulgarse éste, se remitió al Código penal en esta materia.”

en cuenta el papel que ejercería en el periodo de codificación el inestable contexto político de la España del S. XIX, repleto de cambios de régimen, pronunciamientos militares y conflictos bélicos, entre los que cabe destacar las Guerras Carlistas particularmente. En consecuencia, la ambiciosa empresa codificadora del Derecho civil tomaría bastante tiempo para poder llegar a materializarse debidamente.

Por tanto, debemos admitir que el factor meramente temporal es un elemento a considerar. Los Proyectos de Código Civil se sucedían y no parecían poder consolidarse.<sup>53</sup> Sin embargo, como decimos, una respuesta más satisfactoria reviste mucha más complejidad. Por un lado, es cierto que se incluyó la responsabilidad civil en el Código Penal debido a que no se había sancionado Código Civil alguno y que, además, se supiese o no por el legislador, la promulgación de éste iba a ser tarea particularmente compleja. No obstante, como decíamos, existen una serie de matices histórico-jurídicos y filosóficos que no suelen hacerse valer y que, por nuestra parte, consideramos que deberían tenerse más en cuenta.

### 2.1. El argumento filosófico. La influencia de la doctrina de BENTHAM

En primer lugar, el argumento filosófico nos obliga a tener especialmente en cuenta la influencia de la doctrina de BENTHAM en el proceso de formación del Código Penal, quien sería el autor más citado en los debates.<sup>54</sup> En este sentido, la doctrina que BENTHAM construyó se basaba en el denominado principio de utilidad y su línea filosófica recibe el nombre de utilitarismo. Así, a través del principio de utilidad se pretende maximizar el beneficio, ventaja, placer, bien o felicidad y/o evitar el infortunio, dolor, mal o infelicidad. BENTHAM señala expresamente que este principio se aplica a través de la razón y la ley y, además, que puede aplicarse tanto al sujeto particular como a la comunidad. De esta forma, proclama la necesidad de tutelar ambos intereses por igual, ya que la comunidad es un cuerpo que está constituido por sus miembros – los individuos. Desde su punto de vista, resulta inútil hablar del interés de la comunidad sin entender cuál es el interés del individuo, por lo que realiza un llamamiento a los gobiernos y a los sujetos a regirse por el principio de utilidad, procurando la máxima prosperidad al mayor número de personas y evitando la mayor calamidad a la mayor cantidad de individuos posible.<sup>55</sup> Desde estos postulados, la función del Derecho es defender y aumentar la felicidad total de la comunidad y, consecuentemente, eliminar todo aquello que tienda a sustraer esa felicidad, es decir, prevenir contravenciones. Sin embargo, acentúa que, en todo caso, el castigo a la violación es algo negativo en sí mismo y sólo debe admitirse en aquellos casos en los que prometa excluir un mal mayor. BENTHAM defiende expresamente, por un lado, que el castigo no debe infligirse cuando sea infundado, ineficaz, improductivo o

---

<sup>53</sup> Sobre el análisis de la responsabilidad civil en los diferentes proyectos anteriores al Código Civil de 1889, *vid.* BERMEJO CASTRILLO, M. A., *Responsabilidad civil y delito en el Derecho histórico español*, pp. 555-566.

<sup>54</sup> ANTÓN ONECA, J., “Historia del Código penal de 1822”, p. 271 y SAINZ CANTERO, J. A., “El informe de la Universidad de Granada”, pp. 516-517. También señalando la influencia de BENTHAM en la formación del CP 1822, ROIG TORRES, M., “Algunos apuntes sobre la evolución histórica”, pp. 187

<sup>55</sup> BENTHAM, J., *An introduction to the principles of morals and legislation*, pp. 14-15.

innecesario<sup>56</sup> y, por otro lado, que hay una serie de reglas que deben respetarse a la hora de castigar: ante todo, la función preventiva del castigo; elegir siempre el castigo menos aflictivo; no castigar más allá de lo necesario y que no se cause nunca más mal del bien que se obtiene de ello. En esta línea, insistiría particularmente en la proporcionalidad útil entre ofensa y castigo.<sup>57</sup>

Estos planteamientos utilitaristas llevarían a BENTHAM a reivindicar con fuerza el papel de los remedios reparatorios en la tutela de los males sufridos por una ofensa, llegando incluso a señalar que someterse a la compensación es propiedad (*rectius*, característica) del castigo.<sup>58</sup> En su obra *Principles of Penal law* dedica un gran esfuerzo a exponer y analizar los caracteres y clasificaciones de la satisfacción. De una parte, entiende que la satisfacción es el beneficio recibido que compensa el mal sufrido. La satisfacción es, asimismo, plena y se compone de la compensación del mal causado en el pasado así como de la cesación de la ofensa en el futuro. Su fundamento es el cese del mal y el restablecimiento de la condición que existía antes de la ofensa. En este sentido BENTHAM llega a señalar que la reparación es incluso más necesaria que el castigo, ya que éste, por sí solo, no afecta al restablecimiento del orden de las cosas.<sup>59</sup> Es tal el papel que la reparación juega en el pensamiento de BENTHAM que el filósofo inglés llega a defender la necesidad de una reparación sustitutiva, es decir, una satisfacción realizada a expensas de una tercera persona que no haya cometido una ofensa.<sup>60</sup>

## 2.2. El contexto histórico-jurídico

En segundo lugar, debe resaltarse que ya existía una serie de normas reguladoras *lato sensu* de la reparación que estaban vigentes en el momento de la aprobación del Código Penal de 1822. El Derecho precodificado se componía de los Fueros Real, Juzgo y municipales, así como la Novísima Recopilación y las Partidas.<sup>61</sup> Se trataba, en definitiva, de una serie de normas un tanto desfasadas para lo que era requerido por la modernidad de los tiempos, necesitándose especialmente la apertura del concepto de daño hacia la atipicidad y consagrar la culpa como elemento principal de la imputación. Igualmente, era necesario separar finalmente entre la pena y la reparación civil, siendo la primera típica, intransmisible y aflictiva, y la segunda atípica, transmisible y resarcitoria. Todos

---

<sup>56</sup> *Ibid.*, pp. 134-139.

<sup>57</sup> *Ibid.*, pp. 140-146, desarrollando las consecuencias y reglas que se obtendrían para la legislación a partir de estos planteamientos.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 153, realizando una primaria diferenciación entre el carácter aflictivo de la pena pecuniaria y el reparatorio en la compensación.

<sup>59</sup> *Id.*, “Principles of Penal law”, pp. 371-372, *amplius* distinguiendo y desarrollando las varias clases de indemnización *Ibid.*, pp. 372-383.

<sup>60</sup> *Ibid.*, pp. 383-386, satisfacción sustitutiva que puede llegar a implicar al Tesoro Público, *vid.*, *Ibid.*, pp. 386-388.

<sup>61</sup> Indicando expresamente que el Ordenamiento de Alcalá fue alterado en la práctica, de tal forma que los Tribunales aplicaron, ante todo, las Partidas con prioridad a los Fueros ROIG TORRES, M., “Algunos apuntes sobre la evolución histórica”, p. 178. Acerca del Derecho en vigor al momento de la aprobación del CP 1822, *Ibid.*, pp. 178-184

estos novedosos criterios en la conceptualización de la responsabilidad civil se encontraban ya cristalizados en el Código napoleónico de 1807.

Por otro lado, debe resaltarse el innegable protagonismo que adquirió CALATRAVA en la aprobación del Código Penal de 1822. Sobre él sabemos que fue el principal redactor del Código y un gran admirador de la doctrina de BENTHAM.<sup>62</sup> A lo largo de los debates, se aprecia cómo CALATRAVA iba contestando en nombre de la Comisión a los intervinientes y defendía con gran obstinación el texto adoptado, rechazando muy frecuentemente hacer modificaciones.<sup>63</sup> En lo que se refiere a la inclusión de la responsabilidad civil en el Código Penal, aunque se debatió si era procedente acogerla en el referido cuerpo legal, CALATRAVA declararía tajantemente:

*“(...) aunque sea puramente civil en sus efectos, como dirigida contra los bienes solos, se impone como una especie de culpa que se considera haber en la persona responsable. Es una responsabilidad que, aunque meramente pecuniaria, procede de un delito o culpa, y por consiguiente está bien puesta en el Código Penal, sin perjuicio de que en el civil y en el de procedimientos se establezca todo lo demás que corresponda a cada uno”*<sup>64</sup>

En puridad, aunque hoy sabemos que el delito y la responsabilidad civil tienen unos presupuestos bien diferenciados, lo cierto es que CALATRAVA aquí emplea un razonamiento en la construcción jurídica del nacimiento de la obligación civil *ex delicto* que perduraría hasta nuestros días. Este razonamiento se basa en una fórmula silogística denominada *a maiore ad minus* o *a fortiori* a través de la cual se entiende lógica la existencia de la premisa menor constatada la concurrencia de la premisa mayor. En otras palabras, si efectivamente se demuestra que existe responsabilidad penal por la comisión de un delito, con más razón existirá responsabilidad civil a causa del mismo comportamiento. Consecuentemente, a partir de estos planteamientos se atienden de alguna forma los postulados de la doctrina utilitarista de BENTHAM, pues a partir del enjuiciamiento de unos mismos hechos puede obtenerse, por un lado, la mayor satisfacción de los intereses de la comunidad y del individuo así como, por otro, los menores perjuicios para estos últimos. De esta forma, se obtiene el mayor beneficio porque a partir del nuevo sistema se consigue tanto una condena penal como una condena civil a partir de un mismo enjuiciamiento, tutelando directamente, en consecuencia, intereses públicos y privados. Igualmente, también la cantidad de perjuicio causado se verá reducida ya que se le permite a aquellos directamente afectados por el delito obtener un resarcimiento de los daños recibidos, evitando que tengan que acudir a otro procedimiento para reclamar la correspondiente reparación. Del mismo modo, también se reducen los costes que supondrían ambos enjuiciamientos para la comunidad, resultando en un procedimiento judicial único y de carácter propiamente utilitario.

---

<sup>62</sup> ANTÓN ONECA, J., “Historia del Código penal de 1822”, p. 271.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 269, indicando que observa en sus intervenciones “*altivez e intransigencia*”, aunque admite que gracias a este carácter tan poseído de sí mismo, tuvo firmeza y constancia, sin las cuales no se habría aprobado el Código Penal de 1822 en menos de tres meses.

<sup>64</sup> Diario de las sesiones de Cortes – Legislatura Extraordinaria 1821-1822, nº 83. Presidencia del Señor Clemencin. Sesión del día 16 de diciembre de 1821, p. 1317.

A pesar de lo expuesto, cabría cuestionarse si a partir de este modelo se están atendiendo debidamente las doctrinas de BENTHAM, ya que, como veíamos, nuestro autor muestra particular interés en la observancia del principio de utilidad, el cual, no tiene por qué entenderse necesariamente y en todo caso como acumulación de las condenas penales y civiles, sino también como disminución del mal causado y aumento del beneficio obtenido. En el cuadro de las consecuencias jurídicas del delito, este postulado también puede plasmarse perfectamente en la necesidad de otorgar al juez la facultad de poder alternar, para unos mismos hechos, entre la sanción penal y la imposición de la obligación reparatoria. ¿O es que quizás el legislador decimonónico, en aplicación del principio de *ultima ratio*, entendía que los supuestos ya tutelados por el Código revestían tal gravedad que ello haría que los hechos por sí solos fueran siempre merecedores de una sanción penal y, acumulativamente, la imposición de la obligación del daño? En principio, bien podrían defenderse las dos posturas, lo que sí queda claro es que este modelo acumulativo y utilitario perviviría hasta nuestros días.

### 2.3. Un breve apunte sobre la consolidación y la continuidad del modelo

Hasta la aprobación del Código Civil en 1889, la responsabilidad civil (en puridad, *ex delicto*) se habría continuado regulando en los dos siguientes Códigos Penales, respectivamente, en el de 1848 y en el de 1870. Sin embargo, a pesar de que la responsabilidad civil se reguló por vez primera en el Código Penal de 1822, lo cierto es que el modelo *ex delicto*, tal y como lo conocemos, inicia con el Código Penal de 1848. En él se acentúan los caracteres utilitarios y se aprecia la sistematicidad que ha revestido el tratamiento de la obligación privada en el Código Penal desde entonces. Por un lado, el artículo 15 CP 1848 procedió a enunciar tajantemente que “*Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente*”.<sup>65</sup> Por otro lado, los artículos 115 a 118 CP 1848 procedieron a enumerar las formas a través de las cuales se podía resarcir el daño, enunciando y desarrollando la tradicional tripartición del contenido de la responsabilidad civil *ex delicto*: restitución, reparación e indemnización. Igualmente, en lo que respecta a la sistematicidad, los artículos 16 a 18 y 120 a 123 CP 1848 indicaban quién, cómo y si se era responsable civil a partir del análisis jurídico penal. Ciertamente, aunque ya se sabía que la responsabilidad penal y la civil se regían por parámetros bien diferenciados, estos nuevos artículos permitían al juez penal saber cómo proceder civilmente ante un caso u otro una vez que se habían analizado los hechos desde el punto de vista del Derecho penal. Esta serie de caracteres enunciados, con la excepción del primero de todos ellos, perduran en la regulación de la responsabilidad civil *ex delicto* en nuestro Código Penal.

En este sentido, en el momento de la sanción del Código Civil de 1889, la regulación de la responsabilidad civil había pasado por tres Códigos Penales, con sus respectivos regímenes. Sin embargo, lo cierto es que la obligación privada seguía estando regulada en el Código Penal, apreciándose una dualidad normativa. De esta forma, no es de extrañar que algunos autores hayan puesto de manifiesto que el verdadero error del

---

<sup>65</sup> Controvertida fórmula que continuaría en el resto de Códigos Penales hasta el anterior al actual. *Vid.*, art. 18 CP 1870, art. 72 CP 1928 y art. 19 CP 1932, CP 1944, CP 1963, CP 1973.



legislador no fue regular la responsabilidad civil en el Código Penal, sino seguir regulándola en esta sede después de la aprobación del Código Civil.<sup>66</sup> Es más, el propio artículo 1092 CCesp remitía a la legislación penal la regulación de aquellas obligaciones civiles que “nazcan” de los delitos. Aunque esta cuestión se abordará con mayor detenimiento en el capítulo III, donde trataremos la actualidad de la regulación de la responsabilidad civil en el Código Penal así como la problemática de su nacimiento, quisiéramos resaltar aquí una cuestión de vital importancia.

A pesar de que nuestro legislador haya apostado por este modelo de corte utilitarista y acumulativo, deben diferenciarse dos cuestiones fundamentales, por un lado, una cosa es el modelo en sí y, por otro, otra cosa bien diferenciada es la dualidad en la regulación. De esta forma, aunque se siga defendiendo la necesidad o idoneidad del modelo para el ordenamiento jurídico, no se debe dejar de tener en cuenta que es posible continuar perfectamente con este modelo a través de una remisión general de la problemática al Código Civil. Ciertamente, ya hemos puesto de manifiesto aquí que la cuestión de la regulación de la responsabilidad en el Código Penal tiene raíces mucho más profundas que la mera temporalidad entre una y otra norma. Sin embargo, resulta más razonable continuar con este modelo sin caer en la actual dualidad normativa. Si efectivamente se entiende que el modelo es de corte acumulativo y utilitario, basado en un acentuado interés de economía procesal que beneficia a los perjudicados, nada impide la remisión de esta problemática a la legislación civil – como hace el artículo 185 CPita. Por el contrario, bien es obligado resaltar que la actual regulación del Código Civil no resulta completamente satisfactoria. Particularmente, debe resaltarse que existen dos cuestiones que, como veremos a lo largo de este trabajo, no están incluidas en la regulación de la responsabilidad civil: las cuestiones de la imputación subjetiva, la antijuricidad y el resarcimiento. A su vez, y sorprendentemente, estas cuestiones sí aparecen reguladas en el Código Penal. En este sentido, además de insistir en la remisión de las problemáticas civiles al Código Civil, sería especialmente necesario resaltar la imperiosa urgencia de una regulación completa, rigurosa y sistemática de la responsabilidad civil en las normas privadas.

### 3. La responsabilidad civil en el Código Civil de 1889 y su evolución posterior

Como decíamos, al momento de la aprobación del Código Civil, la responsabilidad civil había estado regulada en tres Códigos Penales y, además, su artículo 1092 CCesp seguía (y sigue) remitiendo la regulación de aquellas obligaciones civiles que naciesen de los delitos a la legislación penal. Múltiples fueron los proyectos de Código Civil y compleja fue la materialización del Código Civil de 1889, aunque se asegura que el modelo sustanciado en el Código Civil napoleónico se benefició de un clima favorable a su aceptación en España ya que el sistema de culpa se había cristalizado en las Partidas y

---

<sup>66</sup> Particularmente, es una constante reivindicación en la obra de YZQUIERDO TOLSADA, M., “El perturbador artículo 1.092 del Código Civil”, pp. 2110-2011, *Id. Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, p. 30 e *Id.*, “La responsabilidad civil en el proceso penal”, pp. 1109-1110, quien, a pesar de no estar en contra del modelo, critica especialmente la ubicación de la responsabilidad civil en el Código Penal así como la injustificada dualidad normativa. Con anterioridad, por todos, DÍAZ ALABART, S., “La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos”, pp. 796-801.

fue reforzado por los aportes de la Escuela de Derecho Natural de Salamanca.<sup>67</sup> En este texto se trasladaría el eje de la responsabilidad hacia el acto que la genera y se distinguiría acertadamente entre responsabilidad contractual y extracontractual.

Sin embargo, con el paso del tiempo se replantearía la construcción de la responsabilidad civil sobre el criterio de la culpa, dando lugar a la formulación de una responsabilidad de carácter objetivo. Los progresos tecnológicos y científicos que se vivieron a partir de la primera Revolución Industrial (finales S. XVIII – principios S. XIX) cambiarían radicalmente la forma de observar el ilícito civil. Al masificarse los daños como consecuencia de la multiplicación de prestaciones, servicios y actividades de riesgo, se observó que la regla de la culpa no era suficiente para satisfacer las nuevas necesidades sociales. Los daños eran, efectivamente, mayores y más frecuentes, y la prueba de su culpa constituía una dificultad importante a tener en cuenta en el contexto de una industria naciente. De aquí la exigencia de una tutela diferente en el ámbito del Derecho de daños, la cual se iría intentando solventar, con mayor o menor éxito, a lo largo del tiempo. De una parte, se crearon de supuestos de responsabilidad agravada y supuestos de responsabilidad objetiva. En el primer caso, se trata de una hipótesis en la que se presume la culpa del causante, y es éste quien tiene que demostrar que adoptó todas las medidas posibles tendentes a evitar el daño causado para evitar su condena, en otras palabras, deberá demostrar la debida diligencia empleada. En el segundo supuesto, se responde por el daño al haberse constado éste, sin necesidad de que concurra culpa alguna. Estos nuevos supuestos se prevén en algunos casos especiales, no en todos, pues se entiende que los daños producidos en ciertos ámbitos deben resarcirse siempre. No obstante, la regla general seguirá siendo la responsabilidad por culpa. De otra parte, surgen los primeros seguros de actividad, que asumirían el riesgo de indemnizar a los perjudicados por la actividad causante. Con el tiempo, se haría obligatoria la suscripción de seguros para determinadas actividades. Por tanto, surgen en este periodo dos notas características de la responsabilidad civil que la diferencian de la penal, es asegurable y, además, la prueba de la culpa no siempre es necesaria, ya que en ocasiones o bien se presume la culpa del causante o bien puede responderse civilmente sin necesidad de dolo o culpa.<sup>68</sup>

## VI. LA DOCTRINA DE LA ESCUELA POSITIVA

A finales del siglo XIX, la doctrina de la Escuela Positiva Italiana irrumpiría con fuerza modificando los postulados clásicos en todos sus aspectos. En lo que a nosotros interesa, se centraron en reivindicar con gran interés el papel de la reparación como instrumento propiamente punitivo. Ante todo, destaca su frontal rechazo a la doctrina de la Escuela Clásica, defendiendo que la pena ostenta principalmente una función de Defensa Social e, indirectamente, una función educativa, prefiriendo el término sanción al de pena.<sup>69</sup> Para

---

<sup>67</sup> Con múltiples referencias doctrinales, BERMEJO CASTRILLO, M. A., *Responsabilidad civil y delito en el Derecho histórico español*, pp. 555.

<sup>68</sup> Sobre esta evolución del sistema de responsabilidad civil y la fundamentación del nuevo sistema de responsabilidad objetiva REGLERO CAMPOS, L. F., “Los sistemas de responsabilidad civil”, pp. 268-286.

<sup>69</sup> FERRI, E., *Principii di diritto criminale*, p. 690.

los positivistas, la sanción es el medio jurídico de defensa contra el delito y se aplica a los delincuentes independientemente de su personalidad antropológica y psíquica, alejándose de la concepción clásica de la proporcionalidad a la gravedad del mal causado por el delito. Así, el concepto de pena se extiende al de imputabilidad, la cual se basa en criterios de carácter empírico, extraídos directamente del estudio del hombre a partir de la antropología criminal. Los positivistas niegan el libre albedrío y, consecuentemente, es imputable cualquier autor de un delito – específicamente aquellos delincuentes socialmente peligrosos. Se trata, en definitiva, de un concepto amplio de responsabilidad social, entendida como que cada uno debe atenerse a las correspondientes reacciones sociales de sus actos, sufriendo las consecuencias naturales y jurídicas. El sujeto es, por tanto, siempre responsable, prescindiendo de la imputabilidad moral de los actos realizados.<sup>70</sup> En resumidas cuentas, la sanción penal es la reacción por parte del Estado con una finalidad de Defensa Social ante aquél que ha violado las leyes y aparezca como un sujeto socialmente peligroso.<sup>71</sup>

Desde este punto de vista, deben adaptarse las sanciones a la peligrosidad del reo y no al delito, clasificándose no en función del bien jurídico, sino según la categoría del delincuente. En este sentido, se resalta la importancia del *risarcimento o riparazione del danno* como uno de tantos mecanismos jurídicos que debe figurar en el catálogo de sanciones. Para los positivistas la reparación del daño se concibe desde el interés público de la Defensa Social, como instrumento represivo contra la alarma social, asumiendo un verdadero carácter punitivo. En algunos casos se colocaría junto a la pena propiamente dicha, en otros, puede llegar a sustituirla y debe ser, en todo caso, asegurada ante insolvencias reales o simuladas a través de la coerción al trabajo, subordinando la concesión de la liberación del reo y de su rehabilitación al cumplimiento de las obligaciones resarcitorias. Además, la reparación del daño no se limita al daño material, sino que se deben incluir los daños morales causados al perjudicado y a la sociedad, ya que esta última también ha sufrido las consecuencias del delito.<sup>72</sup> Los positivistas entienden que existe una gran diferencia entre la reparación de un daño nacido de una obligación puramente civil y el nacido directamente de una ofensa penal. Este hecho justificaría, desde el punto de vista de la Escuela Positiva, una disciplina más rigurosa de la obligación nacida *ex delicto* respecto a aquella nacida conforme a las leyes civiles.<sup>73</sup>

Por su parte, GAROFALO eleva la reparación del daño a uno de los dos fines que debería buscar el Estado cuando se comete un delito, junto a la Defensa Social.<sup>74</sup> Se adhiere, con matices y reservas, a la doctrina de SPENCER, pues entiende que en los casos en los que no sea necesario preservar la Defensa Social contra un delincuente peligroso, la duración de la prisión puede regularse directamente por la restitución o reparación por parte del delincuente.<sup>75</sup> En este sentido, aporta una larga lista de delitos para cuya represión,

---

<sup>70</sup> Ampliamente, sobre esta concepción positivista *Id.*, *Sociologia criminale*, vol. 2, pp. 110 -150.

<sup>71</sup> SPIRITO, U., *Storia del diritto penale italiano*, p. 144.

<sup>72</sup> En tal sentido, GAROFALO, R., *La indemnización a las víctimas del delito*, p. 62.

<sup>73</sup> Con múltiples referencias doctrinales, STABILE, R., “Fra diritto penale e diritto civile”, pp. 110-112.

<sup>74</sup> GAROFALO, R., *La indemnización a las víctimas del delito*, p. 60.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 82.

entiende, sería suficiente la multa a favor de la parte perjudicada y la multa a favor del Estado, siempre y cuando el reo no revista peligrosidad social. Para ello, entiende que es preciso hacer una investigación estudiando todas las circunstancias subjetivas, pues son éstos los criterios que deben predominar. Desde su punto de vista, un mismo delito en un caso puede requerir una represión gravísima, mientras que en otro podrían bastar leves multas a beneficio del particular ofendido y del Erario.<sup>76</sup> La reparación sería, bajo la concepción de GAROFALO, proporcional a la peligrosidad del delincuente.<sup>77</sup> En este sentido, cuando el reo no pertenezca a ninguna categoría de peligrosidad, el mejor remedio represivo sería, simplemente, obligarlo a reparar el daño material o moral.<sup>78</sup> Sobre la problemática del cumplimiento, GAROFALO defendería que, en caso de insolvencia, es necesario el trabajo forzoso.<sup>79</sup> En estos supuestos, entiende que debe presumirse simulada la imposibilidad de cumplimiento mientras no se demuestre efectivamente lo contrario. Si no ocurre así, la autoridad judicial dictará una nueva resolución disponiendo que el reo sea sometido al tratamiento adecuado para los insolventes: una limitación máxima de la cuestión del trabajo forzoso, o bien, una compensación y una multa a favor de la parte afectada por el delito. Esta multa será proporcional tanto a la gravedad del daño como a la posibilidad que tenga el reo de satisfacerla en un periodo determinado.<sup>80</sup> Por otro lado, FERRI identificaba tres aspectos complementarios pero bien diferenciados entre sí: en primer lugar, el resarcimiento como obligación del delincuente ante el perjudicado; en segundo lugar, la reparación como sanción sustitutiva de la pena carcelaria en supuestos de delitos leves y delincuentes ocasionales y, finalmente, como función social tutelada por el Estado en interés del perjudicado y de la Defensa Social.<sup>81</sup>

En todo caso, resulta evidente el protagonismo que adquiere la reparación como respuesta al delito bajo la concepción de la Escuela Positivista y, especialmente, su configuración como sustitutivo penal.<sup>82</sup> De cualquier forma, ya la teoría de los sustitutivos penales no viene entendida en un sentido absoluto, sino como intento de reorientar el pensamiento legislativo hacia la flexibilización del sistema de consecuencias jurídicas derivadas del delito.<sup>83</sup> En lo que respecta a la reparación en este ámbito, se acentúa su valor como sanción punitiva, argumentando la necesidad de que éstas releven ciertas penas correccionales, especialmente aquellas privativas de libertad de corta duración, y en

---

<sup>76</sup> *Ibid.*, pp. 99-100.

<sup>77</sup> *Ibid.*, pp. 89-91.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 102.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 103-114.

<sup>80</sup> *Ibid.*, pp. 116-117. Sobre esta doctrina, DORADO MONTERO señalaría que los dos grandes errores en la obra de GAROFALO son, en primer lugar, no separar debidamente la reparación y la pena y, en segundo lugar, tener una concepción de la finalidad de la pena como retributiva, *vid.*, *Ult. Op. Cit.* pp. 40-52.

<sup>81</sup> FERRI, E., *Sociologia criminale*, vol. 2, pp. 254-255.

<sup>82</sup> Destaca, igualmente, la importante influencia que ejercería la Escuela Positiva en modelos y concepciones doctrinales posteriores, *e. gr.* en la obra de DEL VECCHIO. *Vid. Id.* “La lotta contro il delitto e l’obbligo del risarcimento” y *Acerca del resarcimiento del daño en relación con la pena, passim*. También en España, *vid.* SÁNCHEZ TEJERINA, I., *Derecho penal español*, p. 474, quien expresa abiertamente que considera incontestables las proposiciones de FERRI.

<sup>83</sup> FERRI, E., *Sociologia criminale*, vol. 1, p. 476. Sobre esta teoría de los sustitutivos penales, alabando su mérito SPIRITO, U., *Storia del diritto penale italiano*, p. 148. De otra opinión, *cfr.* SBRICOLI, M., “Il diritto penale sociale”, pp. 572-573.

general todas las que no tienen como finalidad separar al delincuente de la sociedad, sino infligirle un castigo. Por ello, los positivistas defienden que la verdadera pena sería la obligación de devolver lo sustraído e indemnizar íntegramente al perjudicado, bajo la certeza de que es imposible sustraerse de tal obligación a no ser que se esté dispuesto a cumplir con una servidumbre perpetua o muy larga, en forma de trabajos forzados.<sup>84</sup>

## VII. EL MODELO ALEMÁN DE LA TERCERA VÍA

Otro reciente modelo político-criminal lo encontramos en el Proyecto Alternativo alemán de 1992 sobre la reparación (Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung AE-WGM).<sup>85</sup> Se trata de una propuesta realizada por un grupo de trabajo integrado por profesores alemanes y encabezado por el profesor ROXIN que no llegó a ver la luz, pero que ha recibido una importante acogida por parte de grandes sectores doctrinales en toda Europa. De acuerdo con este Proyecto, la reparación se situaría, junto a la pena y a la medida de seguridad, como un mecanismo de tutela ante las ofensas penales, configurándose como una tercera vía.<sup>86</sup> En este sentido, los autores del Proyecto insisten particularmente en diferenciar claramente entre la reparación penal y la indemnización civil.<sup>87</sup> Por ello, en línea con la tradición germánica, el objeto de la reparación no es el daño o menoscabo privado, sino la paz jurídica, la cual se ha visto alterada por el comportamiento del delincuente.<sup>88</sup> Otra característica fundamental es el principio de voluntariedad, de acuerdo con el cual, sólo podrá recurrirse a la reparación si ésta viene aceptada voluntariamente por el infractor. De esta forma, no cabe obligar o coaccionar al delincuente a que la realice.<sup>89</sup> Por otro lado, el principio de universalidad permite que la reparación sea aplicable a cualquier delito, sin necesidad de que hubiera producido daños materiales o morales y sin que la gravedad del delito cometido sea un criterio que pudiese excluir el recurso a esta modalidad.<sup>90</sup> Igualmente, de acuerdo con el principio de eficacia o de garantía de resultado, es necesario que la restauración de la paz jurídica haya resultado efectiva, por lo que no basta la simple promesa de cumplimiento. De forma congruente

---

<sup>84</sup> STABILE, R., "Fra diritto penale e diritto civile", pp. 112-113.

<sup>85</sup> Tratamiento sistemático del AE-WGM en PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación en el sistema penal*, pp. 267-306. Sobre las causas que han conducido a la progresiva aceptación de nuevos modelos de intervención, ampliamente, TAMARIT SUMALLA, J. M., *La reparación a la víctima en el Derecho Penal*, pp. 115-125 y ALASTUEY DOBÓN, M<sup>a</sup> C., *La reparación a la víctima*, pp. 35-60.

<sup>86</sup> ROXIN, C., "La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones", pp. 22-23 e *Id.*, "Risarcimento del danno e fini della pena", pp. 21-22. Con más detenimiento, TAMARIT SUMALLA, J. M., *La reparación a la víctima en el Derecho Penal*, p. 132-134. *Vid.* JAKOBS, G., "La pena como reparación del daño", pp. 339-351.

<sup>87</sup> ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General.*, p. 108. Sobre este esfuerzo en la delimitación conceptual TAMARIT SUMALLA, J. M., *La reparación a la víctima en el Derecho Penal*, pp. 111-112. *Vid.*, especialmente, sobre las diferencias conceptuales de ésta frente a la mediación y a la conciliación PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación en el sistema penal*, pp. 18-23.

<sup>88</sup> ALASTUEY DOBÓN, M<sup>a</sup> C., *La reparación a la víctima*, pp. 68-69.

<sup>89</sup> ROXIN, C., "La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones", pp. 26-27. También en TAMARIT SUMALLA, J. M., *La reparación a la víctima en el Derecho Penal*, pp. 136-137 y ALASTUEY DOBÓN, M<sup>a</sup> C., *La reparación a la víctima*, pp. 77-78.

<sup>90</sup> TAMARIT SUMALLA, J. M., *La reparación a la víctima en el Derecho Penal*, pp. 139-140 y ALASTUEY DOBÓN, M<sup>a</sup> C., *La reparación a la víctima*, pp. 79-81.

con este último principio, se establecen límites temporales para la ejecución de las prestaciones reparatorias que sean susceptibles de tener relevancia sancionadora.<sup>91</sup>

En línea con lo expuesto, y de conformidad con los principios de universalidad y efectividad, el catálogo de prestaciones reparatorias es bastante amplio y no se limitan a la composición meramente pecuniaria; cabe la indemnización a la víctima o a terceros, las prestaciones laborales (p.e. en beneficio de la víctima o de la comunidad), simbólicas (como la petición de disculpas) o materiales. Pueden, además, combinarse entre sí y no deben ser desproporcionadas o irracionales. Tampoco pueden imponerse aquellas prestaciones inexigibles para el autor o la víctima o que no favorezcan la relación entre ambos.<sup>92</sup> En lo que se refiere a su relación con la pena en sentido estricto, se defiende darle protagonismo a la reparación frente a la respuesta penal a través de diferentes formas: como sustituto, como suspensión de la totalidad o parte de la pena privativa de libertad o como carga durante el mencionado periodo de suspensión.<sup>93</sup> En este sentido, pudiera sorprender cómo la simple reparación pudiese afectar tanto a las consecuencias penales. Sin embargo, ROXIN insistiría particularmente en la idea de que la legitimación de la reparación como tercera vía en el marco del sistema de sanciones penales viene proporcionada por el principio de subsidiariedad, es decir, en el principio de que la pena sólo debería aplicarse en aquellos supuestos en los que el mismo resultado no pueda alcanzarse con otros medios menos severos.<sup>94</sup> Además, los autores del Proyecto pretenden fomentar la reparación incluso durante la ejecución de la pena privativa de libertad, proponiendo que se enumere expresamente la reparación como tarea a realizar a lo largo de la ejecución, con el fin de responsabilizar al condenado ante las consecuencias del hecho.<sup>95</sup>

No obstante lo anterior, a pesar de los múltiples efectos que la reparación puede tener ante la pena, lo cierto es que los autores del AE-WGM indican particularmente en la necesidad de seguir contando con la sanción penal. Es decir, que rechazan las ideas propias de los planteamientos abolicionistas *de iure* y *de facto*.<sup>96</sup> En este orden de cosas, ROXIN proclama que la reparación penal es útil a los fines del Derecho penal, aunque no un fin penal en sí mismo.<sup>97</sup> De acuerdo con su concepción de la reparación, ésta contribuiría, ejercería o suplantaría aquellas funciones penales de prevención especial o de prevención general positiva. En opinión de ROXIN, el autor deberá esforzarse a través de la reparación por reconciliarse con la víctima y la sociedad. Así, este comportamiento

---

<sup>91</sup> TAMARIT SUMALLA, J. M., *La reparación a la víctima en el Derecho Penal*, p. 138.

<sup>92</sup> ROXIN, C., “La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones”, pp. 25-26. Con más detenimiento, TAMARIT SUMALLA, J. M., *La reparación a la víctima en el Derecho Penal*, pp. 143-147

<sup>93</sup> ROXIN, C., “La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones”, pp. 24-25. Desarrollando esta idea, TAMARIT SUMALLA, J. M., *La reparación a la víctima en el Derecho Penal*, 147-151 y ALASTUEY DOBÓN, M<sup>a</sup> C., *La reparación a la víctima*, pp. 81-83

<sup>94</sup> ROXIN, C., “Pena y reparación”, p. 13, *Id.*, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 108-109 e *Id.*, “La posizione della vittima nel sistema penale”, pp. 9-11.

<sup>95</sup> ALASTUEY DOBÓN, M<sup>a</sup> C., *La reparación a la víctima*, pp. 85-86

<sup>96</sup> ROXIN, C., “La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones”, pp. 29-30, *Id.*, *Derecho Penal. Parte General.*, p. 109, en su nota al pie 53 a, e *Id.*, “La posizione della vittima nel sistema penale”, pp. 6-7.

<sup>97</sup> ROXIN, C., “Risarcimento del danno e fini della pena”, pp. 6-7 y 15. También de este punto de vista, ALASTUEY DOBÓN, M<sup>a</sup> C., *La reparación a la víctima*, pp. 248-250.

reparatorio puede influir de manera positiva en la actitud social del autor y, en consecuencia, se lograría un efecto de confianza y satisfacción cuando la población ve que el Derecho se impone y que se ha eliminado la perturbación social ocasionada por el delito.<sup>98</sup>

A pesar de todo lo expuesto, y de la amplia acogida que estos planteamientos gozan en la doctrina,<sup>99</sup> lo cierto es que el contenido de esta propuesta no siempre ha encontrado autores a su favor. Todo lo contrario. En contra de este modelo se han aducido importantes críticas acerca de su pretendida voluntariedad, pues, en el fondo, si se debe de elegir entre la sanción propiamente penal y la reparación tampoco puede decirse que el infractor ha podido elegir esta vía voluntariamente. Igualmente, se ponen en tela de juicio los pretendidos beneficios que pudiera presentar para el infractor, la víctima y la sociedad. Por otra parte, se argumentan problemas con la presunción de inocencia para aquellas prestaciones que se pudieran realizar con anterioridad a la condena. De mismo modo, se han puesto de manifiesto importantes dudas acerca de la idoneidad de la reparación para satisfacer los fines penales en conexión con el principio de subsidiariedad. Asimismo, también se indica la falta de precisión técnica de los correspondientes requisitos para los beneficios penales, ya que, a fin de cuentas, se trataba de una propuesta que, en el fondo, no presentaba un carácter altamente detallado o taxativo.<sup>100</sup>

## VIII. PANORAMA ACTUAL Y ÚLTIMAS TENDENCIAS

Actualmente, la reparación a la víctima es un tema central en el Derecho penal y en las ciencias criminales. Se trata de una temática que ha suscitado gran interés por parte de la doctrina, de la jurisprudencia e, incluso, del legislador. Desde organizaciones internacionales como Naciones Unidas o la Unión Europea se instrumentalizan constantes reivindicaciones de reparación a las víctimas en documentos jurídicos vinculantes. Igualmente, desde el Derecho interno, cada vez se aprecia más un mayor incentivo a los actos de reparación otorgando beneficios penales y penitenciarios.

No obstante, y de cualquier forma, en lo que se refiere a la actualidad de la cuestión de la reparación en sede doctrinal, la característica general que comparten las últimas tendencias es la desformalización.<sup>101</sup> De esta forma, SILVA SÁNCHEZ ha identificado

---

<sup>98</sup> ROXIN, C., "Pena y reparación", pp. 10-12 e *Id.*, "La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones", pp. 21-22. Ampliamente, *Id.*, "Risarcimento del danno e fini della pena", pp. 15-21. En una línea similar, SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Sobre la relevancia jurídico-penal", "2.2 Prevención del delito y "reparación""", párr. 1. Desarrollando difusamente la problemática de la reparación en la teoría de los fines de la pena, ALASTUEY DOBÓN, M<sup>a</sup> C., *La reparación a la víctima*, pp. 117-250.

<sup>99</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. J., "Víctimas y garantías", p. 158 y SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Sobre la relevancia jurídico-penal", "2.4 La satisfacción de la víctima como fin del Derecho penal o como medio para el cumplimiento de los fines del Derecho penal", párr. 7. Desarrollando su postura, PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación en el sistema penal*, pp. 402-418

<sup>100</sup> Una de las voces más señaladas contra la reparación en el seno de las sanciones penales es sin duda HIRSCH, H. J., "La posición del ofendido", pp. 565-571. Desarrollando su postura en *Id.*, "La reparación del daño", pp. 64-90. Por otro lado, recogiendo todas las críticas doctrinales vertidas, TAMARIT SUMALLA, J. M., *La reparación a la víctima en el Derecho Penal*, pp. 155-165 y ALASTUEY DOBÓN, M<sup>a</sup> C., *La reparación a la víctima*, pp. 88-105.

<sup>101</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Medios no judiciales de reparación a la víctima", p. 337 y HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, pp. 174-175.

cuatro corrientes relacionadas con la reparación.<sup>102</sup> En primer lugar, se encontrarían las tesis abolicionistas, cuyos mayores representantes serían CHRISTIE y HULSMAN. De acuerdo con estos postulados, los abolicionistas realizan una valoración negativa del Derecho penal formalizado para la resolución de los conflictos sociales. De acuerdo con CHRISTIE, la excesiva judicialización presente en las sociedades contemporáneas es un grave problema al que ha conducido la sustracción por parte del Estado de los conflictos entre particulares. Este autor no sólo considera que los tribunales no son elementos centrales en la vida de los ciudadanos, sino que, además, es necesario que la gestión del conflicto se devuelva a la sociedad, a quien pertenece.<sup>103</sup>

En segundo lugar, las tesis despenalizadoras proponen la remisión al Derecho civil de una serie de ilícitos tradicionalmente atribuidos al Derecho penal. En principio, bien podría parecer que este tipo de planteamientos no se diferencian de los planteamientos abolicionistas. Sin embargo, señala SILVA SÁNCHEZ que la propuesta despenalizadora no conlleva directamente abolir el control por la vía de una posible conciliación entre las partes. Tampoco se menciona textualmente la posibilidad de articular de forma extrajudicial el proceso de reparación. Pero, añade, se admite e incluso se propugna que la cuantificación de la reparación contenga algo más allá de lo que sería deseable compensatoriamente, es decir, que contenga algún elemento disuasorio o punitivo que le otorgue eficacia preventiva. En el fondo, indica nuestro autor, se trata “*más que de sustituir la pena por la reparación, de hacer de esta última una ‘pena privada’, sujeta, eso sí, a la especial flexibilidad característica del Derecho civil*”. Por ello, concluye, más que abolir el Derecho punitivo, la tendencia de estas corrientes es punitivizar el Derecho civil.<sup>104</sup>

En tercer lugar, las tesis victimológicas reivindican el papel de la víctima del delito, acentuando que ésta ha sido la gran olvidada desde la concepción del Derecho penal moderno y proponiendo soluciones que pasen por dar satisfacción a ésta.<sup>105</sup> Desde el punto de vista reparatorio, se proponen soluciones que van más allá de lo material y se introducen elementos de naturaleza simbólica. Igualmente, también se denuncia la llamada “victimización secundaria” y se defiende el recurso a la vía extrajudicial para la solución de conflictos, tales como la mediación o la conciliación, donde la víctima puede asumir una mayor protagonismo.<sup>106</sup> Finalmente, en cuarto lugar, desde los postulados de las tesis resocializadoras se defiende asimismo la conveniencia de un proceso extrajudicial encaminado a la reparación, pues ello evitaría que el proceso y las sanciones

---

<sup>102</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Medios no judiciales de reparación a la víctima”, pp. 340-343.

<sup>103</sup> CHRISTIE, N., “Los conflictos como pertenencia”, pp. 161-163 y pp. 169-173. *Amplius*, HULSMAN, L., “The abolitionist case”, *passim*. También en español, *Id.*, “El enfoque abolicionista”.

<sup>104</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Medios no judiciales de reparación a la víctima”, pp. 340-341. Igualmente, aprecia que esta tendencia es claramente perceptible en el ámbito italiano. Por esta razón, dedicaremos nuestra atención a esta problemática en el próximo capítulo. *Vid.*, por todos, BRICOLA, F., “La riscoperta delle “pene private” nell’ottica del penalista”, *passim* y la bibliografía citada *infra*.

<sup>105</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “La resocialización de la víctima”, *passim*. *Amplius*, HERRERA MORENO, M., *La hora de la víctima*.

<sup>106</sup> Por todos, DÜNKEL, F., “La conciliación delincuente-víctima y la reparación de daños”, pp. 115-116. *Amplius*, *vid.* VARONA MARTÍNEZ, G., *La mediación reparadora*.



de carácter penal den lugar a la victimización y estigmatización del delincuente, las cuales impedirían que éste se reinserte debidamente en la sociedad.<sup>107</sup>

## IX. CONCLUSIONES

Como bien se ha podido comprobar, el modelo reparatorio que actualmente se integra en nuestro Código Penal hunde sus raíces históricas en el primer Código Penal. Se trata, en definitiva, de un modelo que ha venido conservándose en nuestro Código punitivo desde entonces y que consiste en una acumulación de las dos acciones, civil y penal, en el mismo proceso. Este planteamiento se inspira en la doctrina utilitarista de BENTHAM y entiende que esta sustanciación de las dos responsabilidades (por otro lado, bien diferenciadas entre sí) en un mismo proceso es algo beneficioso para la víctima y para la sociedad. De otra parte, a pesar de que habitualmente se indica que la inclusión de la responsabilidad civil en el Código Penal es una cuestión que se debe a que el Código Civil fue el último Código en aprobarse y el Penal el primero, lo cierto es que entendemos más razonable una explicación más extensa basada en argumentos de tipo filosófico e histórico-jurídico. Otra cuestión, ciertamente, es si a día de hoy sigue siendo razonable continuar ubicando la responsabilidad civil en el Código Penal, pero sobre ello volveremos más adelante en el capítulo III. Por otra parte, también hemos podido reflejar que la actual separación entre la responsabilidad civil y la penal obedece a un lento proceso de separación entre las esferas públicas y privadas. El antecedente más remoto de nuestra concepción es la diferenciación romana entre los *crimina* y los *delicta*.

De cualquier forma, lo cierto es que nuestro modelo no es el más reciente. Todo lo contrario. En realidad, después del apogeo de nuestro modelo utilitario, se concibieron distintos planteamientos para seguir insertando la reparación en sede punitiva. Algunos modelos tienen un corte claramente criminalista, como la concepción de la Escuela Positiva, mientras que otros defienden la inserción de la reparación como una tercera vía, junto a la pena y a la medida de seguridad. Igualmente, si bien es cierto que este último modelo ha recibido una amplia acogida por parte de la doctrina internacional, debe tenerse en consideración que convive con otras concepciones, con las que comparte el rasgo de la desformalización del proceso y del Derecho penal sustancial.

---

<sup>107</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Medios no judiciales de reparación a la víctima”, pp. 340-341.



## CAPÍTULO II:

# RESPONSABILIDAD CIVIL Y RESPONSABILIDAD PENAL

Como decíamos en la parte introductoria, antes de pasar al análisis del artículo 112 CPes realizaremos un breve estudio diferenciando entre responsabilidad civil y responsabilidad penal. Las cuestiones seleccionadas constituyen clásicas problemáticas que, en cierto modo, ya están resueltas o, al menos, se conocen las diferentes posiciones con claridad. No obstante, en esta ocasión no solamente recopilaremos el estado de la ciencia, sino que realizaremos nuestras modestas aportaciones. De cualquier forma, consideramos que estudiar previamente este tipo de problemáticas nos situará en una posición más apropiada para abordar con más rigor el objeto principal de nuestro trabajo.

### I. BREVE INTRODUCCIÓN A LA RESPONSABILIDAD EN DERECHO

Ciertamente, la problemática de la responsabilidad es un tema recurrente en la investigación jurídica, especialmente en Filosofía del Derecho, y ha dado lugar a numerosas interpretaciones. Un análisis pormenorizado de tal cuestión requeriría estudios de gran profundidad. Sin embargo, no tenemos previsto despegarnos de nuestros objetivos principales, sino hacer una mera aproximación al referido binomio para esta primera parte. En el lenguaje ordinario, el concepto “responsabilidad” se emplea *grosso modo* como el término que designa la cualidad, hecho u obligación del “responsable”. A su vez, el responsable sería la persona llamada a “responder”.<sup>1</sup> Estos tres conceptos, “responsabilidad”, “responsable” y “responder” condensan la parte fundamental de la problemática. No obstante, en realidad, el núcleo principal se encuentra en el significado que se le otorgue al término “responder”. Este infinitivo parece provenir etimológicamente del latín *respondere*, formado por el prefijo *re-*, que indicaría reiteración, y el verbo *spondere* que se refiere a la acción de prometer u ofrecer solemnemente. En el latín religioso tendría el significado originario de prometer satisfacer un requerimiento de forma solemne.<sup>2</sup> Así, el verbo *respondeo* significaría la contestación

---

<sup>1</sup> Quisiéramos de algún modo reflejar que esta suerte de concatenación de significados en esta primaria aproximación conceptual ya se refleja en el propio Diccionario de la Real Academia. Así, la responsabilidad se nos define como “cualidad de responsable” y el responsable como “obligado a responder de algo o por alguien” REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, voces “responsabilidad” y “responsable” [Recurso electrónico], definiciones 1ª y 1ª. Por otro lado, para definir la palabra ‘responder’ se nos proporcionan 16 acepciones que pueden resumirse en “contestar algo”, reaccionar o rendir cuentas. Nos resulta interesante resaltar la definición 14ª “Dicho de una persona: Estar obligada u obligarse a la pena y resarcimiento correspondientes al daño causado o a la culpa cometida”. Se trata de la única definición de corte jurídico que se nos proporciona y que, como veremos, no es del todo correcta. *Id.*, voz “responder”, definición 14ª.

<sup>2</sup> L’ETIMOLOGICO. VOCABOLARIO DELLA LINGUA ITALIANA, voz “rispondere” [Recurso electrónico]. Por su parte, “*spondere*” parece tratarse de una raíz comparable a la griega “*spendo*”, referida a la libación solemne que consagraba la promesa o la obligación. Sería, por consiguiente, la raíz “*spend-*” la que evolucionaría hacia el verbo latino *spondere*, cuyo participio “*sponsus; a*” nos otorgaría también al esposo o esposa, quienes se prometen solemnemente realizando una libación. *Vid.*, *Id.*, voz “sposo”.

o respuesta otorgada por parte del sujeto vinculado a la obligación contraída solemnemente.<sup>3</sup> Esta primera aproximación, si bien poco jurídica, nos sirve para hacer valer el sentido ordinario del término “responder”, que no es otro que asegurar, con cierto carácter obligatorio, que algo se va a cumplir.

Actualmente, desde el punto de vista jurídico, este término haría más bien referencia a la acción de atribuir una consecuencia jurídica de cierto cariz negativo al comportamiento activo u omisivo de un sujeto.<sup>4</sup> Más concretamente, es importante remarcar que la responsabilidad jurídica no se entiende en nuestro modelo como única o absoluta, sino que se fracciona dependiendo de la rama (o ramas) del ordenamiento que se tome como referencia. Así, se analizaría si el comportamiento del individuo conlleva su responsabilidad partiendo del punto de vista de las normas comprendidas en un sector concreto del ordenamiento. Igualmente, es posible que un mismo comportamiento esté sujeto a responsabilidad conforme a una, ninguna o varias ramas del ordenamiento.<sup>5</sup> No obstante, en lo que a nosotros interesa, centraremos nuestra atención únicamente en la responsabilidad civil y en la penal, y más concretamente, según el modelo “*ex delicto*”, en la responsabilidad civil como consecuencia de la penal.

## II. DIFERENCIAS FUNDAMENTALES ENTRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LA RESPONSABILIDAD PENAL

Nos resulta muy relevante poner de manifiesto que los dos modelos de responsabilidad que analizaremos en las líneas siguientes difieren en todos o casi todos sus rasgos característicos. Es más, tendríamos el atrevimiento de decir que son modelos que en ocasiones podrían dar a entender que son contrapuestos. Lo veremos a continuación.

### 1. *Sedes materiae*

En primer lugar, cada una de las responsabilidades tiene una *sedes materiae* propia. Por un lado, la responsabilidad penal se regula fundamentalmente en el Código Penal, con excepciones, como por ejemplo la LORRPM. Por otro lado, la responsabilidad civil se regula principalmente en el Código Civil. No obstante, en este tipo de responsabilidad, hay multitud de excepciones en cuanto a normativa aplicable, todas ellas basadas en la materia, en el tipo de daño ocasionado y/o en el causante. La excepción más notable en este sentido sería, con toda seguridad, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, que cuenta con unas normas sustantivas y procesales que exigen

---

También en esta línea, *vid.* NUEVO DICCIONARIO ETIMOLÓGICO LATÍN – ESPAÑOL Y DE LAS VOCES DERIVADAS, voz “respondeo, -ere, di, -sum”, p. 600.

<sup>3</sup> *Ult. Op. Cit.*, voz “spondeo, -ere, spondi, sponsum”, p. 727.

<sup>4</sup> Jurídicamente, mucho más apropiada y completa para la introducción a la problemática nos resulta la definición aportada en GRANDE DIZIONARIO DELLA LINGUA ITALIANA, t. 15, p. 880. “Responsabilità”: “*condizione di chi è responsabile del proprio operato o di quello altrui e pertanto assoggettabile alle conseguenze sfavorevoli previste da un determinato sistema valutativo o normativo*”.

<sup>5</sup> Nuevamente, y con gran acierto *Id.*, p. 881. “Responsabilità giuridica”, “*quella che risulta alla stregua dell’ordinamento giuridico e che, a seconda del settore dell’ordinamento in cui si fa riferimento, si distingue in responsabilità amministrativa, civile, costituzionale, internazionale, penale*”.

requisitos diferentes.<sup>6</sup> También merecen destacarse otras normativas reguladoras de supuestos especiales, como por ejemplo, en casos de daños derivados de la circulación de vehículos a motor, daños al medio ambiente, a los derechos de la personalidad, a la propiedad industrial e intelectual, y también en materias propias de consumidores y usuarios. Cabe destacar que coexisten con normativas autonómicas sectoriales y, como veremos, también con la normativa civil prevista en el Código Penal.

## 2. Estructura del supuesto de hecho

Seguidamente, desde el punto de vista de la Teoría del Derecho, la estructura más básica de la norma de comportamiento aparece dividida en dos partes: el supuesto de hecho, como condición hipotética que desencadena o posibilita una reacción del ordenamiento, y la consecuencia jurídica, como el efecto derivado de la verificación o incumplimiento del supuesto de hecho.<sup>7</sup> Como decíamos, la responsabilidad se correspondería con la consecuencia jurídica, y, por lo tanto, el supuesto de hecho sería la hipótesis que la desencadena. Comprobaremos en las siguientes páginas cómo ambas responsabilidades también difieren en sendos sentidos, pero, por el momento, centremos nuestra atención en el supuesto de hecho. En el caso de la responsabilidad civil, el supuesto de hecho se identifica con el ilícito civil,<sup>8</sup> mientras que, en el caso de la responsabilidad penal, éste se corresponde con el concepto material de delito, en cuanto a desvalor de acto y de autor.<sup>9</sup> Desde nuestro punto de vista, es verificable cómo el ilícito civil presenta mayor complejidad que el penal. Nos basamos fundamentalmente en que bajo el prisma del ilícito civil coexisten varios sistemas de atribución de responsabilidad, como veremos más adelante. Este hecho dificulta en ocasiones el análisis jurídico e impide la creación de una teoría unificadora de todos estos sistemas que, de forma congruente con lo que decíamos en el párrafo anterior sobre la *sedes materiae*, aparecen divididos según el tipo de daño ocasionado, el ámbito en el que se produzca y/o el causante o aquél al que le es imputable. En consecuencia, muchas veces alguno de estos rasgos será definitorio del sistema de atribución que se adopte y de la normativa a la que haya que acudir. En cualquier caso, la estructura más básica del ilícito civil pivota alrededor de los conceptos del comportamiento humano (entendido como acción u omisión), el daño, la causalidad

---

<sup>6</sup> Las características más llamativas de este sistema excepcional son su configuración como específico por razón del sujeto causante; su carácter unitario, es decir, aplicable al conjunto de las Administraciones independientemente de si la relación entre particular perjudicado y Administración es de Derecho público o privado; directo, en el sentido de que se exige responsabilidad directamente a la Administración, aunque sea perfectamente identificable el sujeto concreto causante del daño; y totalmente objetivo, pues se responde sin necesidad de concurrencia de culpa o negligencia. *Vid., e. gr.* GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual básico de Derecho Administrativo*, pp. 731 y ss, y SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General*, pp. 436 y ss. Sin embargo, esta diferenciación se ha criticado tanto desde el punto de vista de la perspectiva dogmática como desde la política jurídica. *Vid.* por todos, PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Los anteojos del civilista”, especialmente, pp. 247-254, y “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual”, pp. 181-186. En realidad, la cuestión se complica aún más cuando se añade la problemática de la responsabilidad civil *ex delicto* en este tipo de supuestos, dando lugar a manifiestas antinomias como veremos *infra*.

<sup>7</sup> División que se debe a KELSEN. Por todos, SORIANO DÍAZ, R., *Compendio*, pp. 87-92.

<sup>8</sup> BIANCA, C. M., *Diritto civile*, p. 543.

<sup>9</sup> Por todos, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, pp. 37-42.

y la imputación.<sup>10</sup> Por el contrario, esta realidad contrasta con la homogeneidad y los altos niveles de sistematicidad propios de la moderna Teoría del Delito, en cuanto a acción, típica, antijurídica, culpable y punible.<sup>11</sup> Esta sistematicidad en el análisis jurídico de la apreciación de responsabilidad penal simplifica enormemente el examen y su aplicación, si bien es cierto que se parte de un único sistema de atribución de responsabilidad.

### 3. Acerca del ilícito penal, el civil y sus relaciones

Otra de las diferencias clásicas entre la responsabilidad penal y la civil es que el ilícito penal se configura como típico, mientras que el ilícito civil es, con carácter general en nuestro sistema, atípico.<sup>12</sup> A grandes rasgos, la tipicidad vendría a significar la estricta previsión legal de la conducta concreta que desencadenaría, *prima facie*, las consecuencias jurídicas correspondientes. En el caso del Derecho penal, sólo es punible aquello que se encuentra previsto expresamente por la ley, por el contrario, en el Derecho civil no existe una relación cerrada de ilícitos, sino que se responderá al haber causado un daño según la máxima general recogida en los artículos 1.902 y 2.043 CCes y CCit respectivamente. En este sentido, resulta de interés subrayar que sendas características suponen, en realidad, auténticos logros del Estado liberal en el seno de ambas ramas del Derecho. En primer lugar, el ilícito penal es típico debido a que ello supone el límite más importante al poder punitivo del Estado como consecuencia del principio de legalidad.<sup>13</sup> El clásico aforismo *nullum crimen sine lege* viene a significar que no puede castigarse penalmente aquello que no está previsto por la ley, o lo que es lo mismo, que sólo puede castigarse penalmente aquello expresamente contemplado en la ley penal. De otra parte, el ilícito civil es atípico desde nuestra concepción porque, como hemos visto en el capítulo anterior, así se expresa y se normativiza la garantía patrimonial de que todo daño injustamente causado quedará satisfecho.

#### 3.1. La postura de SILVA MELERO

Ahondando en el contenido de los ilícitos, la obra de SILVA MELERO es una de las más representativas del esfuerzo doctrinal por delimitar con precisión las esferas del ilícito penal y el ilícito civil, así como la relación entre ambas. Este autor, a lo largo de varias publicaciones, parte siempre de las exigencias de unidad en el orden jurídico y, consecuentemente, defiende un concepto único de ilicitud.<sup>14</sup> En este sentido, considera

---

<sup>10</sup> Por todos, ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, p. 95.

<sup>11</sup> Por todos, ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*, t. 1, pp. 193-196.

<sup>12</sup> *Vid. e. gr.* SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M<sup>o</sup> B., *El ilícito civil en el Código Penal*, pp. 46-49 y RODOTÀ, S., *Il problema della responsabilità civile*, p 79 y ss. También en el caso de la responsabilidad civil *ex delicto*. En tal sentido, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M<sup>o</sup> B., *El ilícito civil en el Código Penal*, pp. 41-44, ROMANO, M., “Art. 185”, pp. 347-348 y ZENO-ZENCOVICH, V., *La responsabilità civile da reato*, pp. 22-25. Sin embargo, como tendremos ocasión de comprobar *infra*, el daño no patrimonial es típico en Italia.

<sup>13</sup> Ya en BECCARIA y ROMAGNOSI. Aunque su desarrollo se le atribuye a FEUERBACH. En la doctrina contemporánea, por todos MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, pp. 125 y ss y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho Penal*, pp. 140 y ss.

<sup>14</sup> Ya en la primera obra en la que abordaría la temática SILVA MELERO, V., “Ilicitud civil y penal”, p. 7. Posteriormente, “Relaciones entre el Derecho civil y el Derecho penal”, pp. 249-251, y “Analogías y diferencias”, pp. 441-442.

que la división del Derecho en ramas es sustantividad propia, pues no constituyen más que diferenciaciones de orden estructural y funcional, ya que todas ellas tienen por objeto colaborar al bien común, instaurando un orden de justicia en la sociedad. Así, también habría conexiones e interferencias entre las distintas ramas, aunque en todos los supuestos *“el tronco es uno, y las derivaciones serán tanto más numerosas y frondosas cuantas más sean las exigencias de la sociedad en un momento determinado de su historia, y a mayor complejidad del problema de una convivencia regulada por normas, nuevas derivaciones también del tronco común”*.<sup>15</sup> Ampliando la metáfora, nuestro autor señalaría que no todo acto humano forma parte del tronco que representa el ordenamiento jurídico, mientras que algunos actos no salen de la órbita de una concreta rama jurídica y, en otras ocasiones, la ilicitud es contemplada paralelamente por varias de ellas. SILVA MELERO entiende que, aunque la ilicitud es única, la diferencia estriba en la valoración. En algunos casos, expone, podría producirse cierta sensación de impotencia de una ordenación por sí sola si ésta no se encontrase en condiciones de compensar el desequilibrio, no ya por la transgresión en sí misma, sino porque la ofensa a ciertos valores de relieve e importancia debe ser objeto de salvaguarda especial.<sup>16</sup> Por tanto, este autor defiende no sólo un concepto único de ilicitud, sino también la posibilidad de que una misma situación o no constituya ilícito alguno o bien esté prevista como tal en una o varias ramas del ordenamiento.

En lo que se refiere a las relaciones entre Derecho penal y Derecho civil, aunque la ilicitud es única, ello no significa que cuando intervenga el Derecho Penal se abandone una cuestión que afecte al privado, del mismo modo que, cuando no haya responsabilidad penal, se le impida al Derecho privado hacerse cargo de nuevo.<sup>17</sup> En otras palabras, SILVA MELERO defiende la posibilidad de que cuando actúe el Derecho Penal a través de su ilícito, también actúe el privado, de la misma forma que es posible que intervenga el Derecho privado cuando no se genere responsabilidad penal. Este planteamiento supone una vuelta de tuerca a lo expuesto en el párrafo anterior, pues no se está ya mencionando la necesidad de prever ilícitos en una y otra rama, sino que se está otorgando mayor dinamismo a la interacción entre ambas ramas del Derecho al posibilitar una actuación única, conjunta o subsidiaria. El Derecho penal se muestra en relación, conexión, y hasta en vinculación, en ocasiones, con las demás ramas del Derecho.<sup>18</sup> Ahora bien, ¿por qué iban a sancionarse también penalmente los hechos de carácter privado? SILVA MELERO considera, en congruencia con su pensamiento de que la ofensa a ciertos valores debe tutelarse con mayor interés, que ello puede tener fundamento en múltiples causas, como, por ejemplo, la insuficiencia de las posibilidades del Derecho privado, la importancia del bien jurídico lesionado, la trascendencia y relevancia de los hechos, la frecuencia con que se perpetran, la aparición de nuevas modalidades y modos

---

<sup>15</sup> SILVA MELERO, V., “Analogías y diferencias”, p. 434.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 441 e *Id.*, “Ilícitud civil y penal”, p. 7.

<sup>17</sup> *Id.*, “Analogías y diferencias”, pp. 441-442 y “Relaciones entre el Derecho civil y el Derecho penal”, pp. 249-251.

<sup>18</sup> *Ult. Op. Cit.*, p. 250. Señalando las influencias del pensamiento civilista en el Derecho penal, la existencia de instituciones, a su juicio, paralelas y afines, así como defendiendo la necesidad de una equiparación conceptual en muchos casos, pp. 251-254.

de actuación debidos al desenvolvimiento de la sociedad moderna, así como otras menos importantes. No obstante, queda claro en su postura que la incriminación sobreviene cuando el órgano legislativo se persuade de que, aparte del interés privado, surgen otros de carácter social que es preciso tutelar. Se trata de un proceso de selección ético-jurídico basado en criterios históricos y políticos.<sup>19</sup> SILVA MELERO admite que una distinción precisa en el campo jurídico (*rectius* - nosotros añadiríamos - desde el plano teórico o dogmático) es imposible, ya que la diferencia es extrínseca, legal o de tipificación, la cual considera que pertenece más a la actividad prejurídica que a la jurídica.<sup>20</sup>

### 3.2. Crítica y actualización

La posición de SILVA MELERO nos resulta ciertamente razonable y reveladora, en especial en lo que se refiere a la relación entre ambos ilícitos. No obstante, lo cierto es que el paso del tiempo y el desarrollo del Derecho penal contemporáneo han hecho que sea necesario replantear sus teorías. En primer lugar, el mencionado proceso de selección ético-jurídico no es otra cosa que la criminalización de una conducta por parte del legislador. Al respecto, nosotros diríamos hoy en día que se trata, más bien, de una cuestión de política legislativa, quizás más concretamente de política criminal. Sin embargo, lo cierto es que el criterio de criminalización como parámetro para distinguir entre el ilícito civil y el ilícito penal es actualmente, si cabe, aún más relativo. Esto se debe a la proliferación de normas penales en blanco e ilícitos penales de peligro abstracto en nuevas materias de interés punitivo, tales como el Derecho penal de la seguridad vial, económico, medioambiental, etc. Es una realidad que el Derecho penal más reciente se caracteriza por su expansión hacia bienes jurídicos cada vez más universales, abstractos y colectivos y, por ende, alejados del Derecho penal clásico, el cual no concebía el delito sin daño.<sup>21</sup> No en vano, se han acuñado expresiones tales como “expansión del Derecho penal” y “Derecho penal del riesgo” para describir este fenómeno.<sup>22</sup> Consecuentemente,

---

<sup>19</sup> *Id.*, “Ilicitud civil y penal”, p. 11 y “Analogías y diferencias”, p. 444. Con anterioridad, también en este sentido de que el delito, más que un interés privado, tutela un interés social. ROCCO, A., *L’oggetto del reato*, pp. VII y VIII de su *prefazione* y *amplius* pp. 16-24.

<sup>20</sup> SILVA MELERO, V., “Ilicitud civil y penal”, p. 18 e *Id.*, “Analogías y diferencias”, p. 449. En una línea similar, años más tarde, ANTÓN ONECA expondría que la opinión dominante en aquel entonces consideraba que no era posible establecer una diferencia tajante entre las esferas del ilícito penal y del ilícito civil, ya que era una mera cuestión de política jurídica que el legislador añadiese una sanción penal cuando reputase insuficiente la “sanción reparadora” (*sic.*). *Vid.*, *Id.*, ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, p. 645.

<sup>21</sup> Así *e. gr.* DORADO MONTERO “*Sin la presencia de un daño más o menos exactamente apreciable y valorable, (...) no puede reconocerse la existencia real y verdadera de delitos*”, voz “reparación del daño causado”, en ENCICLOPEDIA JURÍDICA ESPAÑOLA, pp. 253-254. En esta línea, ROCCO, A., *L’oggetto del reato*, p. 10. También en SÁNCHEZ TEJERINA, I., *Derecho penal español*, p. 473, “*El delito está compuesto de dos elementos: intención y daño. El daño producido por el delito, a su vez, es doble. Un daño social: la perturbación que causa a las gentes honradas, la alarma y el temor de que nuestros bienes jurídicos pueden ser también atacados. Un daño personal, es decir, el causado a la víctima o víctimas del delito en su mismo cuerpo, en su honor, en su honestidad, en su patrimonio, etc*”

<sup>22</sup> Sobre el fenómeno del Derecho penal del riesgo, *vid.*, por todos, CEREZO MIR, J., “Los delitos de peligro abstracto”, pp. 47 y ss y COLINA RAMÍREZ, E. I., *Sobre la legitimación del Derecho penal del riesgo*. Reflexiones generales sobre tal fenómeno en CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español*, pp. 75-78, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, pp. 80 y 288, y ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*, t. 1, pp. 60-62. Fundamental en tal sentido SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho Penal*, especialmente, en lo que a nosotros interesa, pp. 63-



---

64 donde, analizando las causas de la expansión del Derecho penal, el autor argumenta el descrédito de otras instancias de protección. Entre ellas, en su opinión, se encontraría el Derecho civil de daños, más concretamente el modelo del seguro. Así, habría dos razones principales que justificarían este descrédito. En primer lugar, si el daño está asegurado, considera el autor, disminuyen los niveles de diligencia del agente, ya que la aseguradora sería la encargada de hacer frente a la indemnización. Citamos textualmente, “(...) si el daño está asegurado es casi inevitable que disminuyan los niveles de diligencia del agente; pues el montante de la indemnización habrá de afrontarlo la aseguradora, siendo su repercusión individual, en el peor de los casos, la derivada de un incremento general de primas. Luego el modelo del seguro tiene como consecuencia un decremento de la eficacia preventiva que frente a conductas individuales dañosas podría tener el Derecho civil de daños”. En segundo lugar, argumenta, el modelo del seguro tiende a configurar montantes estandarizados de indemnización a través de baremos, lo que dificulta la garantía de una compensación integral, ya que, aunque se trate de fundamentar en razones de seguridad jurídica, ello coarta considerablemente las funciones político-jurídicas de un Derecho civil de daños de configuración no punitiva, como es el continental. En consecuencia, SILVA SÁNCHEZ considera que lo expuesto intensifica la pérdida de contenido valorativo de la responsabilidad civil, la cual se inicia tan pronto como ésta abandona la idea de culpa.

Al respecto, algunas consideraciones críticas a su planteamiento. Ante todo, debemos resaltar que no pretendemos cuestionar la evidente expansión del Derecho penal, sino su referencia al fracaso del Derecho de daños y del modelo del seguro como causa de ésta, ya que realiza unas aproximaciones conceptuales que no nos resultan del todo acertadas y que, por tanto, no compartimos. Así pues, en primer lugar, SILVA SÁNCHEZ parece considerar únicamente la función preventiva del Derecho de daños y del modelo de seguro. Sin embargo, lo cierto es que ni el Derecho de daños ni el modelo del seguro tienen asignada expresamente una función preventiva en el ordenamiento español. Por el contrario, su función es fundamentalmente resarcitoria o reparatoria como desarrollaremos en el próximo apartado (*vid. infra* las notas bibliográficas y las apreciaciones ahí realizadas). Ciertamente, se discute acerca de la conveniencia y necesidad de incorporar tal función preventiva, aunque la doctrina española tiende a ser bastante reacia a su admisión. En cambio, la doctrina italiana parece ser más propensa a aceptar esta nueva función preventiva, a pesar de que existen importantes sectores doctrinales claramente posicionados en contra. De cualquier forma, a pesar de esta discusión, nuestro autor parece otorgar al Derecho de daños y al modelo de seguro una función eminentemente preventiva, cuyo descrédito llevaría a su inclusión como uno de los factores que desencadenaría la expansión del Derecho penal. No obstante, lo cierto es que el modelo, directamente, no está construido sobre la base de estos postulados preventivos. De una parte, en el caso concreto de la aseguradora, existen una serie de razones históricas que justifican la necesidad de garantía de un resarcimiento objetivo frente a aquellos daños materializados en el marco de unas actividades generadoras de altos y variados riesgos, aun en aquellos casos de empleo de la máxima diligencia. Como veíamos en el primer capítulo, la responsabilidad por culpa resultaba insuficiente para la correcta tutela de los intereses privados menoscabados en el marco de los crecientes sectores industriales de finales del S. XVIII y principios del S. XIX. Es por ello que incluso actualmente resulta obligatorio suscribir un seguro para realizar ciertas actividades que se entienden susceptibles de ocasionar daños. Por tanto, sencillamente, resulta que el modelo del Derecho de daños no estaba ni está previsto como instancia preventiva, sino como instancia resarcitoria. Es decir, no está ideado para que se minimicen los daños ocasionados, ni siquiera para que no disminuyan los niveles de diligencia del agente causante, sino para que, en el caso de que éstos se constaten, no queden sin resarcir.

Por otra parte, en segundo lugar, quisiéramos poner de manifiesto nuestro profundo desacuerdo con la declaración de que lo peor que podría pasarle al agente sería un incremento de las primas, pues bien podría apreciarse algún ilícito penal a título de imprudencia o dolo eventual. Del mismo modo, habría que tener en cuenta las cualidades subjetivas del agente causante para ver en qué medida le afectaría esa materialización del incremento de la prima (y, dicho sea de paso, si ello le disuadiría a adoptar mayores niveles de diligencia). Igualmente, habría que volver a resaltar que el aumento en las primas o la condena a la reparación no están jurídicamente planteadas como disuasorias, a pesar de que estas mismas situaciones bien podrían llegar a disuadir al causante. De cualquier forma, es importante tener en cuenta que la aseguradora es, ante todo, una empresa. Se rige fundamentalmente por criterios de lucro, es decir, maximización de los beneficios y minimización de los gastos. Otro planteamiento ya tendrían los modelos de socialización del daño o de reparación colectiva, regidos, además de por el criterio económico de unos presupuestos, por criterios fundamentalmente sociales y administrativos. Es por ello que, en nuestra opinión, la dificultad de una compensación integral no viene dada principalmente por el baremo en sí como considera SILVA SÁNCHEZ, sino por la simple y llana participación de una entidad con ánimo de lucro como garante del resarcimiento. Esta situación jurídica, si bien obliga a la entidad a resarcir, será

este Derecho penal contemporáneo también se alejaría, desde el plano exclusivamente comparativo, del daño civil cierto, directo, individualizado o individualizable como punto principal del Derecho de daños y, por tanto, también de la responsabilidad civil. Así pues, las nuevas fronteras aparecen cada vez más difuminadas. La mencionada diferencia “extrínseca, legal o de tipificación” ya no es, por sí sola, criterio de distinción. Esta nueva realidad contrasta diametralmente con el planteamiento de SILVA MELERO quien, acorde al Derecho penal de su tiempo, no parece concebir un ilícito basado únicamente en la tutela sancionadora.<sup>23</sup> Así las cosas, quizás lo más razonable sería pensar que, dentro del marco de los nuevos delitos propios de este Derecho penal moderno, cada vez habrá menores relaciones entre el ilícito civil y el penal. Por el contrario, en los delitos más clásicos se seguirá constatando, lógicamente, la relación tradicional. Todo ello sin que esto suponga una división tajante. Entonces, en este nuevo paradigma del Derecho penal contemporáneo, alejado cada vez más del Derecho penal clásico ¿cuál sería el criterio de distinción? Nuestra modesta opinión es que no hay una respuesta inequívoca, al menos desde el punto de vista exclusivamente normativo. La única solución que creemos plausible es conocer bien y delimitar con precisión las fronteras entre uno y otro ilícito a partir de sus rasgos dogmáticos definitorios, lo cual es, ciertamente, cosa cada vez más complicada en estos tiempos de hiperespecialización y sobrecarga normativa.

#### 4. Función y caracteres de cada consecuencia jurídica

En tercer lugar, otra de las características más básicas es precisamente la consecuencia jurídica de cada responsabilidad. En la responsabilidad civil hablamos de la imposición de la obligación de reparación o resarcimiento, mientras que en el Derecho penal hablamos de la aplicación de una pena o medida de seguridad. A grandes rasgos, tenemos por un lado que la responsabilidad penal tiene un fin punitivo o aflictivo y, por el otro, que la responsabilidad civil tiene un fin reparatorio o resarcitorio. La primera tiene carácter sancionatorio mientras que la segunda tiene carácter prestacional. Al respecto, con gran razón se expresaba el maestro BINDING en una de sus más célebres frases sobre

---

compensada por parte de la propia empresa repercutiéndola en las primas y en sus gastos. Por el contrario, el baremo resultaría más bien un instrumento de la garantía patrimonial descrita ya que su contenido aseguraría, al menos, una cuantificación homogénea de los daños y una reparación mínima al perjudicado. No obstante, cabe reseñar que los baremos no son vinculantes en todos los casos, sino en aquellos expresamente previstos. Es más, en los supuestos de responsabilidad civil *ex delicto*, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español es especialmente reticente a vincularse totalmente por el baremo, ya que entiende que hay otros aspectos dados por las circunstancias que no se corresponderían con la mera indemnización civil prevista en ellos, por ejemplo, en el caso de la reparación del daño moral en los delitos dolosos. En tal sentido y con amplias reseñas jurisprudenciales y doctrinales, BAIXAULI FERNÁNDEZ, A., *La responsabilidad civil ex delicto de las aseguradoras*, pp. 411-413; más recientemente SSTs (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 528/2018, de 5 de noviembre, ponente Susana Polo García, y 262/2016 de 4 de abril, ponente Luciano Varela Castro.

<sup>23</sup> Así por ejemplo en “Ilícito civil y penal”, pp. 18-19 y “Analogías y diferencias”, pp. 449-450, donde nos habla únicamente de “ilicitud meramente civil” e “ilicitud civil y penal”. Al respecto, si bien su obra se centró en el estudio del ilícito civil y el penal, también cabría preguntarse qué papel desempeñaría el ilícito administrativo sancionatorio en la tutela de los intereses mercedores de sanción y cual sería su relación con ellos.

la materia: “La pena debe provocar una herida, el resarcimiento del daño curar otra”.<sup>24</sup> A pesar de que, desde nuestro punto de vista, la *causa finalis* de cada una de las responsabilidades se encuentra perfectamente delimitada por la doctrina que nos precede y sigue siendo magistralmente definida por la doctrina actual más autorizada, lo cierto es que, en más ocasiones de las que se podría pensar, ambas se confunden y entremezclan tanto en doctrina como en jurisprudencia. Como consecuencia, se le otorga un contenido diverso al previsto normativamente y, por ende, se desvirtúan las referidas instituciones. En las siguientes líneas nos ayudaremos de la obra doctrinal más representativa para delimitar ambas finalidades con la máxima precisión posible.

#### 4.1. El carácter punitivo de la responsabilidad penal

Por lo expuesto, comenzaremos nuestro discurso resaltando nuevamente que la responsabilidad penal tiene un carácter punitivo, afflictivo o sancionatorio. En otras palabras, está ideada para dañar, atormentar, perjudicar al responsable. De forma muy gráfica se expresan MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN:

*“Hablar del Derecho penal es hablar, de un modo u otro, de violencia. Violentos son generalmente los casos de los que se ocupa el Derecho penal (robo, asesinato, terrorismo, rebelión). Violenta es también la forma en que el Derecho penal soluciona estos casos (cárcel, internamientos psiquiátricos, suspensiones e inhabilitaciones de derechos).”*<sup>25</sup>

Ahora bien, lo cierto es que esta violencia propia del Derecho penal no es absoluta ni es totalmente discrecional. Por el contrario, está sujeta a los límites que le impone la estructura política y social que fundamenta su intervención. En nuestro caso, el Derecho penal está sujeto a los límites propios del Estado social y democrático de Derecho.<sup>26</sup> De entre todos ellos, en lo que a esta parte de nuestro objeto de estudio se refiere, los principios más relevantes para diferenciar la responsabilidad penal de la civil son, desde nuestro punto de vista, el principio de legalidad (*vid. supra*), el de culpabilidad y el de personalidad de las penas (*vid. infra*). Ahora bien, aquí es importante hacer alguna matización. Si hemos dicho que la responsabilidad penal está encaminada a sancionar, es afflictiva y “violenta” mientras que la responsabilidad civil tiene como función reparar, ¿cómo encaja aquí el principio de proporcionalidad? La proporcionalidad en Derecho penal es la adecuación entre el acto y su castigo. No es, por tanto, la identidad absoluta

---

<sup>24</sup> BINDING, K., *Die Normen und ihre Übertretung*, t. 1, p. 288. Similarmente, CARNELUTTI, F., *Il danno e il reato*, p. 45; “Perciò si dice giustamente che la pena è un male, mentre così non potrebbe dirsi della esecuzione e neanche del risarcimento e della riparazione; infatti vi è qui una lesione che si aggiunge a un'altra, non che la elimina o che la ripara. Direi: una lesione in pura perdita.”

<sup>25</sup> MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, p. 25. En Italia, reseñando el carácter afflictivo, por todos, NUVOLONE, P., voz “Pena (dir. pen.)”, en ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO, “la pena nel sistema delle sanzioni”, párr. 1º.

<sup>26</sup> Así, MIR PUIG, S., *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho*, pp. 29 y ss, especialmente pp. 36-44. También sobre los límites políticos del Derecho penal, con referencias históricas BACIGALUPO, E., *Derecho Penal y el Estado de Derecho*, pp. 11 y ss. Aunque este segundo autor, a diferencia del primero, rechaza el valor del Estado social y democrático de Derecho como punto de partida, ya que entiende que éste sólo puede determinar qué principios superiores deben respetarse y, por tanto, no permite deducir una única teoría del delito. *Cfr. Id.* p. 105.

entre el supuesto de hecho y sus consecuencias jurídicas. Este carácter aflictivo se aprecia claramente en el Derecho administrativo sancionador. Así, por ejemplo, el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social clasifica, en su artículo 1.3, las infracciones (y sus correspondientes sanciones) como leves, graves o muy graves en función de la naturaleza del deber infringido y la entidad del derecho afectado. En esta normativa se encuentran ampliamente desarrolladas todas las categorías de infracciones que pueden cometerse. Concretamente, en materia de relaciones laborales y respecto a la obligación de pago del salario, la normativa nos ilustra con diferentes supuestos de una misma acción, no pagar o pagar de forma defectuosa:

- Artículo 6.2 TRLISOS. Infracción leve. No entregar puntualmente al trabajador el recibo de salarios o no utilizar el modelo de recibo de salarios aplicable, oficial o pactado.
- Artículo 7.3 TRLISOS. Infracción grave. No consignar en el recibo de salarios las cantidades realmente abonadas al trabajador.
- Artículo 8.1 TRLISOS. Infracción muy grave. El impago y los retrasos reiterados en el pago del salario debido.

Igualmente, en esta normativa se contemplan diferentes graduaciones dentro de cada tipo de sanción. Así, según el artículo 39.2 TRLISOS, para dicha graduación se tendrán en cuenta circunstancias tales como la negligencia o intencionalidad del sujeto infractor, incumplimiento de advertencias previas y requerimientos de la Inspección, el número de trabajadores afectados, etc. De esta forma, en el artículo 40.1 TRLISOS se prevén, con carácter general, las siguientes sanciones correspondientes a las infracciones mencionadas:

- Sanción leve. Multa de 60 a 625 €.
- Sanción grave. Multa de 626 a 6.250 €.
- Sanción muy grave. Multa de 6.251 a 187.515 €.

Desde nuestro punto de vista, este ejemplo ilustra perfectamente el carácter aflictivo de algunas normas y cómo se adecúa la consecuencia jurídica al supuesto de hecho en tal sentido. En el ejemplo propuesto se aprecia con claridad cómo se asocia una consecuencia jurídica cada vez más severa cuantitativamente, pero que, en ningún caso, se corresponde con el perjuicio efectivamente causado, sino que lo supera. La sanción va aumentando (dicho sea de paso, *proporcionalmente*) conforme a la trascendencia del supuesto de hecho y otras circunstancias que la norma obliga a tener en cuenta. Por el contrario, en el caso de la responsabilidad civil, como veremos, se intenta equilibrar la consecuencia jurídica al menoscabo, perjuicio o daño causado, sin que se pueda conceder una indemnización superior o inferior en ningún caso.

Ahora bien, en el caso del Derecho penal, la cuestión de la proporcionalidad es, a nuestro parecer, algo menos evidente a simple vista. En el caso de la sanción administrativa, hemos visto cómo estaba perfectamente delimitada la infracción, sus grados, y sus correspondientes sanciones. En el caso del Derecho penal, la cuestión reviste mayor

complejidad,<sup>27</sup> ya que éste se distingue cualitativamente (al menos desde el plano dogmático) por prever supuestos de hecho más execrables y, por tanto, unas consecuencias jurídicas más severas.<sup>28</sup> Así, en Derecho penal el principio de proporcionalidad conlleva la obligación de ajustar la gravedad de las penas cualitativa y cuantitativamente según la nocividad social del ataque al bien jurídico y la jerarquización de éste.<sup>29</sup> En lo que se refiere a la creación del ilícito y sus consecuencias jurídicas, entran en juego principios como el de subsidiariedad, *ultima ratio* y exclusiva protección de bienes jurídicos. No obstante, de cara a la ejecución de la pena, participan en ésta otra serie de principios que pueden hacer dudar acerca del carácter aflictivo y de la proporcionalidad. El primero de ellos es el principio de indemnidad de la persona o humanidad de las penas,<sup>30</sup> que se concreta en que el límite material que debe respetar el Estado democrático tanto al prever como al ejecutar la pena es la dignidad del individuo consagrada en el artículo 10.1 CE y en el 2 CI. Así, la pena a imponer no puede vulnerar la integridad moral o psíquica del sujeto ni sus efectos sobrepasar su carácter de ser social.<sup>31</sup> Igualmente, el principio de resocialización consagrado en el artículo 25.2 CE y 27 3º CI impone que el Derecho penal evite la marginación del reo durante y después de la condena y, asimismo, que estimule su sociabilidad conforme a los valores propios del Estado social y democrático de Derecho. En palabras de MIR PUIG:

*“Así debe entenderse el principio de resocialización en un Estado democrático, no como sustitución coactiva de los valores del sujeto, ni como manipulación de su personalidad, sino como un intento de ampliar las posibilidades de la participación en la vida social, una oferta de alternativas al comportamiento criminal. Ello ha de suponer la libre aceptación por parte del recluso, que no ha de ser tratado como el*

---

<sup>27</sup> De ahí precisamente que la distinción entre el ilícito administrativo y el penal, así como sus sanciones sea uno de los temas más recurrentes entre los materiales de parte general. *De lege ferenda*, se suelen citar el carácter de *ultima ratio* atribuible al Derecho penal, aunque, *de lege lata*, suelen distinguirse por el tipo de órgano competente para imponerlas, su *sedes materiae*, así como el contenido de las sanciones, ya que, en virtud del artículo 25.3 CE la Administración no puede imponer sanciones privativas de libertad. Así, MIR PUIG, S., *Derecho Penal* p. 43. Incorporando una propuesta de política jurídica de coordinación entre ordenamiento penal, administrativo y civil CUELLOCONTRERAS, J., *El Derecho penal español*, pp. 21-27. Ampliamente sobre la cuestión, RANDO CASERMEIRO, P., *La distinción entre el Derecho Penal y el Derecho administrativo sancionador*.

<sup>28</sup> MIR PUIG, S., *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho*, p. 155, textualmente: *“La función del Derecho penal se distingue, así, de la de otros sectores del Derecho no sólo por la mayor gravedad de sus sanciones, sino también por la mayor desvalorización de los hechos que infringen sus normas. Para que el Derecho penal cumpla adecuadamente su cometido, ambos extremos han de guardar una necesaria correspondencia”*.

<sup>29</sup> *Id.*, *Derecho Penal* pp. 138-139. En el caso del Estado social y democrático de Derecho estarán en un primer plano los bienes jurídicos más básicos del sistema: la libertad, la vida y la salud, entre otros. Por todos, BUSTOS RAMÍREZ, J. J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho Penal*, vol. 1, p. 67.

<sup>30</sup> Principio que nació del rechazo al rigor de las penas previstas en el Derecho del Antiguo Régimen. Fue un punto central del programa de la Ilustración que concretó especialmente BECCARIA, C., *Dei delitti e delle pene*, pp. 66-68.

<sup>31</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal* pp. 138-139. Con reservas acerca del principio de humanidad basándose en la relatividad de su contenido HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, pp. 172-173.

*mero objeto de la acción resocializadora de un Estado intervencionista, sino como un sujeto no privado de su dignidad con el cual se dialoga.”*<sup>32</sup>

Por consiguiente, los principios de humanidad y resocialización tienen consecuencias directas sobre la ejecución de la sanción penal que caracterizan y distinguen a ésta de cualquier otra. Frente a la rigidez de la sanción administrativa y la condena a la responsabilidad civil, en el ámbito de las sanciones penales se configura un amplio catálogo de penas que proveen variedad de recursos punitivos con los que hacer frente a un mismo hecho. En segundo lugar, la aplicación de las penas, en especial de las más severas, será lo suficientemente flexible como para cumplir su fin principal incentivando la sociabilidad del condenado. En consecuencia, aun en el caso de la sanción más grave del ordenamiento (la de prisión), la ejecución formal deberá fomentar, si lo permiten las necesidades especialpreventivas, que el reo siga en contacto con el exterior y que se facilite su reincorporación a la vida en libertad. Por todo lo expuesto, cabe concluir que la ejecución material de las penas no es tan concluyente o tajante como la de la sanción administrativa o la responsabilidad civil, en el sentido de que al apreciarse estas últimas deberán cumplirse en su más absoluta integridad, sino que, por el contrario, la sanción penal puede llegar a ser mucho más flexible en virtud de las necesidades especialpreventivas. Igualmente, debe hacerse valer que los instrumentos exclusivos del Derecho penal, aun flexibilizados, inciden con mayor nocividad en la esfera del individuo, lo que acentúa el carácter punitivo de éste.

#### 4.2. La función resarcitoria de la responsabilidad civil.

Por el contrario, en el caso del Derecho civil, la actuación injusta tiene como consecuencia general la imposición de prestaciones o la declaración de inexistencia, nulidad, anulabilidad, rescisión, resolución de actos o negocios jurídicos.<sup>33</sup> En el caso que nos ocupa, la constatación del ilícito civil tiene como consecuencia jurídica la imposición de la obligación de reparar. Por tanto, el contenido material de la responsabilidad civil se identifica con la obligación jurídica de resarcir, compensar el menoscabo sufrido. Se trata de una institución que se enmarca en el Derecho de obligaciones y que pretende equilibrar el daño causado con el contenido de la prestación obligatoria. La responsabilidad civil se rige por el principio de reparación integral del daño, consagrado en el artículo 1.106 CCesp.<sup>34</sup> El daño es el elemento central sobre el que oscila toda la construcción jurídica y debe resarcirse por completo. No cabe, por tanto, que su indemnización suponga un enriquecimiento injustificado ni se entenderá cumplida debidamente si se cumple parcialmente con la obligación impuesta. A diferencia de la sanción penal, la responsabilidad civil no es un castigo, sino que pretende la reparación de los mencionados

---

<sup>32</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal* p. 140.

<sup>33</sup> SILVA MELERO, V., “Ilícito civil y penal”, p. 7.

<sup>34</sup> No obstante, con gran razón se expresa VICENTE DOMINGO cuando señala que este principio es una “aspiración deseable”, aunque tiene ciertos matices, pues no todos los daños pueden repararse íntegramente en todo caso. *Vid., Id.*, “El daño”, pp. 401-404.

daños.<sup>35</sup> Su función es, como veremos, fundamentalmente resarcitoria o reparatoria. Por el contrario, la pena no restaura nada, ya que no presenta el contenido obligatorio propio de las consecuencias jurídicas civiles.<sup>36</sup>

A pesar de lo expuesto, lo cierto es que el Derecho comparado y ciertos sectores de la doctrina han pretendido otorgar al Derecho de daños otras funciones más allá de la mencionada. En los siguientes subapartados examinaremos brevemente las otras funciones que se han defendido, sus planteamientos y las consecuencias directas que tendrían.

#### A. La pretendida función reintegradora

De una parte, se ha pretendido que la responsabilidad civil reintegre el *statu quo ante*, es decir, que obligue a restaurar por completo los efectos nocivos del daño de forma que se vuelva a la situación anterior a su producción. Esta función no es, en puridad, el cometido propio de la responsabilidad civil. La función reintegradora persigue explícitamente reconstruir la totalidad de la situación tal y como estaba antes de la causación del daño. En realidad, la función resarcitoria, compensatoria o reparatoria no pretende llegar a tales extremos, pues en ocasiones resultará imposible. Piénsese por ejemplo en el caso de daños irreparables. Por el contrario, la función resarcitoria tiene ligeros matices sobre lo expuesto, ésta no pretende reintegrar *in integrum* sino compensar el perjuicio sufrido.<sup>37</sup> Debido a esta compleja dificultad, es por ello que, en multitud de ocasiones, el daño se entenderá resarcido a través del abono de una cantidad monetaria. La liquidez del dinero permite otorgar a éste el valor de una medida (debatible) para cuantificar el menoscabo sufrido, y, por tanto, compensar ágilmente el menoscabo sufrido, aunque éste sea irreparable.

#### B. ¿Función punitiva o preventiva en la responsabilidad civil?

De otra parte, existe en nuestra doctrina y en el Derecho comparado una serie de corrientes que argumentan dotar al Derecho de daños de una función punitiva y/o preventiva o disuasoria. Estas líneas tienen en común la finalidad de revisar el carácter resarcitorio de la responsabilidad civil y pretender otorgarle una finalidad relacionada con evitar daños futuros. En realidad, la doctrina ha avanzado mucho en los últimos años en tal sentido y, por tanto, existe actualmente un importante debate acerca de si la función de la responsabilidad civil debe continuar siendo únicamente reparatoria. Se trata de una cuestión que no está cerrada y que sigue siendo de interés jurídico. Desde nuestro punto de vista, este debate no es sólo de interés civil, sino que es también de interés penal, como

---

<sup>35</sup> DÍAZ VALCÁRCEL, L. M., Responsabilidad civil derivada del delito (Segunda Parte), p 25. En la doctrina más reciente, por todos, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, p. 34 y MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, pp. 50 y 702-703. También entre la doctrina civilista italiana, BIANCA, C. M., *Diritto civile*, p. 553.

<sup>36</sup> Diferenciación ya clara en DORADO MONTERO, P., voz “reparación del daño causado”, en ENCICLOPEDIA JURÍDICA ESPAÑOLA, p. 254. También en CARNELUTTI, F., *Il danno e il reato*, pp. 44-46 y TAGLIARINI, F., “Il risarcimento del danno da reato”, p. 483.

<sup>37</sup> De esta opinión, ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, p. 14. También niega la función reintegradora DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, pp. 292-293.

veremos. Por ello, antes que nada, consideramos necesario remarcar que estas corrientes son heterogéneas y que se diferencian entre ellas por algunos ligeros matices. Aun así, la delimitación no siempre está del todo clara.

Las mencionadas corrientes van desde un claro punitivismo hasta una función menos aflictiva y con mayores rasgos compensatorios, aun sin ser propiamente resarcitorios. Todas estas corrientes, se argumenta, tendrían una función preventiva o disuasoria en el sentido de que, como decíamos, se pretende que la responsabilidad civil sirva para evitar daños futuros. Sin embargo, por nuestra parte, vamos a diferenciar dos corrientes por claridad expositiva, de una parte, la corriente punitivista, y de otra, la corriente disuasoria.

### C. La función preventivo-punitiva. Los *punitive damages*

En primer lugar, se encuentra una visión de corte más sancionadora o punitivista, la cual pretende que la indemnización supere de forma considerable el daño efectivamente causado. El ejemplo paradigmático es el caso de los *punitive damages* en el Derecho anglosajón.<sup>38</sup> A favor de esta corriente punitivista suele argumentarse la necesidad de castigar al causante para que no vuelva a incurrir en comportamientos reprochables. Igualmente, al castigar al causante, se disuadiría a los demás a no realizar comportamientos similares. Por tanto, las funciones principales de este modelo son de tipo preventivo y/o punitivo. Del mismo modo, se pretende también dar solución al problema de la cuantificación del daño moral a través del castigo, problemática recurrente en materias de responsabilidad civil. Se argumenta que es en este tipo de supuestos donde el sufrimiento de la víctima es mayor y, por lo tanto, se justifica que sea necesario resarcirla con más interés. En cualquier caso, parece ser que el elemento central no es solamente el daño, sino también la forma de causarlo, es decir, el comportamiento especialmente deleznable del sujeto responsable, intencionado o no. Sobre todo, y en contraste con la visión resarcitoria, es nota singular de este modelo su carácter ultracompensatorio.

No obstante, se suele rechazar abiertamente la pretendida función preventivo-punitiva por amplios sectores de la doctrina civilista más autorizada.<sup>39</sup> Las razones más solventes que se alegan son las siguientes: primera, que este tipo de planteamientos punitivos debe pertenecer al estricto ámbito del Derecho penal o administrativo sancionatorio, mucho

---

<sup>38</sup> Vid. e. gr. por todos, SALVADOR CODERCH, P., “Punitive damages” y, difusamente, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., *Daños punitivos, passim*. En la doctrina italiana, aportando una visión comparada ZENOCOVICH, V., “Il problema della pena privata”.

<sup>39</sup> ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, p. 15. Expresamente “Lo que sí debe evitarse es introducir en nuestro sistema la denominada función punitiva de la responsabilidad civil, que en otros ordenamientos funciona para castigar un daño concreto, cuando el demandado actuó de forma dolosa” (*Ibid.*, p. 16). También críticamente, DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, pp. 44-47, PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual”, pp. 171-173 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, pp. 59-62. En la doctrina italiana, e. gr. BIANCA, C. M., *Diritto civile*, pp. 556-557. Por el contrario, REGLERO CAMPOS no descarta la idea de que se apliquen daños punitivos en determinados casos y bajo ciertas condiciones *cfr. Id.*, “Conceptos generales y elementos de delimitación”, p. 90 y 103-106. También admitida por SALVADOR CODERCH, P., “Punitive damages”, pp. 11-14 y por PADOVANI, T., “Lectio brevis sulla sanzione”, p. 69.



más y mejor dotados de instrumentos auténticamente disuasorios, mientras que la función de la responsabilidad civil debe ser fundamentalmente reparatoria, planteamiento al que debe su sentido y construcción dogmática. Ahondando en este planteamiento, diversos autores han puesto de manifiesto que la función estrictamente reparatoria de la responsabilidad civil tal y como la conocemos ya podría llegar a disuadir incluso más que la sanción penal, induciendo a los sujetos a actuar de forma cuidadosa.<sup>40</sup> Piénsese en delitos poco graves que pueden tener una elevadísima suma como responsabilidad civil. Por ejemplo, en un homicidio por imprudencia grave o menos grave (*vid.* artículos 142 CPesp y 589 CPita) con alguna atenuante; se respondería civilmente por el daño causado “muerte” y penalmente o con multa o con una breve estancia en prisión, la cual sería probablemente evitable. No obstante, bien es cierto que, según nuestra concepción, la disuasión no es una función primaria o propia de la responsabilidad civil. Segunda, la responsabilidad civil de nuestro modelo se gradúa de acuerdo con la entidad del daño causado, no de la conducta ni de la imputabilidad.<sup>41</sup> Tercera, se alega que no es conveniente que sea la víctima quien se enriquezca a costa del causante, ya que se trata de un lucro que excede la reparación en sí, y que, por tanto, es injusto. Si se quiere castigar al causante, deberían emplearse mecanismos propios del Derecho penal o administrativo sancionador.<sup>42</sup> Finalmente, también se han alegado problemas de inconstitucionalidad *prima facie* en España, ya que este carácter sancionatorio propio de los daños punitivos haría que éstos deban adaptarse al principio de legalidad penal y administrativa consagrado en el artículo 25.1 CE.<sup>43</sup>

A pesar de lo expuesto, lo cierto es que la cuestión no está tan clara en Italia, ni en doctrina ni en jurisprudencia. En lo que se refiere a la doctrina, se observa cómo va ganando seguidores la teoría que defiende la polifuncionalidad de la responsabilidad civil, esto es que, junto a la función reparatoria o resarcitoria, la responsabilidad civil también asumiría funciones punitivas y/o preventivas.<sup>44</sup> Por su parte, han hecho eco de esta teoría tanto la jurisprudencia de la Corte di Cassazione Civile como la de la Corte Costituzionale.<sup>45</sup> Es

---

<sup>40</sup> PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Comentario al artículo 1.902”, p. 1.971. También entre los penalistas ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, p. 647. Más recientemente, ROMANO, M., “Risarcimento del danno da reato”, pp. 866-867.

<sup>41</sup> Por todos, PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Comentario al artículo 1.902”, p. 1.971.

<sup>42</sup> Por todos, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, p. 61. Al respecto, considera REGLERO CAMPOS que es quizás el argumento de mayor peso en contra de los *punitive damages*, aunque resalta su propuesta de que sólo se impongan en casos de conductas particularmente intolerables, siendo el *plus* del daño moral. *Cfr. Id.*, “Conceptos generales y elementos de delimitación”, p. 105.

<sup>43</sup> ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, p. 16. Asimismo, argumentan que ello no excluye que en algún caso la ley imponga en alguna ocasión obligaciones de resarcir consideradas como auténticos daños punitivos citando expresamente el recargo de prestaciones impuesto por el art. 164 TRLGSS.

<sup>44</sup> *Vid.*, por todos, expresamente PERLINGIERI, P., “Le funzioni della responsabilità civile”, pp. 273-273 además del resto de contribuciones publicadas en la misma obra colectiva.

<sup>45</sup> La referida naturaleza polifuncional ya se dejaba entrever en SCC 30/12/1987, n° 641; “*Si è così in grado di provvedere non solo alla reintegrazione del patrimonio del danneggiato ma anche a prevenire ed a sanzionare l'illecito. Il tipo di responsabilità civile ben può assumere, nel contempo, compiti preventivi e sanzionatori.*” Más recientemente, la jurisprudencia de le Sezioni Unite della Corte di Cassazione Civile ha señalado que la función sancionatoria del resarcimiento del daño no se considera ya incompatible con los principios generales del ordenamiento italiano, *vid. e. gr.* SCSCC 06/05/2015, n° 9100.

más, este punto de vista polifuncional ha llegado a calar verdaderamente hondo en la jurisprudencia italiana, hasta el punto de que se ha llegado a desvirtuar por completo el sistema tal y como se conocía. En este sentido, se ha pasado de denegar la ejecución de sentencias extranjeras declaratorias de *punitives damages* a permitir tales ejecuciones argumentando que ello no es incompatible con los principios generales del ordenamiento italiano. En efecto, anteriormente la jurisprudencia casacional denegaba la ejecución de las sentencias extranjeras declaratorias de *punitive damages* argumentando que su carácter sancionatorio era incompatible con el orden público y que ello constituiría, según sus principios civilistas, un enriquecimiento injusto carente de una causa de justificación,<sup>46</sup> si bien, como decíamos, seguía aceptando la teoría de la polifuncionalidad dentro de los límites propios de un Derecho de daños que tiene como función principal el resarcimiento. Por el contrario, la jurisprudencia más reciente, representada por la Sentencia de 6 de julio de 2017, nº 16601, sobre la que se han vertido verdaderos ríos de tinta, ha permitido directamente su ejecución, sosteniendo que el concepto de orden público anteriormente alegado debe entenderse en sentido internacional.<sup>47</sup>

Por nuestra parte, rechazamos por completo la función punitiva y coincidimos plenamente con estas críticas doctrinales referidas *supra*. No obstante, es necesario hacer alguna puntualización. Aquí hay dos cuestiones al respecto. En el marco de una función punitiva, ¿se debate acerca de otorgarle a la responsabilidad civil, tal y como la conocemos, una función preventivo-punitiva o sencillamente de incorporar instituciones como los *punitive damages* tal cual son concebidos en sus correspondientes ordenamientos? Centrándonos en la primera cuestión, a nuestro parecer, observados desde el punto de vista de nuestra tradición y visión jurídica, estos planteamientos preventivo-punitivos de la responsabilidad civil conllevarían, en el caso de incorporarse, verdaderos problemas e incoherencias con nuestro modo de ver el Derecho. Primeramente, en sede de responsabilidad civil *stricto sensu* no son aplicables ni la presunción de inocencia ni el principio de legalidad propio del Derecho sancionador, como ha puesto de manifiesto la doctrina y la jurisprudencia.<sup>48</sup> Es más, no son aplicables como tales ninguno de los principios constitucionales que limitan el Derecho sancionador; personalidad, tipicidad, irretroactividad, prohibición de la analogía y proporcionalidad, entre otros, los cuales son necesarias garantías para el ciudadano. Todos estos principios son, desde nuestro punto de vista, absolutamente irrenunciables en sede sancionatoria. Por tanto, en el supuesto de incorporar la función preventivo-punitiva a la responsabilidad civil se estaría renunciando *de facto* a que la aplicación de un instituto con carácter sancionatorio incorpore tales garantías. Nos parece verdaderamente inaceptable. El artículo 25.1 CE señala expresamente que “*Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa,*

---

<sup>46</sup> Vid., e. gr. SSCSCC 19/01/2007, nº 1183 y 8/02/2012, nº 1781.

<sup>47</sup> En contra de los razonamientos de la sentencia, de los *punitive damages* en el ordenamiento italiano y de la pretendida función punitiva de la responsabilidad civil, con razón, CASTRONOVO, C., “Diritto privato e realtà sociale”, pp. 797-789.

<sup>48</sup> Argumentando así y recogiendo jurisprudencia al respecto, PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Comentario al artículo 1.902”, p. 1.971 y ROIG TORRES, M., *La reparación del daño*, pp. 86-87, notas al pie. Igualmente, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, p. 265.

*según la legislación vigente en aquel momento*". Por tanto, según nuestra Constitución, no cabe condenar o sancionar fuera de las exigencias del principio de legalidad, es decir, la conducta debe tipificarse expresamente como delito, falta o infracción administrativa. Se trata de un principio de rigurosa formalidad jurídica. Ahora bien, no sólo es necesario que tal comportamiento constituya delito, falta o infracción administrativa formalmente, sino que, además, es necesario que las consecuencias jurídicas previstas en la norma sancionadora así como su aplicación estén revestidas de las garantías propias del Derecho sancionador; penal o administrativo.<sup>49</sup> Por consiguiente, nos parece verdaderamente inaceptable que se renuncie a tales garantías si se pretende sancionar.

En segundo lugar, consideramos que incorporar la función sancionadora en la responsabilidad civil supondría una auténtica involución legal. El argumento histórico y el dogmático así lo demuestran. De una parte, la evolución histórica de nuestro concepto de responsabilidad civil (expuesta en el capítulo I) nos demuestra cómo este modelo del *ius civile* de base romanista ha avanzado en una clara dirección que contrasta con el modelo del *common law*. La separación entre la sanción pública y la reparación privada propia de los sistemas del *ius civile* no es un mero capricho del legislador contemporáneo, sino que, por el contrario, corresponde a siglos de evolución jurídica en tal sentido, además de tener unas sólidas bases dogmáticas que así lo sustentan y lo justifican. *Natura non facit saltus*. Por otra parte, el hecho de querer asignar funciones expresas más allá de la función propia de alguna institución o rama del Derecho supondría desvirtuar por completo su propio modelo dogmático y romper de lleno con su evolución histórica, máxime cuando esa función que queremos incorporar a la institución ya está otorgada a otra rama del Derecho y no se aporta ningún tipo de argumento mínimamente convincente que justifique el camino que se propone. Como bien ha referido la doctrina, una cosa es que la responsabilidad civil como tal pueda llegar a disuadir y otra muy distinta es otorgarle explícitamente tal función. Según la concepción propia del modelo de reparación del *ius civile*, la punición no es, ni puede llegar a ser, una función expresa de la responsabilidad civil de acuerdo con nuestra concepción. No, al menos, sin desnaturalizar por completo la totalidad del modelo de responsabilidad civil y sancionatorio propio del *ius civile*. Aun así, la consecuencia directa de incorporar esta función preventivo-punitiva a la responsabilidad civil es que la norma presentaría serios problemas deontológicos, o en otras palabras, de justicia material. Es decir, el hecho de que la norma civil tenga un carácter sancionatorio contradice el modelo propio del ordenamiento jurídico español o italiano como sistema concreto e históricamente condicionado y, en consecuencia, ocuparía una función que no le corresponde sistemáticamente. Por tanto, la norma de responsabilidad civil con carácter punitivo en el

---

<sup>49</sup> De otra opinión, BRICOLA, F., "La riscoperta delle "pene private" nell'ottica del penalista", pp. 47-53 y PADOVANI, T., "Lectio brevis sulla sanzione", pp. 44-45, quienes consideran que los principios previstos por los arts. 25- 27 CI para la pena estarían dirigidos a garantizar la libertad personal afectada por la sanción penal, por lo que no obligarían en sede de responsabilidad civil, aunque ésta sea de tipo aflictivo. En otras palabras, que los mencionados principios constitucionales sólo afectarían a las sanciones, previstas por la norma penal, dirigidas a limitar la libertad. No podemos compartir tal visión. Para nosotros, las garantías constitucionales afectan a todo el Derecho sancionador, en especial al Derecho penal. Además, tales garantías serían de obligado cumplimiento en todos los tipos de pena; ya sean privativas de libertad, de otros derechos o, incluso, meramente patrimoniales.

marco de nuestros sistemas de *ius civile* es, en nuestra opinión, injusta desde el punto de vista de la propia norma como elemento de la Teoría del Derecho.<sup>50</sup> También existen reparos desde el punto de vista del ordenamiento jurídico. Partiendo de la afirmación de que una de las bases del ordenamiento es la exigencia de sistematicidad y racionalidad, resultaría altamente contradictorio tener una misma función asignada a dos ramas del ordenamiento muy diferenciadas entre sí por un objeto, un contenido y unos criterios de imputación totalmente distintos. Esta asignación llevaría a la situación de constatar que sendas ramas del ordenamiento no solamente ejecutarían paralelamente la misma función, sino que lo harían sin ningún tipo de coordinación. Al respecto, debemos resaltar con especial interés que no se ha expuesto ninguna teoría sobre esta última cuestión, al menos hasta donde nos alcanza el conocimiento.

En tercer lugar, debemos hacer valer que no nos resulta razonable un modelo de responsabilidad civil expresamente polifuncional. O bien se repara, o bien se castiga condenando a reparar en exceso y, consecuentemente, se genera una ultracompensación.<sup>51</sup> O se pone el foco en la reprochabilidad del sujeto o se pone el foco en el daño causado. Son funciones que se contradicen la una a la otra. Los dos modelos son incompatibles en una misma norma y bajo unas mismas reglas de imputación. Es esa, precisamente otra de las grandes críticas al modelo preventivo-punitivo en la responsabilidad civil, que resulta una adulteración del principio de culpabilidad penal. Por nuestra parte, nos parece más convincente el modelo enteramente resarcitorio por las razones expuestas. Al respecto, con máxima claridad y gran razón se ha expresado ROXIN, quien ha puesto de manifiesto que el Derecho penal se basa en la subordinación del individuo al poder del Estado, que se le enfrenta ordenándole mediante la norma penal, en contraste con el Derecho civil, que se basa en el principio de equiparación.<sup>52</sup> Por tanto, el Derecho penal sanciona basado en esta subordinación, y el Derecho civil compensa, apoyado en el principio de equiparación. Aquí se aprecia perfectamente el contraste y la imposibilidad de conjugar como tales los dos modelos, preventivo-punitivo y resarcitorio, así como sus reglas de imputación dentro de la misma norma. No obstante, consideramos que la expresión de ROXIN de subordinación del individuo al poder del Estado bien podría ser extensible al resto de ramas de Derecho público. No nos resulta que tal carácter sea algo exclusivo y excluyente del Derecho penal, como sí es, por ejemplo, el concepto de pena. Aun así, en el caso extremo de querer incorporarse esta nueva función a la norma civil ¿desplazaría a la función resarcitoria por completo? ¿o sería conjunta? En el caso primero nos atenderíamos a lo ya expuesto, resaltando que tendría que realizarse en todo caso a través de una norma de Derecho administrativo sancionador o penal, mientras que en el segundo

---

<sup>50</sup> “(...) el problema de la justicia de una norma tiene un sentido: equivale a preguntarse si esa norma es apta para realizar los valores históricos que inspiran ese ordenamiento jurídico, concreta e históricamente determinado. El problema de si una norma es o no justa es un aspecto de la oposición entre mundo ideal y mundo real, entre lo que debe ser y lo que es: norma justa es lo que debe ser; norma injusta es lo que no debería ser. Plantear el problema de la justicia de una norma equivale a plantear el problema de la correspondencia entre lo que es real y lo que es ideal.” BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, p. 34.

<sup>51</sup> En la doctrina italiana, declarando tajantemente que si el resarcimiento pretende ser sancionatorio, superando el daño efectivamente causado, no es resarcimiento, CASTRONOVO, C., *Responsabilità civile*, p. 30.

<sup>52</sup> ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*, t. 1, p. 43.

caso se nos obligaría a crear *ex novo* un nuevo modelo de atribución de responsabilidad civil paralelo al que ya tenemos, ya que el nuestro, como acertadamente decía la doctrina y desarrollaremos *infra*, se basa únicamente en el daño causado.

En cuarto lugar, una de las razones principales que se alegan a favor de la finalidad preventivo-punitiva es la dificultad de compensar adecuadamente algunos daños que presentan dificultad para cuantificarse. Ello, sencillamente, no sería un argumento especialmente sólido a nuestro parecer. Desde nuestro punto de vista, creemos que esta reflexión es sumamente exagerada en el remedio, ya que resulta complicado entender por qué es oportuno cuantificar muy al alza si resulta verdaderamente difícil realizar una medición precisa del alcance del daño. Todo ello sin la necesidad de mencionar nuevamente de lo criticable que nos resulta que el perjudicado se lucre injustamente a costa del causante. Como desarrollaremos *infra*, el resarcimiento de los daños morales o no patrimoniales no tiene carácter ni función punitiva, sino compensatoria, a pesar de que es evidente la dificultad de resarcir dichos daños de forma totalmente íntegra.<sup>53</sup>

Por lo expuesto, concluimos que este tipo de funciones punitivo-preventivas en la responsabilidad civil deben rechazarse, pues plantean una serie de problemas que obligarían a configurar nuevamente todo el sistema sobre el que pivota nuestro Derecho de daños y nuestro Derecho sancionatorio. Igualmente, en caso de adoptarse, tenemos serios reparos sobre si esta incorporación fuese dogmática y sistemáticamente posible. También nos resulta dudosa la relación con las otras ramas sancionatorias desde el punto de vista de la política jurídica. En consecuencia, consideramos que esta pretendida función de la responsabilidad civil constituiría una verdadera desnaturalización del principio de culpabilidad propio del Derecho penal y/o administrativo sancionatorio y, por consiguiente, una intromisión en el campo propio de estas ramas del ordenamiento. A nuestro parecer, es preferible un modelo de Derecho de daños basado en la reparación integral y un modelo de Derecho penal y administrativo sancionatorio basado en la punición de acuerdo con la secular separación de funciones y con el desarrollo histórico y dogmático que hemos heredado de nuestra tradición jurídica.

a) La problemática de las penas privadas

Decíamos anteriormente que los *punitive damages* son el ejemplo paradigmático de un Derecho de daños basado fundamentalmente en la punición. Igualmente, también nos preguntábamos si, al admitir la función punitiva en la responsabilidad civil, estábamos haciendo referencia a incorporar instituciones como los mencionados *punitive damages* tal cual son concebidos. Siguiendo esta línea, nos encontramos con que la reflexión sobre la función punitiva en la responsabilidad civil está intrínsecamente relacionada con otra

---

<sup>53</sup> De otra opinión, FONDAROLI, D., *Illecito penale e riparazione del danno*, pp. 207-217, quien reconoce que la dificultad de reconocer “resarcibilidad” al daño no patrimonial descende de su propia naturaleza, por lo que, en este caso, entiende que más que hablar de “*risarcimento*”, es necesario hablar de “*riparazione*”. El matiz viene referido a la contraposición que existe entre el *risarcimento*, equivalente a la responsabilidad civil, y la *riparazione*, institución italiana de cariz punitivo más cercana a la pena que al resarcimiento que no goza de instituto análogo en Derecho español. La puntualización también se encuentra relacionada con la problemática de la tipicidad del daño no patrimonial en Italia. Incidiremos en tales cuestiones *infra*.

cuestión de gran interés tanto para los civilistas como para los penalistas. Se trata de la problemática de las penas privadas. No en vano, los *punitive damages* se han calificado expresamente como tal.<sup>54</sup> Ahora bien, las penas privadas constituyen una temática alejada de la tradición jurídica continental. En nuestro país han recibido escasa atención por lo general, al menos hasta hace relativamente poco tiempo, mientras que, por el contrario, la doctrina italiana sí que ha mostrado un profundo interés por el asunto de una forma más constante.<sup>55</sup>

La primera cosa que llama la atención es precisamente el *nomen iuris*, que aparenta ser un oxímoron; una contradicción en sí misma.<sup>56</sup> Naturalmente, la pena es, de acuerdo con nuestra concepción histórico-jurídica, pública por definición. Entonces, ¿a qué se debe el adjetivo “privada” que la complementa? ¿qué es una “pena privada”? Lo cierto es que no hay una definición inequívoca, ni siquiera unos caracteres comunes consolidados, debido precisamente a la ausencia de unos fundamentos dogmáticos sólidos, ya que, como decíamos, se trata de una figura totalmente ajena a nuestro modelo y, más concretamente, a nuestra noción de “pena”. Es por esta razón por la que coincidimos con alguna voz doctrinal que ha puesto de manifiesto que el concepto de “pena privada” no es más que una noción que designa a aquellas figuras que no se consiguen explicar de un modo satisfactorio.<sup>57</sup> Se trata, en nuestra opinión, de un concepto totalmente abstracto, muy genérico y vacío de contenido, tal y como veremos a continuación.

#### b) Sus pretendidas características

Quizás la definición más completa la haya proporcionado BIANCA, quien señalaba que la pena privada es la consecuencia jurídica punitiva que se caracteriza como privada por la fuente o por la aplicación. Pena privada, continúa el autor, es la consecuencia jurídica punitiva prevista en un acto negocial o infligida por un sujeto privado en virtud de una potestad punitiva.<sup>58</sup> En esta línea, bien podría pensarse que esta aportación es una definición demasiado amplia y poco específica. Nosotros así lo creemos. Sin embargo, esta definición incorpora los caracteres generalmente atribuidos a la pena privada, que es una institución defectuosa que ya de por sí sola está necesitada de mayor profundidad en su propia delimitación para poder diferenciarse del resto de las categorías o instituciones jurídicas. En otras palabras, el problema no viene dado por la definición propuesta en sí, sino por el objeto de lo que se pretende definir. El referido instituto ¿tendría caracteres

---

<sup>54</sup> Textualmente, por todos, SALVADOR CODERCH, P., “Punitive damages”, p. 3 y SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M<sup>o</sup> B., *La reparación del daño ex delicto*, pp. 17 y 22.

<sup>55</sup> *Vid.*, las obras ya clásicas de BUSNELLI, F. D y SCALFI, G. (Coords.), *Le pene private*, así como MOSCATI, E., voz “Pena privata (dir. priv.)”, en ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO. Más recientemente, GARGANI, A., voz “Illecito civile punitivo”, en *Ibid.*, BARATELLA, M. G., *Le pene private* y QUARTA, F., *Risarcimento e sanzione nell’illecito civile*.

<sup>56</sup> Así lo reconoce también BUSNELLI, F. D., “Verso una riscoperta delle “pene private”?”, p. 3.

<sup>57</sup> MOSCATI, E., voz “Pena privata (dir. priv.)”, en ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO, “*Premesse generali*”, párr. 1<sup>o</sup>.

<sup>58</sup> BIANCA, C. M., *Diritto civile*, pp. 277-278. Una aclaración al respecto. El autor emplea textualmente el término “sanzione”. Sin embargo, esta expresión en Derecho italiano parece tener unas connotaciones diferentes al término “sanción” en Derecho español. Por ello, hemos creído conveniente realizar su traducción como “consecuencia jurídica”, que creemos mucho más apropiada para expresar su contenido en el contexto italiano. *Vid. amplius, infra*.

más cercanos a la pena o a las instituciones privadas? Parece ser, según la definición, que se trata de una institución más privada que penal. Revisemos las notas características aportadas una a una.

En primer lugar, la pena privada viene descrita como consecuencia jurídica punitiva o aflictiva, aunque en ningún caso se ha desarrollado esta característica en la doctrina. Enumeremos las dudas que nos suscita tal carácter. Primera, ¿qué debe entenderse por punitivo o sancionador en el marco del Derecho privado? No hemos sido capaces de encontrar una respuesta clara que, en tal sentido, permita diferenciar la pretendida característica respecto al resto de instituciones o ramas del ordenamiento que sí tienen asignada tal función. En otras palabras, ¿en qué se diferenciaría la “punitividad” o “aflictividad” de la pena privada de la punitividad del Derecho penal? En opinión de MOSCATI, este carácter sancionador no podría justificar la creación de una nueva categoría jurídica, ya que el concepto de “pena privada” no puede entenderse en el sentido de pena propia del Derecho civil, diferenciada de los instrumentos del Derecho penal.<sup>59</sup> A pesar de ello, el carácter aflictivo o punitivo es frecuentemente mencionado por la doctrina.<sup>60</sup> Pero ¿en qué se concreta tal carácter? ¿cuáles serían los castigos? De nuevo, el más absoluto silencio. Por nuestra parte, entendemos que el carácter punitivo se concretaría en la imposición de una obligación civil cuyo objeto supere considerablemente el carácter netamente restauratorio. De la misma forma, consideramos que los castigos únicamente podrían consistir en sanciones económicas, ya que los artículos 25.3 CE y 13 2º CI impiden que la Administración imponga sanciones que impliquen privación de libertad, por lo que, *a fortiori*, los sujetos privados tampoco podrían. Es aquí donde nos surgen todavía más dudas acerca de su necesidad a nivel de política jurídica y/o criminal, su nacimiento y valoración, su cumplimiento, su idoneidad respecto a lo que sea que se pretenda tutelar y, por supuesto, su efectividad en tal sentido.

En segundo lugar, ¿en qué se diferenciaría entonces de la pena pública? Al respecto, PANTALEÓN PRIETO ha señalado que la pena pública tiene como función principal la prevención de conductas antisociales, mientras que en el caso de la pena privada la función principal es el aplacamiento del sentimiento de venganza del lesionado.<sup>61</sup> En este sentido, la doctrina más reciente ha matizado que más que hacer referencia a las penas privadas, es más apropiado hablar de “potestad punitiva de los sujetos privados”, ejercitada directamente por ellos o a través de la autoridad judicial frente a otro sujeto.<sup>62</sup> Aquí se encuentra otra de las características fundamentales. El carácter punitivo mencionado en el párrafo anterior se ejecuta para la tutela de intereses privados, es decir,

---

<sup>59</sup> MOSCATI, E., voz “Pena privata (dir. priv.)”, en ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO, “*Profili ricostruttivi*”, párr. 1º.

<sup>60</sup> Por todos, BRICOLA, F., “La riscoperta delle “pene private” nell’ottica del penalista”, p. 30 y BUSNELLI, F. D., “Verso una riscoperta delle “pene private”?”, p. 5. Más recientemente, haciéndose eco de tal carácter GARGANI, A., voz “Illecito civile punitivo”, en ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO, p. 489.

<sup>61</sup> PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Diálogo sobre la indemnización por causa de muerte”, p. 1572.

<sup>62</sup> BARATELLA, M. G., *Le pene private*, p. 5.

en beneficio del propio perjudicado, no de la colectividad.<sup>63</sup> Este hecho contrasta diametralmente con la evolución jurídica de la responsabilidad penal y civil y colisiona frontalmente con el estado de la ciencia de tan clara separación. Como tendremos ocasión de desarrollar *infra*, la responsabilidad penal es una responsabilidad de carácter público, mientras que la responsabilidad civil es una responsabilidad de carácter privado. La pena es pública porque se responde frente a la colectividad, la responsabilidad civil es privada porque se responde frente a un sujeto privado. En tal sentido, nos parece que la expresión “pena privada” resulta poco afortunada para expresar un castigo que se ejecuta entre sujetos privados en beneficio de uno de ellos. En el lenguaje ordinario, la palabra “pena” quizás pueda emplearse como sinónimo de “sanción” o “castigo”, pero en el lenguaje jurídico tal equiparación no nos resulta admisible. Desde nuestro punto de vista, se trata de un *nomen iuris* que es contradictorio en sí mismo y que no viene a expresar nada relacionado con la pena en sentido propiamente jurídico, sí quizás con la sanción o el castigo en sentido abstracto o figurado, lo cual nos parece criticable en forma y en fondo.

En tercer lugar, ¿cuál es la fuente del castigo? Se ha dicho que la fuente puede ser un acto negocial o una potestad punitiva del sujeto privado. En tal sentido, la doctrina ha propuesto la distinción entre penas privadas de incumplimiento y penas privadas de ilícito aquiliano.<sup>64</sup> De una parte, si la responsabilidad “punitiva” está prevista en un acto negocial formalizado debidamente por dos sujetos con capacidad jurídica para contratar y la genera el incumplimiento de uno de ellos, ¿tiene sentido crear una nueva categoría jurídica y, por tanto, hablar de pena privada? ¿no sería más apropiado hacer referencia a una institución ya bien asentada en el ordenamiento, como es la responsabilidad contractual? El ejemplo clásico que suele citarse es la cláusula penal. No se trata de una responsabilidad remotamente penal ni de una pena privada, por mucho que se insista en verla así.<sup>65</sup> Se trata de una responsabilidad contractual que, además, está sometida por completo al Derecho civil. Aparece regida por el principio de libre autonomía de la voluntad de las partes, pues puede insertarse facultativamente en el contrato, y los principios dispositivo y rogatorio en lo que se refiere a su tutela judicial. Además, cabe controlar su adecuación a Derecho por vía judicial, véase por ejemplo la posibilidad de declarar tal cláusula como “abusiva”. Su sentido principal es reforzar el vínculo contractual y compensar a cuantía fija los daños sufridos por el acreedor como consecuencia del incumplimiento.<sup>66</sup> Por otra parte, en cuanto a la potestad punitiva del

---

<sup>63</sup> BRICOLA, F., “La riscoperta delle “pene private” nell’ottica del penalista”, pp. 29-30, BONILINI, G., “Pena privata e danno non patrimoniale”, pp. 308-309, MOSCATI, E., voz “Pena privata (dir. priv.)”, en ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO, “*Profili ricostruttivi*”, párr. 3°. Aunque algunos autores entienden que, en realidad, coexisten dos intereses; el público, al ser afflictivo y preventivo de ulteriores comportamientos, y el privado, por tutelar tales intereses *e. gr.* GALGANO, F., “Alla ricerca delle sanzioni civile indirette”, p. 538. Así, acogiéndose a su tesis en nuestro país VIÑUELAS SANZ, M., “Reflexiones críticas sobre la naturaleza sancionadora de la responsabilidad concursal”, p. 395. No compartimos esta tesis, ni mucho menos que el interés público se defienda a costa de ultracompensar al ofendido.

<sup>64</sup> BARATELLA, M. G., *Le pene private*, p. 9.

<sup>65</sup> Ampliamente referenciada en doctrina italiana, TRIMARCHI, V. M., *La clausola penale, passim*, MAZZAGÜ, A., voz “Clausola penale”, en ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO, “*Funzione*”, párr. 11°, MOSCATI, E., en *Ibid.*, voz “Pena privata (dir. priv.)”, “*Profili ricostruttivi*”, párr. 6° y BARATELLA, M. G., *Le pene private*, p. 41.

<sup>66</sup> Con gran razón, BIANCA, C. M., *Diritto civile*, pp. 245-251.



sujeto privado, cabría la posibilidad de que se materializase, por ejemplo, a través de un contrato laboral, hablaríamos entonces de la potestad sancionadora o disciplinaria del empresario. Según el artículo 58 TRLET, se trata de un poder disciplinario obtenido en virtud de una relación laboral y sometido a las limitaciones propias del Derecho del Trabajo, entre otras, principio de legalidad y de proporcionalidad. En todo caso, es necesario un incumplimiento laboral previo y su adecuación a Derecho puede controlarse judicialmente. No es nada parecido a una pena privada, aunque el poder disciplinario del empresario es seguramente el único entorno en el que sería admisible la potestad punitiva del privado en nuestro modelo de ordenamiento.<sup>67</sup> En cualquier caso, no nos resulta admisible hablar en estos supuestos de “pena privada”, sino más bien de potestad sancionadora o disciplinaria del empresario. Rechazamos, por tanto, toda referencia a que la pena privada o potestad punitiva del privado sea aplicable a instancia de parte<sup>68</sup> o que nazca de la voluntad de los sujetos privados.<sup>69</sup>

En cuarto lugar, ¿cómo deben graduarse? Decíamos anteriormente que, en el caso de nuestra responsabilidad civil, ésta se graduaba en función del daño causado. Por lo tanto, a más daño, mayor será la responsabilidad civil. Al contrario, en las instituciones represivas, incluyéndose las penas privadas, el foco de atención se desplaza fundamentalmente hacia la culpabilidad o reprobabilidad del comportamiento del sujeto.<sup>70</sup> De acuerdo con las características propias de las penas privadas, ¿cómo debe responderse si el daño es mínimo y el comportamiento muy reprochable? Se entiende que la pena privada se aplicaría de forma muy severa, pero ¿no se supone, en tal caso, que para eso ya existe el Derecho penal o el administrativo sancionatorio? Bien podría argumentarse al respecto que la pena privada podría sustituir la no tipificación de una conducta como ilícito administrativo o penal. Se trata de un punto de vista que no compartimos, ya que supondría la adulteración de las garantías propias del principio de legalidad en sentido positivo, es decir, que el ciudadano pueda realizar todas aquellas conductas que no estén expresamente prohibidas por la ley. Igualmente, si se entiende que esa conducta debe ser castigada, deberá emplearse una previsión en tal sentido por medio de una ley administrativa sancionadora o penal. El principio de irretroactividad de las sanciones no favorables no sólo es una garantía propia del Estado de Derecho, sino que no puede justificar la excusa de emplear una pena privada para suplir tal carencia.<sup>71</sup> ¿Y en el caso de que el daño sea máximo y el comportamiento poco o nada reprochable? Entendemos que aquí tendría poco que decir la pena privada y seguramente mucho la responsabilidad civil propiamente dicha. Ahora bien, ¿cuál sería la relación entre ambas?

---

<sup>67</sup> *Ibid.*, pp. 278 y 280.

<sup>68</sup> BRICOLA, F., “La riscoperta delle “pene private” nell’ottica del penalista”, p. 30.

<sup>69</sup> MOSCATI, E., en ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO, voz “Pena privata (dir. priv.)”, “*Profili ricostruttivi*”, párr. 4º.

<sup>70</sup> *Vid.* la bibliografía acerca de la función punitiva en el Derecho de daños citada *supra*. Lamentándose de que las jurisdicciones represivas parecen desconocer el principio civilista de que las indemnizaciones no deben exceder la extensión del daño al aplicar las consecuencias civiles, MERLE, R., “Las consecuencias penales y civiles del delito de imprudencia”, p. 224. En cuanto al debate actual en Francia sobre las características propias de las penas privadas, ALCÁNTARA FRANCIA, O. A., “La pena privada en el Derecho Civil francés”, pp. 103-107.

<sup>71</sup> Sobre la problemática de las penas privadas y la despenalización, *vid.*, *infra*.

¿se crearían penas privadas paralelas a la responsabilidad civil o la sustituirían por completo? Además, ¿no es cierto que la evolución histórica de la responsabilidad civil ha venido encaminada, precisamente, a eliminar las consecuencias dañosas independientemente del dolo o culpa civil ya que se ha venido entendiendo que el perjudicado no tiene el deber jurídico de soportar los daños causados por ciertas actividades o en ciertos ámbitos (*vid. amplius infra*)? Bien es cierto que se ha criticado el camino de la objetivización de la responsabilidad civil no sin argumentos razonables, pero ¿sigue teniendo sentido esta involución tan pronunciada a favor de que se tenga en cuenta la “culpabilidad” en tal institución? ¿no debería seguir siendo el daño el elemento definidor de la responsabilidad civil y la culpa el del Derecho sancionador? ¿en qué se sustenta la necesidad de esta triple vía de reacción jurídica? En este sentido, también nos quedaría la duda de si sigue siendo el daño el requisito *sine qua non* para el nacimiento de la responsabilidad civil. Es decir, ¿se aplicaría una pena privada cuando el comportamiento del sujeto es especialmente reprobable pero no se ha materializado en un daño?

En quinto lugar, ¿están sometidas a algún tipo de control o principios fundadores? En palabras de BRICOLA, las penas privadas carecen de vínculos estrictos en lo referente a las fuentes, pues presentan una exigencia menos acentuada de tipicidad y taxatividad.<sup>72</sup> Hacemos aquí reenvío a las críticas vertidas *supra* acerca de la carencia de garantías en la función preventivo-punitiva de la responsabilidad civil, pues las encontramos extrapolables a este punto del discurso. Los principios más básicos del Derecho sancionatorio son absolutamente irrenunciables en cualquier tipo de institución de carácter aflictivo. Concretamente, refiriéndonos a los principios citados por BRICOLA, hemos expuesto que el ilícito penal es típico porque se configura como un límite necesario al poder punitivo del Estado. La ausencia de tal principio lleva aparejada multitud de abusos por parte del poder, así lo demuestra la Historia. Igualmente, hemos puesto de manifiesto que el ilícito civil es atípico debido a que de esta forma se garantiza que todo daño injustamente causado quede reparado. Es injustificable fusionar tales responsabilidades, renunciar a los mencionados logros y relajar las exigencias a la hora de sancionar, las cuales se traducen en garantías para el ciudadano. En esta línea, el citado autor llega a defender que el incremento de estas sanciones civiles permite dar forma al papel de *ultima ratio* del Derecho penal.<sup>73</sup> Sin embargo, por nuestra parte estimamos que este planteamiento no resulta completamente en línea con lo que consideramos el correcto entendimiento del mencionado principio. El Derecho penal es, efectivamente, *ultima ratio*, pero eso no implica que deba asignarse su cometido sancionador a otras ramas del Derecho que ni siquiera tienen esa función asignada. No cabe atribuir la función punitiva del Derecho penal al Derecho privado en nombre de la *ultima ratio*, pues nos parece, más bien, un uso abusivo de este principio. Ciertamente, deben buscarse siempre mecanismos alternativos al Derecho penal, incluso fuera de las soluciones jurídicas, pero si es necesario acudir a éste, debe hacerse observando las garantías propias del Estado social y democrático de Derecho. En otras palabras, si se busca sancionar, es siempre necesario

---

<sup>72</sup> BRICOLA, F., “La riscoperta delle “pene private” nell’ottica del penalista”, p. 33.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 32.

acudir a aquellas ramas del Derecho que tengan asignado tal cometido expresamente, respetando las garantías propias de sendos sectores del ordenamiento. Otras cuestiones bien distintas serían preguntarse si es realmente necesario sancionar, qué se pretende a través de la sanción o si la sanción es el mecanismo más apropiado para tal fin.

En sexto lugar, ¿cuál es la naturaleza jurídica de la pena privada? Quizás sea la pregunta más difícil de responder para sus defensores, quienes han señalado que se trata de un instrumento híbrido, que pertenece a los campos civil y penal.<sup>74</sup> También es la única respuesta posible que puede otorgarse cuando se combinan elementos de una y otra responsabilidad sin profundizar mucho en ninguna de ellas y sin aportar una teoría con fundamentos dogmáticos plenamente convincentes. No sólo es una respuesta cómoda, sino que, además, es realmente insatisfactoria. Por todo lo expuesto en este breve apartado, creemos haber puesto de manifiesto nuestra escéptica posición respecto a la problemática de las “penas privadas” en nuestro ordenamiento. En resumidas cuentas, nos basamos principalmente en la carencia de una fundamentación científica sólida y en su absoluta incompatibilidad con nuestra visión del Derecho y del ordenamiento jurídico.

#### c) Supuestos ejemplos de pena privada

Partiendo de la base de que, como hemos reseñado, la noción de “pena privada” no solamente presenta unas graves carencias dogmáticas, sino que no es para nada compatible con nuestro modelo, pasemos ahora a mencionar brevemente algunas instituciones que se han citado como “pena privada”. El sentido de este breve apartado no es otro que reafirmarnos en nuestra postura sobre la problemática.

Como decíamos anteriormente, el primero de todos los ejemplos que suele citarse es la cláusula penal. Trasladamos aquí las críticas realizadas *supra*. Resumidamente, se trata de una responsabilidad privada que se genera en los supuestos en que sea prevista en un contrato. No es perseguible de oficio, ni se trata de un supuesto de poder punitivo de sujetos privados, ni se identifica remotamente con una sanción pública. Su finalidad principal es compensatoria de los daños sufridos a cuantía fija como consecuencia del incumplimiento contractual. Además, como decíamos, aparece regida por el principio de libre autonomía de la voluntad de las partes y los principios dispositivo y rogatorio en lo que se refiere a su tutela judicial. Otro ejemplo que suele citarse son los intereses moratorios, que según algunos autores compartirían una ratio punitiva junto a la cláusula penal.<sup>75</sup> La argumentación de por qué no son pena privada es muy similar a la de la cláusula penal, pues también se trata de una obligación compensatoria del daño causado, aunque en este caso se aprecian en el supuesto de retraso en el pago o cumplimiento de una obligación que sea imputable al deudor. Aparecen regulados en los artículos 1.100 y siguientes CCesp y 1.224 CCita y serán los que hayan pactado las partes o, en su defecto, el interés legal, salvo que el acreedor demuestre haber sufrido un daño mayor. Como bien puede observarse, su función no es punitiva en ningún caso, sino compensatoria. Están

---

<sup>74</sup> TRIMARCHI, P., *Causalità e danno*, p. 123 y BONILINI, G., “Pena privata e danno non patrimoniale”, pp. 302.

<sup>75</sup> MARINI, A., *La clausola penale*, p. 55, GABRIELLI, E., “Clausola penale e sanzioni private”, p. 913 y DE LUCA, M., *La clausola penale*, p. 51.

regidos nuevamente por los principios de libre autonomía de voluntad de las partes, dispositivo y rogatorio.

En tercer lugar, otro ejemplo que suele citarse como pena privada es el resarcimiento del daño moral o, sencillamente, el no patrimonial. Sin perjuicio de que entremos más adelante en este tema, señalaremos por qué su resarcimiento no es una pena privada. De entrada, la problemática del daño y su clasificación es una cuestión muy controvertida en Derecho civil y, por tanto, no hay una división teórica que resulte totalmente convincente. Ocurre que los daños se suelen clasificar según el objeto o bien afectado, pero cada una de las clasificaciones tiene su significado y, además, se acaban interseccionando y provocando clasificaciones cruzadas.<sup>76</sup> Diríamos que, dado el carácter patrimonialista del Derecho civil, seguramente la división más extendida tanto en España como en Italia sea la de daño patrimonial *versus* no patrimonial.<sup>77</sup> Así, es posible que el daño moral sea tanto patrimonial como no patrimonial. Imaginemos a una persona que difama a otra; sería un ejemplo claro de daño no patrimonial. Ahora, imaginemos que la misma persona difama de tal forma el negocio de la otra que tales difamaciones acaban calando en las personas más cercanas y, consecuentemente, la segunda persona se ve obligada a cerrar el negocio por falta de clientes. En este segundo ejemplo se aprecia un carácter del daño moral mucho más patrimonializado que el primero. Entonces, el daño moral puede ser patrimonial o no, lo que sí está claro es que no cabe, en ningún caso, duplicidad indemnizatoria. Es cierto que, en un principio, la jurisprudencia y la doctrina sólo admitían el resarcimiento del daño moral con carácter netamente patrimonial y, aun así, solían ser muy reticentes a hacerlo.<sup>78</sup> Por el contrario, actualmente se admite el daño moral puro. Ahora bien, en lo que se refiere al daño moral como pena privada, la cuestión parece estar clara en España, ya desde hace un tiempo considerable. La reparación del daño moral no es una pena privada.<sup>79</sup> Actualmente, este punto de vista también parece ser el dominante respecto a casos de daño moral patrimonial y de daño moral puro, tanto entre penalistas como entre civilistas.<sup>80</sup>

---

<sup>76</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, p. 187, quien menciona: daños personales, materiales, morales, corporales, patrimoniales directos, patrimoniales indirectos, patrimoniales primarios, extrapatrimoniales, morales propios, morales impropios, continuados, duraderos, inmediatos y diferidos.

<sup>77</sup> E. gr., entre todos, ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, pp. 205-207, VICENTE DOMINGO, E., “El daño”, p. 338, BIANCA, C. M., *Diritto civile*, p. 117, TRIMARCHI, P., *La responsabilità civile*, pp. 563-569, ALPA, G., *La responsabilità civile*, pp. 387 y 390.

<sup>78</sup> Sobre la aparición del daño moral, por todos, DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, pp. 95-102.

<sup>79</sup> En la época cercana a los años 60, TERUEL CARRALERO, D., “Infracción penal y responsabilidad civil”, p. 49, apoyándose en SALTELLI y ROMANO DI FALCO consideraba, de acuerdo con el resto de la doctrina mayoritaria de su tiempo, que el único daño moral resarcible es el que tuviese una consecuencia patrimonial. Este autor, si bien con una visión exclusivamente patrimonialista del daño moral, ya defendía su carácter compensatorio y no punitivo. Otra cuestión sería qué contenidos deben entenderse incluidos en el daño moral. Con amplios matices en este último sentido, *cfr.* DÍAZ VALCÁRCEL, L. M., “Responsabilidad civil derivada del delito (I)”, pp. 39-40 quien, apoyándose en la doctrina de GENTILE, entendía que el daño no patrimonial debe ser siempre resarcido.

<sup>80</sup> PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Comentario al artículo 1.902”, p. 1.971-1.972. También, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, p. 59, para quien no puede hablarse de función punitiva de la indemnización por daño moral en rigor técnico. Entre los penalistas, por todos, ROIG TORRES, M., *La reparación del daño*, pp. 243-244.

Sin embargo, la cuestión es más compleja en Italia. De una parte, la norma general en materia de responsabilidad civil, el artículo 2.059 CCita, establece que el daño no patrimonial es típico, es decir, solamente debe resarcirse en los casos previstos por la ley, o en otras palabras, si no está previsto por la ley, el daño no patrimonial no se resarce. En este orden de cosas, SALVI ha mencionado que la elección legislativa de resarcir o no el daño no patrimonial en Italia presenta un carácter esencialmente discrecional y político.<sup>81</sup> Sin embargo, por otra parte, la norma especial en sede de responsabilidad civil *ex delicto*, el artículo 185 2º CPita señala la obligatoriedad de resarcir tanto el daño patrimonial como el no patrimonial. En consecuencia, se indica expresamente que el resarcimiento del daño no patrimonial cabría siempre, como una de las excepciones a la regla general, en casos de que se examinase la responsabilidad civil en sede penal. El legislador italiano parece dar a entender que, con carácter general, en estos casos debe actuarse de una forma más enérgica que en supuestos de mero ilícito civil. De nuevo, nos encontramos frente a otra problemática que ha dado lugar a un intenso debate doctrinal por el que se han interesado tanto penalistas como civilistas. En el pasado, la interpretación restrictiva llegó a admitir que este tipo de daños se resarcía casi exclusivamente en las hipótesis de delito.<sup>82</sup> Téngase en cuenta que ambas normas se aprobaron hace ya bastantes años, el Código Penal en 1.930 y el Civil en 1.942.<sup>83</sup> Además, los citados artículos no han sufrido modificaciones desde entonces. No obstante, lo cierto es que la resarcibilidad del daño no patrimonial en Italia se vería ampliada con el transcurso del tiempo, reconociéndose legislativamente nuevos supuestos desvinculados del ilícito penal; como el daño biológico, el existencial, por motivos discriminatorios, etc.<sup>84</sup> A pesar de ello, el debate sobre el daño no patrimonial sigue abierto en Italia. Por un lado, la Corte Costituzionale se ha pronunciado en varias ocasiones acerca de la supuesta ilegitimidad constitucional del artículo 2.059 CCita. Todas sus sentencias han sido desestimatorias hasta la fecha y ha venido a declarar que este artículo no realiza una función sancionatoria sino tipificadora de los casos de

---

<sup>81</sup> SALVI, C., *Il danno extracontrattuale*, p. 71.

<sup>82</sup> Por todos, MONTEL, A., *Problemi della responsabilità*, p. 9. De otra opinión, *cfr.* SCOGNAMILIO, R., “Il danno morale”, p. 302, quien alaba la decisión del Código de resarcir el daño moral sólo cuando esté legalmente previsto. También sobre esta problemática son de interés las contribuciones de CALAMANDREI, P., “Il risarcimento dei danni non patrimoniali”, pp. 162-172, quien se remite a un argumento estrictamente positivista para admitir la resarcibilidad del daño no patrimonial, y de PACCHIONI, G., “L’art. 185 Codice Penale”, pp. 354-357, quien refuta al citado autor y considera que no son admisibles los daños morales en cualquier ilícito civil. Poco tiempo después, COVIELLO, L., “L’articolo 185 del Codice Penale”, pp. 317-324, rebatiría al segundo autor y se adheriría a una postura cerca a la de CALAMANDREI.

<sup>83</sup> Muy interesantes unas anotaciones que hace REGLERO CAMPOS, que transcribimos literalmente: “En efecto, en los trabajos preparatorios del vigente CC italiano se señalaba la inconveniencia de extender al ámbito civil el resarcimiento o compensación del daño no patrimonial, que el artículo 185 CPesp establecía solo para los delitos. Una previsión que – se decía – había de considerarse como una expresión de la conciencia jurídica del país, según la cual sólo en caso de delito es más intensa la ofensa al orden jurídico y se siente en mayor medida la necesidad de una más enérgica *repressione con carácter también preventivo* (sic.). De donde cabe concluir que el daño no patrimonial constituye un efecto del ilícito penal y que su resarcimiento persigue *finis de más intensa repressione y prevención* (sic.), ajenas al resarcimiento de los demás tipos de daños”. *Vid. Id.*, “Conceptos generales y elementos de delimitación”, pp. 94-95.

<sup>84</sup> Tendencia acentuada a partir de los años 80, FONDAROLI, D., “Vicende della punibilità”, pp. 40-41.

resarcibilidad del daño no patrimonial.<sup>85</sup> Por otro lado, y de una parte, un sector minoritario de la doctrina sigue defendiendo que el resarcimiento del daño no patrimonial no es ni una pena privada ni persigue una función punitiva, sino que su función es resarcitoria.<sup>86</sup> Frente a ellos, y por otra parte, el sector mayoritario de la doctrina sigue argumentando la función punitiva o aflictiva del daño no patrimonial y, por ende, su configuración como pena privada, basándose fundamentalmente en la diferencia de trato por el legislador y en la dificultad de estimar económicamente este tipo de daños.<sup>87</sup> Por nuestra parte, nos parecen de gran acierto las afirmaciones de ZENO-ZENCOVICH y ALPA cuando reconducen el nacimiento de la responsabilidad civil, aun en sede penal, a la constatación de un ilícito civil.<sup>88</sup> Por ello, a pesar de la evidente falta de claridad, si el daño no patrimonial fuese siempre resarcible, la cuestión de su reparación en sede penal no tendría ninguna relevancia. Nuestros autores ponen el acento, con buen criterio, en que el problema viene dado por el artículo 2.059 CCita, no por el 185 CPita, ya que es el primero el que representa la norma general que no permite al juez civil liquidar siempre el daño no patrimonial, como sí ocurre en otros ordenamientos.<sup>89</sup> Por lo expuesto, consideramos que la solución a la problemática se ha enfocado de forma incorrecta. La cuestión no es si el artículo 2.059 CCita es inconstitucional o no o si el daño no patrimonial es una pena privada, sino que, como bien ha apuntado la doctrina, si hoy en día sigue siendo necesario seguir manteniendo una norma general limitadora de la reclamación de daños no patrimoniales.<sup>90</sup>

En cuarto lugar, ¿qué ocurre con los daños a intereses difusos como, por ejemplo, los daños al medio ambiente? Se trata de un tema que reviste gran complejidad, que ha llegado incluso a “cuestionar” las bases del Derecho de daños y sobre el que hay una abundante bibliografía. Es un tema que requiere de un estudio verdaderamente profundo para su adecuada comprensión, por lo que no profundizaremos en él aquí. Generalmente, la tutela al medio ambiente suele abordarse desde dos perspectivas, de un lado, desde el

---

<sup>85</sup> SSCC 14/07/1986, nº 184, 24/10/1994, nº 372 y, algo más recientemente, 28/01/2005, nº 58. Aunque la más relevante de todas ellas es esta última, *vid.* el comentario de FONDAROLI, en “Risarcibilità del danno non patrimoniale”, quien considera que la norma está desprovista de sentido, desvinculada de su función original y obsoleta.

<sup>86</sup> Ya en SCOGNAMILIO, R., “Il danno morale”, p. 303-304. Más recientemente, entre otros, CASTRONOVO, C., “Il danno non patrimoniale”, pp. 306-308 y BIANCA, C. M., *Diritto civile*, pp. 206-207. Entre los penalistas, ROMANO, M., “Risarcimento del danno da reato”, pp. 866-869 y 875-876 defiende la función reparatoria tanto del daño patrimonial como del no patrimonial, aunque entiende que en ocasiones hay una estrecha conexión entre la pena privada y la reparación del daño moral, p.e. en el delito de difamación cometido por medio de la “*stampa*” (art. 595 3º CPita). También, *Id.*, “Art. 185”, pp. 357-362.

<sup>87</sup> Entre todos, NUVOLONE, P., *Il sistema del Diritto Penale*, p. 577, BONILINI, G., *Il danno non patrimoniale*, pp. 296 y ss, BUSNELLI, F. D., “Verso una riscoperta delle “pene private”?”, p. 6, BRICOLA, F., “La riscoperta delle “pene private” nell’ottica del penalista”, p. 37, MANNA, A., “Risarcimento del danno”, p. 283 y FONDAROLI, D., “Vicende della punibilità”, p. 30 y 40. En un punto intermedio entre una y otra corriente doctrinal se sitúa el punto de vista de SALVI, C., voz “Risarcimento del danno”, en ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO, “*Il risarcimento del danno non patrimoniale da reato*”, párr. 1º-4º, para quien, a pesar de observar la función punitiva en estos supuestos, considera que ésta no llega a desplazar del todo a la función resarcitoria.

<sup>88</sup> ZENO-ZENCOVIC, V. y ALPA, G., voz “Responsabilità civile da reato”, en ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO, “*L’art. 185 c.p.*”, párr. 5º. *Amplius*, *vid.* nuestro capítulo III.

<sup>89</sup> *Ibid.*, “*Il danno non patrimoniale*”, párr. 5º y 6º.

<sup>90</sup> *Vid.*, por todos, FONDAROLI, *Ult. Loc. Cit.*

interés público, como problemática que afecta al conjunto de la ciudadanía y, de otro lado, desde el interés privado, como afectación del interés, bien o derecho individual. En cualquier caso, la tutela al medio ambiente como materia de interés público se realiza a través de la sanción administrativa, penal y la reparación civil, además del establecimiento de medidas preventivas.<sup>91</sup> Sin embargo, algunos autores consideran que la responsabilidad civil no es un mecanismo adecuado para la tutela del medio ambiente en este sentido, sino que las acciones inhibitorias resultan más apropiadas.<sup>92</sup> No obstante, más allá de la idoneidad de las medidas, lo cierto es que si se toma la responsabilidad civil como mecanismo de tutela deberá observarse su carácter reparatorio de acuerdo con sus fundamentos básicos. Por ello, deberá atenderse al principio de reparación integral y el correspondiente resarcimiento será llevado a cabo en interés del sujeto perjudicado. En el caso de que el interés afectado sea público, nos parece que lo más razonable sería que ésta se realice a favor de alguna Administración, pues son las instituciones depositarias del interés general. En cualquier caso, el hecho de que la reparación del interés difuso se materialice a través del mecanismo de la responsabilidad civil, no implica ni que este mecanismo ni que la reparación del mencionado interés privado o colectivo sean penas privadas.

En quinto lugar, otro supuesto ejemplo de pena privada sería la reparación del daño *ex delicto*. Brevemente, nos remitimos a las declaraciones de ZENO-ZENCOVICH y ALPA referidas anteriormente: la responsabilidad civil *ex delicto* surge del daño. Igualmente, quisiéramos hacer valer la doctrina jurisprudencial y doctrinal consolidada al respecto. La responsabilidad civil *ex delicto* no es, en nuestro modelo, una pena privada ni pública, su función es restauradora.<sup>93</sup> Por otra parte, sus caracteres definitorios la acercan más a las obligaciones civiles que a la pena, tal y como desarrollaremos a lo largo de todo este trabajo. No obstante, junto al *risarcimento del danno da reato*, que sería el instituto comparable a nuestra responsabilidad civil *ex delicto*, encontramos una institución muy peculiar en el ordenamiento jurídico italiano. Se trata de la *riparazione pecuniaria*, para la cual no hay instituto análogo en el ordenamiento español. Cabe resaltar que la *riparazione* ya estaba prevista en el artículo 38 del Código Zanardelli y que ha suscitado importantes problemas interpretativos desde entonces. La doctrina especializada en esta institución la ha definido como una suma “restauradora”, distinta de la sanción penal y del *risarcimento*, que se mide en base a diferentes parámetros que tienen como denominador común la “ofensividad” del hecho.<sup>94</sup> Su carácter es de corte sancionador, aunque se argumenta que, asimismo, comparte cierto componente compensatorio respecto a la violación de la paz social.<sup>95</sup> El punto de partida no es ya el daño civil, sino

---

<sup>91</sup> ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, pp. 216-217.

<sup>92</sup> Por todos, BIANCA, C. M., *Diritto civile*, pp. 572-573.

<sup>93</sup> Por toda la doctrina italiana al respecto, ROMANO, M., “Risarcimento del danno da reato”, pp. 866-867, también en “Pre-Art. 185”, pp. 335-336.

<sup>94</sup> Citando el Informe Ministerial del Código Zanardelli, señala que se trata de una medida destinada a “reforzar la eficacia de la represión” FONDAROLI, D., “Mille e non più mille”, p. 159.

<sup>95</sup> *Id.*, “Mille e non più mille”, pp. 160-161. Aunque reconoce que su naturaleza viene siendo conflictiva desde su origen, finalmente se decanta por la tesis del carácter sancionatorio, *Ibid.*, pp. 167-168. Igualmente, reconoce que este componente aflictivo ha llegado a contaminar la *ratio* del *risarcimento* del daño no patrimonial, *Id.*, “Vicende della punibilità”, p. 45.

la ofensa o afectación al bien jurídico penal, por lo que ésta se configura como su presupuesto para el nacimiento y, consecuentemente, el legitimado para su solicitud y su obtención ya no es el perjudicado civil sino el ofendido penal.<sup>96</sup> Además, puede apreciarse cumulativamente junto a la responsabilidad civil, ya que sus nacimientos responden a fundamentos diferentes.<sup>97</sup> Sin embargo, para la doctrina, el mayor problema que presenta es la carencia de un proyecto unitario y complejo, ya que sólo se prevé como reacción frente a algunos delitos, como por ejemplo en el caso de ciertos delitos contra la *Pubblica Amministrazione* según el artículo 322-quater CPita.<sup>98</sup> Además, en los supuestos en los que se interviene de tal forma, el legislador ha omitido hacer referencia a finalidades específicas, límites y objeto, por lo que, en realidad, su interpretación es verdaderamente incierta así como su naturaleza jurídica o, incluso, su idoneidad como mecanismo de tutela. Las dudas al respecto son múltiples: ¿forma parte de la pena? ¿es un complemento de la represión? ¿se trata de una medida limitada a “resarcir” o “reparar” el daño? ¿o, por el contrario, es una institución que complementa a la reparación civil?<sup>99</sup> Por nuestra parte, nos suscita especial inquietud el hecho de “reparar” una ofensa al bien jurídico, pues no parece que haya unos criterios claros, dogmáticos y sustantivos al respecto. No resulta de extrañar que venga reconocido el problema de la dificultad interpretativa de su contenido. Por el contrario, creemos que esta institución, más que consolidar una doctrina científica bien fundamentada, persigue la positivación de una fórmula legal que obliga al responsable a pagar aún más a título incierto. De la misma forma, permite al ofendido obtener una duplicidad indemnizatoria, lo cual es, ya de por sí, sumamente criticable.<sup>100</sup> En nuestra opinión, no tiene mucho sentido que sea el “ofendido” quien la perciba, ya que este concepto, que se corresponde con el de sujeto pasivo, no designa al titular del bien jurídico-penal, sino a mero depositario o portador. Desde nuestro punto de vista, es el Estado quien es el verdadero titular del bien jurídico-penal, pues es quien se arroga el *ius puniendi*.<sup>101</sup> Por otro lado, entendemos que, *grosso modo*, el ciudadano sólo debería percibir alguna cantidad a título de indemnización o reparación si éste se viera afectado en sus intereses netamente privados, del mismo modo que consideramos que todo lo que supere notablemente la compensación es un lucro injusto. Por lo demás, esta institución resulta altamente contradictoria con la estructura del Derecho penal y civil propia de nuestro modelo. No obstante, quizás sea el ejemplo más cercano a la pena privada en el

---

<sup>96</sup> *Id.*, *Illecito penale e riparazione del danno*, pp. 51-68, 170 y 185.

<sup>97</sup> *Ibid.*, pp. 156-157, también en “Mille e non più mille”, p. 161.

<sup>98</sup> *Id.*, “Vicende della punibilità”, p. 50. Señalando el resto de los supuestos actualmente previstos, *Id.*, “Mille e non più mille”, pp. 160-161.

<sup>99</sup> *Id.*, *Illecito penale e riparazione del danno*, pp. 154-156 y 171. También en *Id.*, “Vicende della punibilità”, p. 32.

<sup>100</sup> Sobre la cuestión, ya CESARINI SFORZA puso de manifiesto que, en caso de concurrencia de pena privada y de *risarcimento*, habría que negar una aplicación conjunta y, consecuentemente, hacer que el perjudicado u ofendido eligiese entre una u otra opción. *Id.*, “Risarcimento e sanzione”, p. 158.

<sup>101</sup> A pesar de ello, bien es cierto que en doctrina suele definirse al sujeto pasivo como “titular del bien jurídico”, de forma prácticamente unánime. Por todos, MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, pp. 228-229, y MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, pp. 245-246. No obstante, la afirmación resulta poco precisa a nuestro modo de ver. Creemos, como decimos en el texto, que en el caso del sujeto pasivo es más apropiado hablar de “portador” o “depositario” en contraste con el Estado, titular del bien jurídico-penal en virtud de su atribución del *ius puniendi*.



Derecho italiano, aunque lo cierto es que la cuestión no está del todo clara.<sup>102</sup> Por nuestra parte, ya hemos expuesto las críticas al instituto, las cuales compartimos, y nuestra posición acerca de la pena privada, tanto en lo referido a su concepto, su contenido y la (in)conveniencia de su incorporación, por lo que creemos que nuestra opinión es ya más que evidente al respecto.

Por último, quisiéramos concluir este apartado citando un supuesto en el Derecho español que viene considerado frecuentemente como pena privada. Se trata del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, consagrado en el artículo 164 TRLGSS.<sup>103</sup> Este recargo consiste en una sanción que impone la Inspección de Trabajo al empresario cuando constata que un trabajador ha resultado lesionado como consecuencia de la falta de medidas de seguridad e higiene en el centro o lugar de trabajo. Esta sanción se traduce en un incremento del 30 al 50 % de las prestaciones económicas a las que tenga derecho el trabajador y, por supuesto, las percibe este último. Además, el artículo 164.2 TRLGSS establece la responsabilidad exclusiva del empresario infractor y la nulidad de cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla. Finalmente, el artículo 164.3 TRLGSS señala la compatibilidad de esta responsabilidad con cualquier otra, incluso la penal, que pudieran derivarse de la infracción. Algunos breves comentarios al respecto. Primero, el Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el TRLGSS tiene rango de ley y, por tanto, cumple la exigencia del principio de legalidad previsto por el artículo 25.1 CE. No sería inconstitucional *prima facie*. Segundo, al ser una sanción impuesta por un organismo público, entendemos que el proceso administrativo debería estar revestido de las garantías propias del Derecho sancionador, por lo que no apreciamos rasgos de inconstitucionalidad tampoco en tal sentido. Seguramente los rasgos más criticables sean su carácter ultracompensatorio, ya que es el propio trabajador quien percibe el recargo lucrándose en exceso, así como su acumulabilidad a la sanción penal y a la responsabilidad civil. Nos remitimos a las críticas vertidas *supra*. Creemos que este no es el camino correcto.

#### d) Despenalización y penas privadas

Una última cuestión acerca del problema de las penas privadas es su estrecha relación con las tesis de contenido despenalizador. En otras palabras, hay una posición doctrinal que propone remitir una serie de ilícitos penales al Derecho civil. Este último se haría cargo de una serie de comportamientos que, tradicionalmente, se han atribuido al Derecho penal. En consecuencia, la tutela sería fundamentalmente privada. Cabría pensar que la tutela vendría a materializarse a través de la responsabilidad civil, mecanismo propio de la tutela privada. Sin embargo, esto no es exactamente así. Con el resurgimiento del protagonismo de la víctima en el Derecho penal, se propuso que la reparación no sólo consista en la satisfacción del daño causado, sino que ésta también contenga elementos

---

<sup>102</sup> En contra de que la *riparazione* sea considerada como pena o como pena privada, ROMANO, M., “Risarcimento del danno da reato”, pp. 875-876.

<sup>103</sup> *Vid., e. gr.*, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, p. 60, quien la considera “pena privada”. Por otro lado, REGLERO CAMPOS, L. F., “Conceptos generales y elementos de delimitación”, pp. 92-94 y ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, p. 16, quienes la catalogan como “daños punitivos”.

“preventivos” o “disuasorios”.<sup>104</sup> Al respecto, ya a principios de los años 90 mostraban su preocupación autores como ESER señalando que la renovación del interés por la víctima en el proceso penal podría conducir también a una reaparición de la pena privada.<sup>105</sup> El tiempo ha acabado dándole la razón. En nuestro país, SILVA SÁNCHEZ ha definido perfectamente el contenido material de estas tendencias, señalando que:

*“Más que abolir el Derecho punitivo, la tendencia que estas corrientes manifiestan es la de punitivizar el Derecho civil, a quien se atribuye, al menos en ciertos casos, la capacidad de cumplir las funciones simbólicas y de afirmación del Derecho que la prevención general positiva considera propias del Derecho penal.”*<sup>106</sup>

Lo verdaderamente preocupante es que esta punitivización del Derecho privado es ya una realidad en nuestros ordenamientos. Hemos visto *supra* algunos ejemplos, varios de ellos probablemente convincentes en cuanto a su categorización como “pena privada”, y bien pueden citarse otros más. Al respecto, también hemos hecho referencia a cómo el recurso a las penas privadas no es, por fortuna, cuestión muy frecuente en nuestro país, aunque no ocurre lo mismo en Italia.<sup>107</sup> En este punto de nuestro trabajo, entendemos que el lector ya conocerá sobradamente nuestra posición al respecto y los argumentos que, desde nuestro punto de vista, tienen mayor solvencia para explicar nuestra postura. No consideramos conveniente tener que estar continuamente parafraseando nuestro parecer, por lo que sencillamente nos remitiremos a lo expresado *supra*.

Sin embargo, no quisiéramos concluir este breve apartado sin resaltar lo siguiente: la influencia mutua entre el Derecho privado y el Derecho punitivo en el presente periodo no sólo se manifiesta en la punitivización del Derecho privado, sino también en la privatización del Derecho penal, ya que es nota característica del Derecho penal contemporáneo la desformalización y la creciente atención a la esfera netamente privada de la víctima.<sup>108</sup> Al respecto, ya planteó ROXIN que en el futuro será necesaria una re aproximación entre el Derecho penal y el Derecho civil.<sup>109</sup> No obstante, estas declaraciones deben interpretarse en el contexto jurídico del autor, es decir, el alemán, donde la separación entre ambas ramas es mucho más pronunciada, ya que se trata de un marco y de una tradición legal bien distinta al contexto latino. Centrándonos en la problemática que aquí nos ocupa, la despenalización y la huida hacia las penas privadas, no nos queda otra opción que seguir reivindicando, en primer lugar, la imperiosa

---

<sup>104</sup> A favor de esta tendencia, reconociendo funciones preventivas y represivas en las técnicas privadas DI MAJO, A., *La tutela civile dei diritti*, p. 175, GALGANO, F., “Civile e penale nella produzione di giustizia”, pp. 96 y ss y BRICOLA, F., “La riscoperta delle “pene private” nell’ottica del penalista”, p. 41.

<sup>105</sup> ESER, A., “Acerca del renacimiento de la víctima”, pp. 51-52.

<sup>106</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Medios no judiciales de reparación a la víctima”, pp. 340-341.

<sup>107</sup> En España, por todos, *vid. e. gr.* MORALES PRATS, F., “Adecuación social y tutela penal del honor”, pp. 717-724. Analizando la reforma italiana de 2016 como ejemplo concreto de despenalización y pena privada, GARGANI, A., voz “Illecito civile punitivo”, en ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO, pp. 493-496.

<sup>108</sup> Por todos, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho Penal*, pp. 76-77 y HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, pp. 174-175.

<sup>109</sup> ROXIN, C., “Pena y reparación”, p. 14. Sobre una primera introducción de los intereses de la víctima en el Derecho penal alemán, *Id.*, “Risarcimento del danno e fini della pena”, pp. 10-12. En Italia, tomando conciencia de esta mutua interrelación, aunque sin mostrar mucha preocupación al respecto, GARGANI, A., voz “Illecito civile punitivo”, en ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO, pp. 487-488.

necesidad de no renunciar a las garantías propias del Derecho sancionador, en segundo lugar, la obligatoriedad de seguir acudiendo a este último en el caso de que se pretenda castigar conductas y, en tercer lugar, la conveniencia de que la responsabilidad en tal sentido se articule frente a la colectividad y no frente al sujeto privado.

D. La función preventivo-compensatoria. El análisis económico del Derecho, los gastos preventivos y la *compensatio lucri cum damno*

Como decíamos, frente a la función explícitamente aflictiva o punitivista en sede de reparación civil, existe otra corriente de tipo disuasorio. Queremos diferenciar claramente una corriente de otra. En el primer caso, se aprecia con claridad cómo esta función desarrolla un contenido y una aplicación manifiestamente vinculada con el castigo, como hemos visto *supra* y, por tanto, diametralmente opuesta a la reparación o la compensación *stricto sensu*. En el segundo caso, es cierto que, como veremos, no se busca la compensación o la reparación estricta, sino que, por el contrario, su característica fundamental es ser “preventiva” o “disuasoria” lejos del sentido punitivo. Su finalidad principal no es la imposición de un castigo o de una consecuencia jurídica ejemplarizante, sino que ésta se identifica, más bien, con evitar y prevenir la comisión de futuros ilícitos. De nuevo, por rigurosidad intelectual y transparencia científica, nos vemos obligados a admitir que es posible que estemos altamente influenciados por los contenidos propiamente penales de “castigo”, “aflicción” o “punición”. Es posible que se nos critique en tal sentido y que se diga que nuestro punto de vista no es correcto, ya que la función de la responsabilidad civil es la reparación del daño y, en consecuencia, todo lo que se aleje de ella significa desvirtuar esta función. Es un punto de vista muy respetable. Sin embargo, no creemos que todo lo que no sea estrictamente reparación deba categorizarse como “punitivo”. A nuestro modo de ver, la prevención y la punición como tales son rasgos sancionatorios, especialmente penales. A pesar de ello, lo cierto es que el término “prevención” no parece ser de uso exclusivo del Derecho sancionatorio, aunque nosotros lo veamos así, ya que se emplea por la doctrina civilista tanto para hacer referencia a la función punitiva como a esta segunda, a la que hemos denominado “preventivo-compensatoria”. En realidad, se trata de una cuestión de matices, los cuales cuentan con un sentido propio dentro de la obra de cada autor. La terminología en este ámbito no es unívoca. Es por esa razón por la que emplearemos indistintamente los términos “disuasión”, “prevención” y derivados para poder hacer comparaciones y referencias respecto a la obra de la doctrina que, insistimos, en este apartado no vienen referidas al castigo ni a la punición.

Por otra parte, decíamos anteriormente que la función punitiva como tal es rechazada por la doctrina dominante en España. En el caso de Italia, como vimos, la cuestión era más compleja. No obstante, la situación es diferente en lo que se refiere a la función disuasoria o preventiva. Esta función no es rechazada de una manera tan concluyente. Al contrario, existe un importante debate acerca de si la responsabilidad civil debería tener otras funciones más allá de la reparatoria. En cualquier caso, la función preventiva aparece íntimamente influenciada por los postulados del análisis económico del Derecho, cuyo

mayor representante es CALABRESI.<sup>110</sup> Según esta teoría, es la propia sociedad la que debe asumir los riesgos o daños de la actividad peligrosa, a través de mecanismos económicos del mercado, como por ejemplo incorporando el valor del riesgo en el precio final del producto para prevenir las indemnizaciones en caso de producción del daño. Se argumenta que la materialización de estos postulados procura utilidad social al fomentar una asignación más eficiente de los recursos económicos ya que, de otra forma, los costes sociales, incluidos los daños potenciales, superan los beneficios sociales, por lo que se defiende la necesidad de reducir estos costes. En consecuencia, la función de la responsabilidad civil no debe ser únicamente resarcitoria, sino que debe ser preventiva o, por el contrario, sería una institución ineficiente en la asignación de los mencionados recursos.<sup>111</sup> Respecto a esta pretendida función, la doctrina está visiblemente dividida. Por ejemplo, de una parte, hay quienes la admiten, pero con matices, como ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL, quienes consideran que esta finalidad no es en absoluto incompatible con un sistema básicamente resarcitorio.<sup>112</sup> De otra parte, otros autores como SALVADOR CODERCH y CASTIÑEIRA PALOU consideran que la prevención debería plantearse como la función principal de la responsabilidad civil.<sup>113</sup> Por el contrario, otros autores rechazan toda función que no se traduzca en un contenido estrictamente resarcitorio.<sup>114</sup> A pesar de esta división de posturas, más allá del debate doctrinal, lo cierto es que, nuevamente, encontramos ejemplos legislativos concretos que cristalizan estos planteamientos preventivo-compensatorios. Por ejemplo, los supuestos de “gastos preventivos”, que son aquellos que se realizan para evitar o atenuar la producción de un daño inminente. Nótese que el daño, como tal, aún no habría acontecido. En el caso de España, la Ley 12/2011, en materia de responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radioactivos, señala como “daño nuclear” y, por tanto, quiere decir que es indemnizable, “*el coste de las medidas preventivas y cualquier pérdida o daño causado por tales medidas*”. En todo caso, para que tales gastos preventivos sean resarcidos deberá concurrir un requisito de razonabilidad, es decir, que la probabilidad de su materialización y la entidad de tales daños justifiquen el gasto en que se haya incurrido.<sup>115</sup>

---

<sup>110</sup> Fundamental para conocer los postulados del análisis económico del Derecho CALABRESI, G., *The costs of accidents*.

<sup>111</sup> Claramente en contra de estos planteamientos, señalando que la regla del “*alterum non laedere*” ya resulta socialmente útil, PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual”, pp. 173-174.

<sup>112</sup> ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, p. 15. En el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, señala que la función principal es la reparatoria, aunque admite también la función preventiva o disuasoria, MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial de la administración*, pp. 144 y ss.

<sup>113</sup> SALVADOR CODERCH, P. y CASTIÑEIRA PALOU, M. T., *Prevenir y castigar*, p. 117. En Italia, rechazando la función punitiva, pero señalando que la función de la responsabilidad civil es preventiva, por todos, BIANCA, C. M., *Diritto civile*, pp. 556-557.

<sup>114</sup> Por todos, DÍEZ-PICAZO, L., “La responsabilidad civil hoy”, p. 734, PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Comentario al artículo 1.902”, pp. 1971-1973 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, pp. 59-62,

<sup>115</sup> *Vid.*, art. 3, h) 6º Ley 12/2011, y REGLERO CAMPOS, L. F., “Conceptos generales y elementos de delimitación”, p. 108.

En realidad, el ejemplo más célebre de la función preventivo-compensatoria es, posiblemente, la absorción de ganancias o *compensatio lucri cum damno*. Quizás este supuesto no esté tan visiblemente relacionado con el análisis económico del Derecho como los “gastos preventivos”, pero, como decíamos, no se basa en la intimidación o el castigo *stricto sensu* y, además, tiene unos rasgos disuasorios muy pronunciados, por ello hacemos un tratamiento conjunto. Su sentido fundamental es evitar que sea más rentable incurrir en responsabilidad civil que no hacerlo. Para ello, se pretende identificar el daño causado (y, por tanto, la cantidad que deberá abonarse en concepto de reparación) con los beneficios obtenidos por el causante a través del ilícito. La función preventiva de la responsabilidad civil en estos casos desplaza la función resarcitoria a un segundo plano de una forma evidente, ya que el lucro obtenido a través del ilícito no tiene por qué coincidir con el daño efectivamente causado al perjudicado. No obstante, es importante remarcar que este modelo compensatorio sólo se apreciaría en aquellos supuestos en los que lucros y daños tienen un origen común y se encuentran en relación de causalidad.<sup>116</sup> Con carácter general, suele emplearse este tipo de fórmulas en materias muy concretas para evitar, como decíamos, que sea más rentable incurrir en responsabilidad civil que no hacerlo. En el Derecho español la *compensatio* cuenta con numerosas referencias legislativas. Concretamente, en materias tales como uso de patentes, marcas y propiedad intelectual, así como en la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. En este sentido, los ejemplos más representativos son el artículo 9.2 d) LO 1/1982, el 74.2 a) LP, el 43.2 a) LM y el 140.2 TRLPI.<sup>117</sup> Otro ejemplo menos conocido es el previsto por el artículo 316 c) TRLPEMM, sorprendentemente incluido en el Título IV – Régimen sancionador, Capítulo II junto a las sanciones.<sup>118</sup>

Como podemos observar, las características fundamentales de estas dos instituciones son, por un lado, su distanciamiento del daño y de la reparación *stricto sensu* y, por otro lado, la imposibilidad de catalogarlas debidamente como punitivas. Las dudas al respecto, a nuestro parecer, son múltiples. ¿Puede una norma especial desvirtuar por completo, en

---

<sup>116</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, p. 320 y VICENTE DOMINGO, E., “El daño”, pp. 405-406.

<sup>117</sup> Art 9.2 d) LO 1/1982 – “La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y, en particular, las necesarias para: d) La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos.” Art 74. 2 a) LP – “Para fijar la indemnización por daños y perjuicios se tendrán en cuenta, a elección del perjudicado: a) Las consecuencias económicas negativas, entre ellas los beneficios que el titular habría obtenido previsiblemente de la explotación de la invención patentada si no hubiera existido la competencia del infractor o alternativamente, los beneficios que este último haya obtenido de la explotación del invento patentado. En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico.” Art 43.2 a) LM – “Para fijar la indemnización por daños y perjuicios se tendrá en cuenta, a elección del perjudicado: a) Las consecuencias económicas negativas, entre ellas los beneficios que el titular habría obtenido mediante el uso de la marca si no hubiera tenido lugar la violación o, alternativamente, los beneficios que haya obtenido el infractor como consecuencia de la violación.” Art 140 2. a) TRLPI – “La indemnización por daños y perjuicios se fijará, a elección del perjudicado, conforme a alguno de los criterios siguientes: a) Las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita.”

<sup>118</sup> Art. 316 c) TRLPEMM – “Cuando los daños fueran de difícil evaluación, la Autoridad Portuaria o Marítima tendrá en cuenta para fijar la indemnización los siguientes criterios, debiendo aplicar el que proporcione el mayor valor: a) Coste teórico de la restitución y reposición; b) Valor de los bienes dañados; c) Beneficio obtenido por el infractor con la actividad ilegal.”

ciertos casos muy específicos, el planteamiento general de una institución? En el caso de los gastos preventivos, son indemnizables las medidas preventivas y el daño causado por tales medidas, pero ¿cuál es el daño efectivamente causado por el agente? ¿cuál es su título de imputación? Como veremos *infra*, en casos de responsabilidad objetiva se responde, sin necesidad de dolo o culpa, por la mera constatación de un daño, pero ¿qué daño se ha causado en este supuesto? Por otra parte, en el caso de la *compensatio*, ¿coincide siempre y en todo caso el daño efectivamente causado con el lucro obtenido? Pongamos un ejemplo, una persona toma, sin ningún tipo de consentimiento y saltándose la legalidad, una fotografía íntima de alguna celebridad y una conocida revista la publica en su editorial. ¿El lucro obtenido por el fotógrafo o, mejor, por la revista es realmente el daño que se ha causado a la referida celebridad? Personalmente, tenemos nuestras reservas al respecto. La doctrina civilista ha señalado que este tipo de supuestos se resolvían tradicionalmente a través del enriquecimiento sin causa.<sup>119</sup> Sin embargo, el mayor problema aquí es que sea el propio perjudicado quien se beneficie del lucro obtenido por el causante. A pesar de todo, cabe decir que no es una regla absoluta, sino que debe aplicarse paralelamente con otras reglas de cuantificación del daño. Téngase en cuenta, por ejemplo, un supuesto en el que el lucro obtenido no supere, por la razón que sea, el daño efectivamente causado. Por ello, el referido lucro suele insertarse como una de las posibles medidas de cuantificación y/o reparación del daño y no como una regla general.

Esta misma problemática, de apreciarse en sede penal tras la constatación de un delito quizás no revista *prima facie* gran complejidad, pues, por un lado, a través de institutos como el decomiso, se apartan del patrimonio del causante las cantidades ilícitamente obtenidas y, por otro, no se permitiría que fuese el perjudicado quien se enriqueciese más allá del daño efectivamente causado. Parece ser ésta una solución razonable. Sin embargo, la cuestión no termina aquí, sino que en sede penal se complica mucho más. De nuevo sobre el caso del *paparazzi*, la revista y la celebridad. De apreciarse un delito, ¿debería el juez penal aplicar el artículo 9.2 d) LO 1/1982 o las normas del Código Penal? Parece evidente, a nuestro modo de ver, que, en virtud del criterio de la especialidad, debería aplicar el Código Penal. Pero ¿y si nuestra celebridad se reserva la acción civil y la ejecuta en esta vía? ¿Debería el juez civil aplicar la LO 1/1982 o el Código Penal? Más allá de esta cuestión, fuera de este último supuesto claramente delictivo, ¿qué ocurre en los casos en los que no se puede aplicar un embargo o decomiso, por ejemplo, por inexistencia de cobertura penal del hecho, de falta de pruebas o, sencillamente, que no se aprecie la comisión de un delito? ¿debe seguir permitiéndose ese lucro injusto a nivel civil? ¿es suficiente la doctrina del enriquecimiento sin causa para responder satisfactoriamente ante estos hechos? ¿debe el perjudicado ser el legítimo titular de ese interés económico generado, no lo olvidemos, por quien se ha lucrado en primer lugar? Lo cierto es que, en este punto, no tenemos una posición clara al respecto y, en consecuencia, sencillamente quisiéramos dejar la cuestión aquí anotada por compromiso investigador. Creemos que

---

<sup>119</sup> Por todos, REGLERO CAMPOS, L. F., “Conceptos generales y elementos de delimitación”, p. 107 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, p. 60.,

es nuestra obligación dejar constancia de que hay un debate abierto y unas normas positivas que recogen esta realidad. Es posible que quizás sea una cuestión que deba decidirse en sede de Derecho civil, más que en sede penal. No obstante, creemos que, a pesar de todo, no está excluido totalmente el interés de esta última rama del Derecho sobre la cuestión.

En conclusión con la materia expuesta en este apartado, no podemos señalar firmemente que la función de la responsabilidad civil siga siendo exclusivamente restaurativa, ya que esta realidad está siendo muy seriamente cuestionada y existen ejemplos normativos concretos que reexaminan tales postulados. Por nuestra parte, aunque no tenemos una posición firme respecto a esta cuestión, seguimos siendo defensores de una función eminentemente resarcitoria o reparatoria de la responsabilidad civil.

#### 4.3. Un breve apunte sobre la corrección del término “sanción civil” en el Derecho español

##### A. Planteamiento de la cuestión. Nociones etimológicas

Finalmente, antes de terminar con la problemática de la función punitiva o preventiva *stricto sensu* en la responsabilidad civil, hay una cuestión cuya aclaración nos resulta de interés terminológico. Se trata del vocablo “sanción”, que parece tener significados diferentes en español e italiano. Desde el punto de vista etimológico también se observa cierta opacidad que puede conducir a importantes equívocos. De una parte, el verbo latino *sancio, -ire, sanxi, sanctum* tiene la traducción directa de hacer o convertir algo en inviolable por medio de un acto religioso, consagrar, hacer irrevocable, prescribir o promulgar, mientras que el sustantivo *sanctio, -onis* indicaría la acción de sancionar, o bien haría referencia a la sanción impuesta por la ley, pena o castigo.<sup>120</sup> En este sentido, parece ser que el verbo *sancio* tiene originariamente el significado de sacralizar algo, es decir, hacerlo inviolable. D’AGOSTINO asegura que es cuestión clara que *sanctio* deriva de *sancio*, y no al revés, conectando su etimología con la dimensión religiosa de la experiencia humana.<sup>121</sup> Aquello que se sanciona se hace *sanctum* o *sanctus*, algo que es preciso atender y acatar.<sup>122</sup> En un sentido más legalista, significaría la incorporación de una norma al acervo jurídico y, por tanto, su sacralización, en cuanto a que deberá ser debidamente observada. Sin embargo, lo cierto es que nosotros consideramos que el contenido del término sanción iría erosionándose con el paso del tiempo hasta dar lugar a la acción y al efecto de confirmar la legitimidad de la norma frente a los transgresores, ya que, de otra forma, no se explican convincentemente los significados actuales del término.

Efectivamente, encontramos que una de las acepciones actuales del término “sancionar” o “sanzionare” es, tanto en español como en italiano, promulgar una disposición

---

<sup>120</sup> NUEVO DICCIONARIO ETIMOLÓGICO LATÍN – ESPAÑOL Y DE LAS VOCES DERIVADAS, voces “*sancio, -ire, sanxi, sanctum*” y “*sanctio, -onis*”, p. 683.

<sup>121</sup> D’AGOSTINO, F., voz “sanzione”, en ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO, “*Indicazioni etimologiche*”, párr. 1º.

<sup>122</sup> *Ibidem*. Igualmente, por la doctrina española, ROBLES, G., *Teoría del Derecho*, vol. 1, p. 403.

legislativa. Sin embargo, centrándonos en lo que se refiere a la acepción de tales términos como consecuencia jurídica, los matices cambian. De una parte, el vocablo en español tiene cierto cariz aflictivo o punitivo ya en el lenguaje ordinario. La Real Academia Española define “sancionar” como “aplicar una sanción o castigo a alguien o algo”, y “sanción” como “pena que una ley o un reglamento establece para sus infractores”.<sup>123</sup> Por su parte, el término “sanzione” en italiano viene más bien referido a la medida predisuelta por el ordenamiento, es decir, a la consecuencia jurídica de un hecho *lato sensu*, sin matices punitivistas.<sup>124</sup> Al respecto, nos resulta interesante constatar cómo en la definición se hace referencia a que puede tener un contenido negativo, es decir, de punición, o positivo, de premio, así como el matiz final de, particularmente, “efecto desfavorable”, que a pesar de todo no es excluyente del sentido positivo. Lo interesante de estos matices es que, de alguna forma, han trascendido el lenguaje ordinario para calar en el lenguaje jurídico. O viceversa. La cuestión es que resulta habitual encontrar doctrina italiana que hace referencia a la *sanzione* como consecuencia jurídica prevista por el ordenamiento. Por el contrario, entre la doctrina española más actual, hasta donde se ha podido comprobar, el término “sanción” viene empleado fundamentalmente para designar la consecuencia jurídica aflictiva o punitiva. La única excepción a esta realidad patria es en el ámbito de Filosofía y Teoría del Derecho, muy respetuosa con la etimología del término y cercana a la terminología italiana.<sup>125</sup>

#### B. Dos posiciones de interés. BOBBIO y PADOVANI

En lo que se refiere al estudio de las sanciones como contenido de la Teoría del Derecho, BOBBIO es, sin duda, uno de los autores recientes más influyentes en este sentido. Así, este autor definió la sanción en una de sus obras principales como “la respuesta a la violación”, y diferenció tres tipos, la sanción moral, la social y la jurídica.<sup>126</sup> La sanción moral es puramente interior y su consecuencia directa es el arrepentimiento o remordimiento. Su defecto principal es la carencia de eficacia, ya que no es un mecanismo idóneo para obtener que las normas sean menos violadas o que las consecuencias de su violación sean menos graves.<sup>127</sup> En segundo lugar, las sanciones sociales son externas ya

---

<sup>123</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, voces “sancionar” y “sanción” [Recurso electrónico], versión 23.4, definiciones 3ª y 1ª respectivamente.

<sup>124</sup> GRANDE DIZIONARIO DELLA LINGUA ITALIANA, voz “sanzione”, t. 17, p. 544; “*Ciascuno dei vari tipi di misure predisposte dagli ordinamenti giuridici e, in genere, dai sistemi normativi (moralì, sociali, religiosi) per rafforzare l’osservanza delle proprie norme e reagire all’eventuale inosservanza (e possono essere preventive o successive, così come possono avere un contenuto negativo, cioè di punizione, oppure anche, benché più di rado, positivo, cioè di premio; ma l’uso predominante di questa accezione del termine designa una qualche misura successiva e di contenuto negativo).* - In partic.: *ciascuno dei vari tipi di effetti giuridici sfavorevoli stabiliti dall’ordinamento giuridico in conseguenza della violazione di una propria norma.* - Anche: *una qualunque di tali misure, in quanto applicate o considerate come possibile oggetto di applicazione a un caso concreto.*”

<sup>125</sup> Por todos, PÉREZ LUÑO, A. E., *Teoría del Derecho*, pp. 163-164, quien también asocia el concepto sanción a la consecuencia jurídica prevista para el ordenamiento en casos de incumplimiento. Cfr. la concepción expuesta a principios del S. XX por AMBROSIO, T., voz “sanción”, en ENCICLOPEDIA JURÍDICA ESPAÑOLA, pp. 776-777, incorporando todas las definiciones mencionadas: “*SANCIÓN (1). Del latín *sanctio, onis*. Establecimiento ó ley. Acto solemne por el que se autoriza ó confirma cualquiera ley ó estatuto. La pena que establece la ley al que la infringe. La recompensa que otorga al que la observa*”.

<sup>126</sup> BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, pp. 119 y ss.

<sup>127</sup> *Ibid.*, pp. 120-122.



que provienen de otros, individualmente o como grupo social. Además, presentan diferentes grados: desde la reprobación hasta el linchamiento, pasando por el destierro, la expulsión y el aislamiento. Nuestro autor no duda de su eficacia, pero les achaca graves defectos, como son la desproporción entre la violación y respuesta, ya sea por exceso o escasez, la incertidumbre de su resultado, la inconstancia de su aplicación y su no institucionalización.<sup>128</sup> Por último, se encontraría la sanción jurídica, caracterizada por ser externa e institucionalizada.<sup>129</sup> En una contribución posterior, BOBBIO definió la *sanzione giuridica* en dos sentidos, como aprobación de una ley y como indicación de algunas medidas predisuestas por el ordenamiento jurídico para reforzar la observancia de las normas propias y, eventualmente, para poner remedio a los efectos de la inobservancia.<sup>130</sup> En esta línea, es interesante resaltar que la doctrina especializada en la obra de BOBBIO ha puesto de manifiesto que a este autor se le atribuye rescatar el tema de las sanciones positivas o función premial o promocional del Derecho, ya que desde BENTHAM este contenido se había considerado irrelevante, sobre todo desde el punto de vista del imperativismo.<sup>131</sup>

Por lo expuesto, para BOBBIO la sanción es un mecanismo de control social en sentido amplio, haciendo referencia a algunas medidas previstas por el ordenamiento, no a todas. Según este autor, la totalidad de las medidas se dividen en preventivas y sucesivas. A su vez, su contenido puede ser tanto una orden, medidas positivas, como una prohibición, medidas negativas.<sup>132</sup> En lo que se refiere a las medidas preventivas, éstas serían naturalmente consideradas como aquellas previstas antes de que la violación se verifique. Además, se dividen en dos categorías, de una parte, las medidas preventivas de vigilancia, como los medios de control o incluso los coactivos, por ejemplo, el impedimento material,<sup>133</sup> y de otra, las medidas preventivas de desaliento o de motivación, que presentan un medio de tutela más bien psicológico. El ejemplo más básico en el segundo caso sería la representación o conminación de una consecuencia desagradable o de algún premio. Este último tipo de medidas preventivas se dividen, a su vez, en dos categorías: medidas de disuasión, consistentes en consejos, recomendaciones o sugerencias, y medidas de intimidación, consistentes en órdenes, advertencias o prescripciones. En tal sentido, BOBBIO señala expresamente que únicamente la medida de intimidación puede considerarse, a su modo de ver, como sanción. En el ámbito jurídico tales medidas de

---

<sup>128</sup> *Ibid.*, pp. 122-124.

<sup>129</sup> *Ibid.*, pp. 124.

<sup>130</sup> *Id.*, voz “sanzione”, en NOVISSIMO DIGESTO ITALIANO, p. 530. Aunque ya anteriormente, de forma parecida, TAPIA, A., voz “sanción”, en ENCICLOPEDIA JURÍDICA ESPAÑOLA, P. 776-777, “SANCIÓN (1). Del latín *sanctio, onis*. Establecimiento ó ley. Acto solemne por el que se autoriza ó confirma cualquiera ley ó estatuto. La pena que establece la ley al que la infringe. La recompensa que otorga al que la observa.”

<sup>131</sup> LARA CHAGOYÁN, R., *El concepto de sanción en la teoría contemporánea del Derecho*, p. 266. Sin embargo, esta función meritoria también se había hecho valer, entre otros, por KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, p. 35 y, posteriormente, JHERING, R. V., *El fin en el Derecho*, pp. 139-141 había defendido la necesidad de retornar al antiguo Derecho premial romano.

<sup>132</sup> De la misma opinión, D’AGOSTINO, F., voz “sanzione”, en ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO, “Ontofenomenologia della sanzione”, párr. 6º, ROBLES, G., *Teoría del Derecho*, vol. 1, p. 404 y ROCA, V., “Ilícito, responsabilidad y sanción”, p. 104 y 108, aunque matizan que este nombre generalmente designa al castigo, categoría en la que se encuadraría, a su modo de ver, la “sanción civil”.

<sup>133</sup> BOBBIO, N., voz “sanzione”, en NOVISSIMO DIGESTO ITALIANO, p. 531-532.

intimidación se incorporan al ordenamiento a través de normas técnicas, prescriptoras del comportamiento que se censura o se recompensa.<sup>134</sup> La característica fundamental de este último subgrupo es que consisten en meras conminaciones o amenazas.

El segundo bloque de medidas estaría constituido por las medidas sucesivas o *post factum*, es decir, aquellas que intervienen después de que la acción o la omisión se haya realizado o no. Se dividen, nuevamente, en medidas retributivas, que serían aquellas que intercambian el bien por el bien, por ejemplo, en el caso de un premio o recompensa, o el mal por el mal, en el supuesto de la pena para el delito, y en medidas reparatorias, consistentes en eliminar o atenuar las consecuencias de la transgresión de la norma. Por su parte, las medidas retributivas pueden ser de muchas clases en función de qué bien resulte afectado, por ejemplo, económicas, sociales, jurídicas o de *status*.<sup>135</sup> Del mismo modo, tampoco hay un catálogo cerrado o clasificación exacta de medidas reparatorias, aunque queda claro que el *risarcimento del danno* queda encuadrado dentro de ellas, pues es citado expresamente.<sup>136</sup> Junto a todas estas medidas, BOBBIO reconoce una última categoría, las medidas sanatorias, encargadas de eliminar las consecuencias ilegales del acto, creando las condiciones necesarias para su legalización. Entrarían dentro de esta categoría la nulidad y la anulabilidad a título de ejemplo, que se caracterizan por ser declaraciones de inobservancia de los requisitos formales, bien diferenciadas de la represión y de la reparación.<sup>137</sup> En congruencia con lo expuesto, BOBBIO expone que únicamente serían consideradas como sanciones las medidas intimidatorias, retributivas y reparatorias, excluyendo expresamente como tales las medidas preventivas de vigilancia y disuasión, así como las sanatorias.<sup>138</sup> Del mismo modo, acaba definiendo nuevamente la sanción como mecanismo de refuerzo de la observancia de la norma a través de la respuesta o reacción que el propio sistema normativo establece a favor del cumplidor y en contra del incumplidor.<sup>139</sup>

De entre todos los penalistas italianos, PADOVANI, en una conocida contribución, expuso su concepto de sanción jurídica como consecuencia negativa prevista e impuesta por la violación de un deber de abstención o una obligación de actuar.<sup>140</sup> Así, distingue entre las sanciones procedentes de la inobservancia de una norma que impone gravámenes o cargas, y las sanciones derivadas de inobservancia de normas de obligación o deber. En el primer tipo, las normas consisten en la prescripción de un comportamiento específico sin el cual no se puede alcanzar el efecto deseado, y sus correspondientes sanciones son

---

<sup>134</sup> *Ibid.*, p. 532-533. Desarrollando la función premial, *Ibid.*, pp. 533-534.

<sup>135</sup> *Ibid.*, p. 534.

<sup>136</sup> *Ibid.*, p. 535. Aunque nuestro autor separa *risarcimento*, para cuando el daño sea traducible en dinero, de la *compensazione*, en caso contrario.

<sup>137</sup> *Ibid.*, pp. 532 y 535-536.

<sup>138</sup> Aunque respecto a esta última confiesa que hay importante división en la doctrina, *Ibid.*, p. 536. No obstante, de esta misma opinión, con anterioridad, CESARINI SFORZA, W., “Risarcimento e sanzione”, p. 152.

<sup>139</sup> BOBBIO, N., voz “sanzione”, en NOVISSIMO DIGESTO ITALIANO, p. 537. También negando el carácter sancionador a las normativas relacionadas con la nulidad D’AGOSTINO, F., voz “sanzione”, en ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO, “Sanzione e nullità”, párr. 1º. Sin embargo, con matices, ROBLES, G., *Teoría del Derecho*, vol. 1, p. 408.

<sup>140</sup> PADOVANI, T., “Lectio brevis sulla sanzione”, pp. 55-56.

de tipo reintegratorio. El ejemplo citado es la necesidad de hacer testamento para disponer de los propios bienes *mortis causa*. Dentro de este grupo, además, se encuadrarían las sanciones premiales, como las exenciones y deducciones fiscales, en las que el ordenamiento pretende obtener un comportamiento cierto en virtud de un resultado favorable para el sujeto. Ambas sanciones, reintegratoria y premial, son una técnica de control social de las actividades intrínsecamente lícitas, pues no violan ninguna obligación o deber jurídico en cuanto tal. Igualmente, son disciplinadas en su modo de ejecución por el propio ordenamiento. La coercitividad es inmediata, ya que la aplicación de su sanción realiza el interés que beneficia o afecta al sujeto.<sup>141</sup> En el segundo tipo, en el caso de normas de obligación o deber, es la propia norma la que fija los extremos de la conducta, y sus resultados aparecen evaluados como intrínsecamente negativos, por lo que se establece una reacción del ordenamiento. En función de cómo se reaccione, estaremos ante una sanción restitutoria, consistente en la restauración de la situación jurídica anterior a la comisión del ilícito,<sup>142</sup> o ante una sanción punitiva, que afecta a algún bien jurídico del responsable diferente al que éste haya ofendido.<sup>143</sup> Dos pequeños matices, en relación con la primera, hay una subespecie, las sanciones resarcitorias, en las cuales la restauración del *status quo ante* ocurre a través del equivalente económico, normalmente por imposibilidad de un restablecimiento en forma específica, como en el caso de las lesiones personales, de muerte o destrucción de la cosa.<sup>144</sup> En relación con la segunda, ésta se traduce en la aflicción de un mal, y no tiene ningún componente restaurativo, ni siquiera simbólico.<sup>145</sup> Por último, señala expresamente PADOVANI que las sanciones punitivas se utilizan en todas las ramas del ordenamiento, cada una con su cualificación particular. Así, menciona expresamente como tales las sanciones punitivas penales, las sanciones punitivas administrativas, civiles y las penas privadas, la cual, señala, presentaría profundas diferencias de contenido, estructura y aplicación respecto a las demás.<sup>146</sup>

### C. Posición personal

Por nuestra parte, no coincidimos con la doctrina expuesta. Ante todo, queremos resaltar que el sentido de este epígrafe no es exponer una clasificación de todas las reacciones del ordenamiento a nivel de Teoría del Derecho, sino simplemente hacer valer la necesidad de que el término sanción se reserve para aquellas consecuencias jurídicas aflictivas o punitivas. Este apartado lo centraremos en criticar los puntos de vista expuestos y en desarrollar nuestra posición. Como decíamos, no nos resulta correcto el empleo del término sanción en un sentido amplio. Particularmente, no consideramos que sea correcto referirnos a la responsabilidad civil o a la reparación como sanción. Por el contrario, creemos que este término debe emplearse exclusivamente en el sentido que establece

---

<sup>141</sup> *Ibid.*, pp. 56-58.

<sup>142</sup> *Ibid.*, pp. 58-59. Se diferencian de las sanciones reintegratorias en que éstas no presuponen la comisión de ningún ilícito, mientras que las sanciones restitutorias se concretan en una obligación que, en ausencia de cumplimiento voluntario, se realizará coactivamente.

<sup>143</sup> *Ibid.*, p. 59.

<sup>144</sup> *Ult. Loc. Cit.*

<sup>145</sup> *Ibid.*, pp. 59-60.

<sup>146</sup> *Id.*, pp. 61-62.

nuestra propia lengua, es decir, en el punitivo o aflictivo. Dicha conceptualización resulta mucho más precisa y, además, no presenta ningún grado de ambivalencia, cosa que sí se aprecia en la concepción amplia.

En el caso de BOBBIO, este autor parte de un concepto funcionalista de sanción,<sup>147</sup> entendiéndola como mecanismo de refuerzo de la observancia de la norma a través de la respuesta que se establece desde el ordenamiento a favor del cumplidor y en contra del incumplidor. En consecuencia, buena parte de las reacciones desencadenadas a través de ese sistema ha recibido el nombre de sanción jurídica, bajo diversas clasificaciones o características. Se han englobado bajo este término diversas respuestas del ordenamiento que son, en realidad, técnicas formalizadas de control social. Sin embargo, creemos que es necesario separar, por un lado, la técnica formalizada de control social, como concepto general, y por otro, la sanción, como concepto concreto. No toda técnica de control social tiene por qué ser necesariamente sancionatoria. Por el contrario, PADOVANI parte de la tesis de que la sanción es una consecuencia negativa. Nos produce cierta perplejidad la abstracción del adjetivo que ha elegido este autor, ¿qué significa exactamente una consecuencia jurídica negativa? ¿todo lo que no beneficia o se impone coactivamente al sujeto debe considerarse negativo y, por tanto, una sanción? A juzgar por su propuesta, parece ser que sí. De nuevo, nos parece una categorización demasiado amplia. Después de haber analizado sus posturas, entendemos que ambas posiciones no terminan de separar con suficiente claridad varios caracteres fundamentales de la sanción: el control social, la coacción y la aflicción.

Centrémonos por el momento en delimitar bien estos conceptos para clarificar nuestra propuesta sobre el empleo del término sanción. En primer lugar, a raíz del planteamiento funcionalista de BOBBIO, hemos hecho mención a la necesidad de separar el concepto “control social” del concepto “sanción”. El control social sería *lato sensu* todo aquel engranaje de mecanismos formales o informales que permite mantener el orden en un grupo de personas, por ejemplo, los mecanismos religiosos, sociales, morales, económicos, etc. El abanico de instrumentos en este sentido puede llegar a ser asombrosamente amplio. En cualquier caso, el Derecho en su conjunto ya es, por sí solo, un instrumento de control social.<sup>148</sup> Consecuentemente, dentro de todas las técnicas de control social, ubicaremos a las normas jurídicas. Sin embargo, no toda norma jurídica (añadiríamos, incluso entendida como control social formalizado) tiene por qué ser necesariamente sancionatoria, entendiendo este último término en el sentido que aquí defendemos. Efectivamente, como bien señala tanto BOBBIO como PADOVANI, hay una amplia variedad de normas, cada una de ellas con su correspondiente función. Así, por ejemplo, distinguimos las normas premiales, coercitivas, reparatorias y, por supuesto, punitivas, entre otras. Sin embargo, debemos resaltar que no todas ellas son aflictivas.

---

<sup>147</sup> Expresamente, BOBBIO, N., voz “sanzione”, en NOVISSIMO DIGESTO ITALIANO, p. 537, “*Mi pare superfluo aggiungere che il punto di vista da cui ci siamo posti per illustrare il concetto di sanzione è quello funzionale*”.

<sup>148</sup> Ampliamente, sobre la problemática del Derecho y control social, por todos, *vid.*, SORIANO DÍAZ, R., *Sociología del Derecho*, pp. 317 y ss y pp. 339 y ss. Más concretamente, sobre la problemática del Derecho penal como instrumento de control social, *vid. e. gr.*, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal y control social*.

Sólo son sancionatorias una pequeña parte de la totalidad del conjunto normativo. En consecuencia, podemos decir que las normas sancionatorias son, efectivamente, instrumentos de control social, pero no toda norma, aún entendida como mecanismo de control social, es necesariamente sancionatoria.

En segundo lugar, debe separarse el concepto “coacción” del concepto “sanción” para un correcto entendimiento de este último. Desde el punto de vista jurídico, la coactividad es la previsión del uso de la fuerza para el cumplimiento de la norma a través de mecanismos orgánicos y procedimientos programados. Dicho lo cual, no quiere decir que absolutamente todas las normas sean coactivas.<sup>149</sup> Al contrario, esta coactividad se aprecia en algunos tipos de normas, por ejemplo, en las preventivas, restitutivas, reparadoras y, por supuesto, las aflictivas.<sup>150</sup> Lo más importante en este punto es subrayar que coactividad no equivale a punitividad, aunque lo punitivo sí es coactivo por definición. Son dos conceptos con contenidos muy diversos. El hecho de que el ordenamiento ejecute forzosa o coactivamente una norma no quiere decir, ni mucho menos, que ésta sea punitiva o sancionatoria. Como veíamos *supra*, la punitividad está caracterizada por la producción de un daño, perjuicio o tormento al sujeto y, en cualquier caso, es importante reseñar que toda privación de un bien no tiene por qué ser forzosamente sancionatoria.<sup>151</sup> Ahora bien, en lo que respecta a la reparación, su función es compensar las consecuencias del hecho realizado, no es castigar ni causar un mal. Por ello, aunque se imponga coactivamente, ni su función ni su carácter es aflictivo, por lo que su categorización como sanción es incorrecta. Al respecto, en nombre de la doctrina especializada en Teoría del Derecho de nuestro país, se ha pronunciado muy claramente y con gran acierto ROBLES MORCHÓN:

*“Aunque la coactividad reparadora también puede ser interpretada en determinados supuestos como impositiva de un castigo, lo que predomina en ella es la idea de reparación del daño causado. No sucede así con la coactividad aflictiva, cuya función básica es infligir un mal, con el sentido de castigo, a quien ha realizado un ilícito. Es lo característico de la coacción penal frente al sujeto que ha cometido un delito. La coacción penal se concreta en la imposición de penas por orden del juez después de un proceso en el que se ha demostrado la autoría y culpabilidad del delincuente.”<sup>152</sup>*

Una de las mayores críticas a la posición de los autores expuestos es precisamente no deslindar con claridad la coacción como característica de la norma de la aflictividad o punitividad como característica de la sanción. No obstante, en el caso de la posición de BOBBIO, lo cierto es que este autor no omite la referencia a la coacción en su obra. Sin embargo, hace de ella una caracterización particular. Señala que la coacción no es consecuencia en sí de la sanción ni se identifica intrínsecamente con ésta, sino que, tras

---

<sup>149</sup> ROBLES, G., *Teoría del Derecho*, vol. 1, p. 391 y 394-395.

<sup>150</sup> *Amplius Ibid.*, pp. 399-402.

<sup>151</sup> *Ibid.*, p. 406, citando expresamente la expropiación como institución privativa de bienes no sancionatoria, la cual, desde nuestro punto de vista, tendría más bien un carácter compensatorio, ya que deberá abonarse en todo caso el justiprecio según el imperativo constitucional del 33.3 CE.

<sup>152</sup> *Ibid.*, p. 402.

la sanción, aparece la amenaza de la coacción que puede llegar a materializarse si no se cumple voluntariamente. Desde su punto de vista, si se identifica sanción con coacción, teniendo en cuenta esta última puntualización, se restringe el ámbito de las sanciones en el Derecho a la pena y a la ejecución forzosa. Además, insiste en que el hecho de que haya un nexo entre sanción y coacción no quiere decir que las sanciones jurídicas consistan directamente en el uso de la fuerza, sino que su observancia está garantizada. Añade un último argumento para no restringir demasiado el nexo entre sanción jurídica y coacción, que es la circunstancia de que no todos los actos coactivos son sanciones, como por ejemplo la expropiación o el internamiento en un manicomio. En su opinión, el nexo entre sanción y coacción no está en el hecho de que las sanciones jurídicas sean todas coactivas o que todos los actos jurídicos coactivos sean sanciones, sino en la constatación de que el aparato coactivo del Derecho tiende a impedir la ineffectividad del ordenamiento castigando la inobservancia de las obligaciones primarias con actos de fuerza e impidiendo o neutralizando con la fuerza los efectos del incumplimiento de obligaciones secundarias, las cuales constituyen la mayor parte de las sanciones.<sup>153</sup> Por nuestra parte, nosotros somos partidarios de la concepción de coacción realizada *supra*. Sin embargo, es conveniente realizar algunos matices. En primer lugar, BOBBIO señala, con gran acierto, que la sanción no se identifica intrínsecamente con la fuerza en todo caso y ya desde un primer momento, sino más bien que su observancia está garantizada a través de la amenaza del cumplimiento coactivo. En otras palabras, que se diga que la sanción sea coactiva, no quiere decir que ésta sea coactiva desde un primer momento, sino que, por el contrario, significa, precisamente, que su observancia está garantizada. En el concreto caso de la pena o la sanción administrativa, éstas no tienen por qué ser coactivas desde el primer momento, ya que en múltiples ocasiones hay cierto margen para que el sujeto cumpla voluntariamente, se ponga a disposición del juez, ingrese en prisión, etc. Se trata, por tanto, de una característica formal. De otra parte, PADOVANI hace una referencia expresa a la coacción, aunque ciertamente fugaz. De su postura parece extraerse que la coacción es característica de su concepto amplio de sanción.

En tercer lugar, la característica fundamental de la sanción es la aflictividad. Se trata de una consecuencia jurídica prevista por el ordenamiento destinada a infligir un mal al sujeto. De una parte, hemos podido comprobar que BOBBIO no realiza tratamiento alguno de esta característica, sino que, por el contrario, se centra en desarrollar un concepto funcionalista de sanción desde el punto de vista de la Teoría del Derecho. De otra, PADOVANI sí realiza mención a esta característica, la cual entiende presente en su concepto de “sanción punitiva”. Este tipo de sanción se caracterizaba, recordemos, por la aflicción de un mal, sin componente restaurativo alguno. Sin embargo, este autor puntualiza una cuestión más. Asegura que este tipo de sanciones se utilizan en todas las ramas del ordenamiento, citando expresamente las sanciones punitivas penales, las sanciones punitivas administrativas, civiles y las penas privadas. Esta última aclaración nos resulta altamente criticable. No creemos que las sanciones se utilicen en todas las ramas del ordenamiento, por el contrario, más bien podría defenderse que todas las ramas serían coactivas. Igualmente, las sanciones sólo estarían presentes en aquellas ramas que

---

<sup>153</sup> BOBBIO, N., voz “sanzione”, en NOVISSIMO DIGESTO ITALIANO, p. 538.

tienen asignada la función de castigo, particularmente el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. No nos resulta apropiado hacer referencia a la sanción civil ni a la categoría de pena privada. En este sentido, por parte de PADOVANI, habría sido conveniente que justificase por qué todas las ramas del ordenamiento contienen sanciones punitivas y que, asimismo, aportase algunos ejemplos concretos. Nos reafirmamos en nuestra postura al respecto.<sup>154</sup>

Desde nuestro punto de vista, es inconcebible, como hemos podido desarrollar *supra* y concluimos aquí, denominar sanción a aquello que no es estrictamente aflictivo. No cabe hablar de “sanción civil” o “sanción premial” con propiedad.<sup>155</sup> La sanción jurídica es negativa, aflictiva o punitiva por definición. En ella, además, concurren los requisitos de categorización como mecanismo de control social formalizado y de coactividad. Al respecto, bien podría rebatirse nuestra postura señalando que emplear el término “sanción” en el mismo sentido que *sanzione* en lengua italiana resulta mucho más respetuoso con el sentido etimológico y que, por tanto, resulta más apropiado que la concepción que aquí se defiende. Creemos que este argumento no tiene ninguna solidez, ya que la etimología resulta anterior a la partición de funciones entre las distintas ramas del ordenamiento. *Rebus sic stantibus*. Es necesario adaptar el lenguaje a la realidad y no, por el contrario, adaptar la realidad al lenguaje. Igualmente, hablar de la sanción como mecanismo general de tutela del cumplimiento o del incumplimiento, así como de sanciones positivas y negativas, no hace más que complicar la cuestión, aunque sea a nivel de Teoría General del Derecho y no a nivel civil o penal. Es probable que quien escribe se encuentre influenciado por la doctrina penalista y por las connotaciones punitivistas del término en su lengua materna, diferentes de su sentido etimológico y del Derecho italiano como hemos resaltado. Sin embargo, lo cierto es que los puntos de vista aquí examinados parten de un concepto demasiado amplio de sanción. Es más, teniendo en cuenta la polivalencia del término *sanzione* en italiano (y, también, como decíamos, en Teoría del Derecho), realmente no se ha aportado ningún rasgo definitorio de las instituciones jurídicas a las que se le adjudica tal noción. Hemos de hacer valer que manejar un concepto amplio de sanción conduce a una serie de equívocos que acaban

---

<sup>154</sup> Del mismo modo, esta crítica es trasladable a ROBLES MORCHÓN, quien, a pesar de diferenciar entre reparación y castigo, menciona la sanción y la multa civil. Textualmente, “*Las sanciones del ordenamiento estatal pueden ser civiles, administrativas y penales*”, *Id.*, *Teoría del Derecho*, vol. 1, p. 413. Igualmente, “*las multas de dinero son sanciones que se aplican lo mismo en el campo penal que en el administrativo y en el civil. Lo único que diferencia a las primeras respecto de estas últimas es su carácter infamante*”, *Ibid.*, p. 407. A lo largo del capítulo, cita diversas sanciones administrativas y penales correctamente, pero no menciona ninguna multa o sanción civil, lo cual nos produce gran desconcierto, máxime cuando separa con gran claridad la reparación coactiva de la coacción penal.

<sup>155</sup> *Cfr.* las referencias a la responsabilidad civil “pura” o *ex delicto* como “sanción civil”, “sanción jurídica”, “sanción pecuniaria” o “sanción reparatoria” en las obras de BARRIO Y MORAYTA, L., voz “Indemnización”, en ENCICLOPEDIA JURÍDICA ESPAÑOLA, p. 941-942, QUINTANO RIPOLLÉS, A., “La “acción tercera” o “cuasicriminal”, pp. 937-938, GÓMEZ ORBANEJA, E., “La acción civil de delito”, p. 185, ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, pp. 644 y 646 y DÍAZ VALCÁRCEL, L. M., “Responsabilidad civil derivada del delito (Segunda Parte)”, pp. 18-19. Más recientemente, *vid.* idénticas referencias en las obras de QUERALT JIMÉNEZ, J. J., “De algunas bases del Derecho penal español”, pp. 308-309, MORILLAS CUEVA, L., *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, p. 137, BUSTOS RAMÍREZ, J. J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho Penal*, vol. 1, p. 235 y CONDE-PUMPIDO FERREIRO “La responsabilidad civil *ex delicto*”, p. 936.

desvirtuando, erosionando y, finalmente, modificando el contenido del propio término, con la consecuencia directa de su afectación a la totalidad del ordenamiento. Véase, precisamente, el caso italiano. Creemos que uno de los factores que más ha influido a la hora de defender e incluso otorgar al *risarcimento del danno* funciones punitivas ha sido la falta de precisión terminológica del lenguaje. No en vano, tal institución es frecuentemente definida como *sanzione civile*, véase por ejemplo el propio Código Penal italiano. Desde un concepto tan abierto de sanción cabe otorgar tal función. Ya sea desde la aproximación realizada por BOBBIO, o la de PADOVANI, se corre el riesgo de acabar incorporando al vocabulario jurídico general un término ambivalente falto de muchos matices. Consideramos especialmente criticables ambas posturas no sólo por la referida amplitud y por la falta de precisión del término, sino porque creemos especialmente conveniente, por un lado, cualificar suficientemente a la sanción con las características mencionadas (técnica de control social, coactiva y aflictiva) para distinguirla del resto de consecuencias jurídicas, y por otro, para que, a través de esta cualificación, se evite punitivizar instituciones no aflictivas por medio del lenguaje. En tal sentido, para nombrar aquello a lo que los autores quieren hacer referencia es más correcto emplear los términos consecuencia jurídica, reacción o respuesta del ordenamiento. Dan lugar a menos equívocos y son vocablos suficientemente amplios como para abarcar consecuencias negativas o positivas.

Finalmente, y en congruencia con el punto de vista aquí expresado, quisiéramos dejar constancia de nuestro descontento con una expresión, muy estrechamente relacionada con el contenido de este apartado, que se encuentra recogida en el Código Penal español. En el artículo 34, el legislador señala que no se reputarán penas “3. *Las privaciones de derechos y las sanciones reparatoras que establezcan las leyes civiles o administrativas*”. Si bien materialmente el contenido del Código es acertado, pues, con buen criterio, estipula que las “sanciones reparatorias” no se consideren penas, lo cierto es que dicha expresión resulta muy desafortunada. Sería preferible cambiarla por un concepto que exprese mayor concordancia con su contenido material, como por ejemplo “condenas reparatorias” o “resarcitorias”, “reparaciones”, “indemnizaciones”, etc. A pesar de todo, resulta la expresión más afortunada que se ha tenido nunca si se compara con la contenida en los Códigos Penales del último siglo.<sup>156</sup>

## 5. La cuestión del nacimiento.

Otra de las grandes diferencias entre la responsabilidad civil y la responsabilidad penal es su *causa efficiens*, es decir, el presupuesto material cuya constatación genera el nacimiento de la obligación de responder. Dada la intrínseca complejidad de la materia, teniendo en cuenta que estudiamos ambas responsabilidades a la vez, vamos a dividir este apartado en dos partes por claridad expositiva. En primer lugar, haremos una aproximación general a los presupuestos del nacimiento de cada una de las responsabilidades, para extraer unas nociones fundamentales que nos permitan resaltar sus diferencias más básicas. En segundo lugar, habiendo expuesto los rasgos más

---

<sup>156</sup> Vid., art. 26 CP 1973, 1963, 1944, 1932 y art. 86 CP 1928: “No se reputarán penas: (...) 4ª *Las privaciones de derechos y las reparaciones que en forma penal establezcan las Leyes civiles*”.



característicos de cada uno de los sistemas, procederemos a un análisis más detallado contrastando los elementos propios de cada responsabilidad.

### 5.1. Nociones básicas sobre el nacimiento de la responsabilidad penal

Decíamos anteriormente que la responsabilidad penal surge con la constatación del delito en sentido material, compuesto, a su vez, por el desvalor de acto y el desvalor de autor. Esta abstracta aproximación político-criminal culmina en la teoría del delito en cuanto a acción, típica, antijurídica, culpable y punible, que se configura como un presupuesto mucho más científico y con mayor nivel de detalle que el concepto material de delito, al menos en lo que se refiere al nacimiento de la responsabilidad penal. Sin embargo, creemos conveniente centrarnos en este último concepto para consolidar los contenidos más básicos en esta primera aproximación. En consecuencia, partiendo del concepto material de delito, de una parte, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico se configura como el elemento principal del desvalor de acto y, por tanto, de la intervención formal del Derecho penal. Sin embargo, para que nazca la responsabilidad penal es necesario no sólo que se afecte a un bien jurídico sino también que se pueda “desvalorar” al autor. En tal sentido, el principio de culpabilidad es el elemento fundamental. Ambos criterios de ofensividad o afectación al bien jurídico y principio de culpabilidad son los principales elementos que expone la doctrina mayoritaria para explicar el nacimiento de la responsabilidad penal, al menos desde un punto de vista político-criminal abstracto. En consecuencia, dividiremos la exposición de la problemática de acuerdo con estos dos fundamentos. Primero, expondremos el estado de la ciencia respecto a la doctrina del bien jurídico y, segundo, estudiaremos el principio de culpabilidad y sus consecuencias jurídicas.

#### A. Introducción general a la problemática del bien jurídico-penal

En el caso del Derecho penal, a éste se le confía, *lato sensu* y con base en una posición doctrinal amplia, la protección de bienes jurídicos.<sup>157</sup> Como veremos, se trata de un término que presenta un contenido muy relativo y abstracto que, sin embargo, no deja de ser una de las problemáticas fundamentales del Derecho penal. Por ello, nos resulta muy ilustrativa una división que nos propone MIR PUIG, señalando que el concepto de “bien jurídico” puede emplearse en dos sentidos. De una parte, en un sentido político-criminal, en cuanto al objeto que puede reclamar protección jurídico-penal. De otra parte, en sentido dogmático, se hace referencia al objeto ya protegido por el Derecho penal

---

<sup>157</sup> Por todos, MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho Penal*, p. 90, ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*, t. 1, p. 51, ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho Penal*, pp. 149-151, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., “El Derecho penal”, p. 38, ARROYO ZAPATERO, L., “Derecho Penal y Constitución (II)”, pp. 140-142 y BUSTOS RAMÍREZ, J. J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho Penal*, vol. 1, p. 57. Ampliamente, MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal*, p. 46 y pp. 112-124, y también HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, pp. 110-113. De otra opinión, es bien conocida la postura de JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General*, pp. 47-55. También en esta última línea, BACIGALUPO, E., *Derecho penal. Parte general*, pp. 43-46.

vigente.<sup>158</sup> Al respecto, nos parecen muy acertados los matices de ROXIN, quien señala que el concepto de bien jurídico sólo proporciona un criterio de enjuiciamiento que debe desarrollarse y consultarse en la creación e interpretación de cada precepto concreto. Es decir, debido a la relatividad y a los contenidos del término “bien jurídico” en su sentido político-criminal, éste será siempre puesto a prueba en la Parte Especial.<sup>159</sup> Sin embargo, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN han señalado que el bien jurídico es, en realidad, fundamento necesario de la intervención del Derecho penal, pero no es, por sí solo, criterio suficiente para limitar el poder punitivo del Estado. Junto a él, se encuentran otros criterios como el de merecimiento de pena, criterios de Justicia, oportunidad y utilidad social. En supuestos de duda, sería necesario que una conducta se deje impune o se despenalice.<sup>160</sup> En consecuencia, debe señalarse que, ciertamente, el bien jurídico no es el único fundamento de la intervención del Derecho penal o de la responsabilidad propia de éste, pero, al menos desde nuestro parecer, sí es el más importante, por lo que la lesión o puesta en peligro de este bien jurídico determinará la intervención penal, al menos desde el punto de vista de la política criminal.

De otra parte, cabría preguntarse qué ocurre en aquellos casos en los que la ley penal no parece afectarlo o, si acaso, lo afecta de forma muy remota, piénsese por ejemplo en el caso del delito previsto en el artículo 183 ter CPesp.<sup>161</sup> Esta exclusiva protección de bienes jurídicos que tanto defiende la doctrina, ¿vincularía sólo a nivel político-criminal o tendría alguna consecuencia jurídica directa? Se trata de una cuestión que no está completamente solventada y que, simplemente, quisiéramos dejar anotada.<sup>162</sup>

---

<sup>158</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, pp. 130-131. En esta línea, ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho Penal*, p. 248. Similarmente, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., quienes señalan que la teoría del bien jurídico está a caballo entre el concepto material de delito y la forma en que se protegen los bienes jurídicos como límite del poder punitivo del Estado, en *Derecho Penal. Parte General*, p. 61

<sup>159</sup> ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*, t. 1, p. 58. En esta línea, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General* p. 80 “*En definitiva, la protección de bienes jurídicos a través del Derecho penal es antes que una cuestión dogmática, un problema de Política criminal (...). Y en este sentido sólo se pueden dar aquí algunos criterios o pautas orientadores que deben ser tenidos en cuenta a la hora de crear los correspondientes tipos penales en la Parte Especial.*”

<sup>160</sup> *Ult. Op. Cit.* acogiendo expresamente a la tesis de HASSEMER, en *Id.* y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, pp. 65-77.

<sup>161</sup> Artículo 183 ter CPesp: “1. El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño. 2. El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.” Las dudas acerca de la legitimidad y la conveniencia político-criminal de este precepto son múltiples, ¿qué se está castigando exactamente? ¿y con qué base dogmática? ¿es realmente constitucional un precepto penal que prevé el castigo de una acción tan remotamente alejada de la lesión efectiva al bien jurídico de la libertad o indemnidad sexual?

<sup>162</sup> La duda es de ROXIN, quien considera que la cuestión no está resuelta, aunque en su opinión son nulas todas las normas que no protegen bienes jurídicos. *Vid.*, *Derecho Penal. Parte General*, t. 1, p. 63. De la misma opinión, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, pp. 80-82

a) Sobre el concepto y las clasificaciones del bien jurídico-penal

Otra cuestión sin resolver es, precisamente, la relativa al concepto de bien jurídico. El debate sigue abierto, ya que, en cierto sentido, hay tantas nociones como autores.<sup>163</sup> Al respecto, suele atribuirse la creación del concepto “bien jurídico” a BIRNBAUM,<sup>164</sup> quien se refirió a éste en un sentido más bien dogmático, como límite ya impuesto al poder punitivo. Sin embargo, sus contenidos y caracteres se han desarrollado a partir de las discrepancias entre los planteamientos de BINDING y VON LISZT, que obedecen a posturas distintas. De una parte, BINDING consideraba que el concepto de bien jurídico es inmanente al propio Derecho penal. Se trata de una creación del legislador, quien lo emplea como criterio de ordenación, por lo que no es propiamente un límite a su actuación.<sup>165</sup> Se trata de un punto de vista claramente positivista. De otra parte, VON LISZT defendió que existe un concepto material de bien jurídico, distinto y anterior al Derecho penal, que surge de las relaciones sociales, aunque no se cristaliza como tal hasta que es protegido por el Derecho.<sup>166</sup> Se trata de un posicionamiento positivista-naturalístico. En la doctrina más reciente, ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC han aportado una división de las posturas actuales.<sup>167</sup> Distinguen dos corrientes principales, por un lado, la corriente funcionalista, que contempla la norma y sus categorías desde la pena, identificando el bien jurídico con la tutela de las funciones y expectativas sociales contenidas en la propia norma.<sup>168</sup> Por otro lado, la corriente garantista o limitativa del bien jurídico parte desde la perspectiva del Estado social y democrático de Derecho. A su vez, se distingue la corriente teleológico-material, que conecta la idea del bien jurídico con los fines del ordenamiento y con la política criminal,<sup>169</sup> y la corriente constitucionalista, que establece una conexión estricta con los

---

<sup>163</sup> Algunas definiciones en la doctrina, e. gr. “Bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de una persona con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante normas que prohíben determinadas conductas que las afectan, las que se expresan con la tipificación de esas conductas” ZAFFARONI, E. R., *Tratado de Derecho Penal*, t. III, p. 240, “bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema” ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*, t. 1, p. 56, “bien jurídico es todo valor, interés o derecho digno, necesitado y susceptible de ser protegido y cuya existencia o tutela no esté proscrita constitucionalmente” ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho Penal*, p. 251, “bienes jurídicos son aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social” MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, p. 59 y “los bienes jurídicos considerados materialmente son relaciones sociales concretas que surgen como síntesis normativa de los procesos interactivos de discusión y confrontación que tienen lugar dentro de una sociedad democrática” BUSTOS RAMÍREZ, J. J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho Penal*, vol. 1, p. 59.

<sup>164</sup> Por todos, HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, pp. 106-107, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., “El Derecho penal”, p. 38, MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, p. 131 y CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español*, p. 50. Con reservas, ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*, t. 1, p. 55.

<sup>165</sup> Cit. por BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., “El Derecho penal”, pp. 38-39.

<sup>166</sup> VON LISZT, F., *Tratado de Derecho penal*, p. 6.

<sup>167</sup> ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho Penal*, p. 247.

<sup>168</sup> Punto de vista de autores como JAKOBS y BACIGALUPO, *Loc. Cit.*

<sup>169</sup> De esta postura, e. gr. MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, pp. 131-132, pero con ciertos matices, ya que este autor no parte en realidad del fin del ordenamiento o de la política criminal en sí, sino del propio modelo del Estado social y democrático de Derecho, que se configura como el punto de partida condicionador de las bases de la intervención penal.

fines plasmados en la constitución.<sup>170</sup> Finalmente, estos autores reconocen una última corriente, la procedimentalista, a la que se adhieren. Esta tesis propone concebir al bien jurídico en términos de justificación, argumentación y razonamiento ante la ausencia de un concepto unitario y la imposibilidad de definirlo como una clase de objeto.<sup>171</sup> Otra división al respecto es la propuesta por HASSEMER distinguiendo, de una parte, la concepción monista del bien jurídico de carácter universal o colectivo, y de otra, la concepción dualista. La primera reconduce la función principal del Derecho penal a la protección del sistema social en su conjunto, mientras que, en segundo plano y siempre dentro de él, se protege al individuo, considerando los bienes jurídicos individuales como atribuciones derivadas de las funciones del sistema social. La segunda coloca en el mismo plano los bienes jurídicos individuales y colectivos. Frente a esta división, defiende una concepción personalista del bien jurídico que, partiendo desde un punto de vista antropocéntrico, argumenta que los bienes jurídicos colectivos o universales sólo son legítimos en cuanto sirvan al desarrollo personal del individuo.<sup>172</sup>

Por lo expuesto, bien podemos extraer la conclusión de que, en realidad, ningún concepto o clasificación en este ámbito es incontestable, sino que siempre se encuentran matices entre los autores, lo que confirma la abstracción y relatividad del bien jurídico en sentido político-criminal. Por otra parte, esta realidad contrasta con la insistencia doctrinal en seguir vinculando el Derecho penal a la función de protección de bienes jurídicos. Es decir, a pesar de que la postura doctrinal dominante es que el objeto del Derecho penal sea la exclusiva protección de bienes jurídicos, no hay un acuerdo claro sobre el concepto, clasificación o contenidos de éstos.

#### b) Caracteres fundamentales del bien jurídico-penal

A pesar de lo expuesto, lo cierto es que sí hay algunos caracteres de los bienes jurídicos ampliamente reconocidos por la doctrina. En primer lugar, este concepto va distinguido del objeto sobre el que recae la acción delictiva.<sup>173</sup> En segundo lugar, se reconoce su carácter mutable o dinámico, abierto al cambio, dado su condicionamiento histórico y político.<sup>174</sup> En tercer lugar, el rechazo de la mera inmoralidad como elemento de constitución de un bien jurídico.<sup>175</sup> En cuarto lugar, su conexión con el carácter fragmentario o principio de intervención mínima del Derecho penal, tipificando sólo una parte (entiéndase, las acciones más graves) de lo que en las demás ramas del ordenamiento

---

<sup>170</sup> De esta postura, *e. gr.* BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., “El Derecho penal”, p. 39 y ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*, t. 1, pp. 55-56.

<sup>171</sup> *Amplius*, ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho Penal*, pp. 249-252.

<sup>172</sup> *Vid.*, HASSEMER y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, pp. 107-108, sobre la teoría personalista pp. 108-113. División y tesis acogidas por MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, pp. 61 y 78.

<sup>173</sup> Claramente, por todos, ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*, t. 1, pp. 62-63 y MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, pp. 173-174.

<sup>174</sup> Por todos, BUSTOS RAMÍREZ, J. J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho Penal*, vol. 1, p. 57-59 y vol. 2, p. 27, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, p. 60 y ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*, t. 1, pp. 57-58.

<sup>175</sup> Por todos, ZAFFARONI, E. R., *Tratado de Derecho Penal*, t. III, p. 243 y MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, p. 131.

se considera antijurídico. La protección de bienes jurídicos no es algo exclusivo y excluyente del Derecho penal, sino que debe cooperar la totalidad del ordenamiento.<sup>176</sup> Por esta razón, nos resulta muy convincente una aclaración de MIR PUIG, quien conecta el concepto de bien jurídico, entendido en sede penal, a las necesidades de subsidiariedad y fragmentariedad propia de esta rama del Derecho, por lo que cree oportuno hacer referencia al “bien jurídico-penal” más que, simplemente, al bien jurídico, que se vería tutelado, en su totalidad, por el conjunto del ordenamiento jurídico:

*“Que el Derecho penal sólo deba proteger “bienes jurídicos” no significa que todo bien jurídico haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelados deba determinar la intervención del Derecho penal. Ambas cosas se opondrían respectivamente, a los principios de subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho penal. El concepto de “bien jurídico” es, pues, más amplio que el de “bien jurídico-penal”.”*<sup>177</sup>

Como decimos, nos resulta muy acertado el comentario del maestro. No obstante, aunque mencionemos el bien jurídico o el bien jurídico-penal a lo largo de este trabajo, pretendemos siempre hacer referencia a la idea que MIR PUIG expresa, es decir, aludimos al bien jurídico penalmente protegido y diferenciado del resto de bienes jurídicos que tutela el ordenamiento. Seguidamente, en relación con la incriminación, es necesario que el bien jurídico presente unas características de suficiente importancia social que legitimen la necesidad de protección penal. Es decir, que sólo deben ampararse aquellas condiciones de la vida social en la medida en que afecten a las posibilidades de participación o necesidades humanas. Es necesario colocar a la persona en el centro de la protección social. Por ello, no cabe proteger intereses morales, formales o colectivos, ni sistemas sociales, u organizaciones, sino las necesidades de la persona.<sup>178</sup> En este sentido, es necesario que los propios ciudadanos sean quienes decidan qué objetos deben protegerse penalmente e, igualmente, que reine el mayor consenso social posible.<sup>179</sup> De la misma forma, también es necesario respetar otros requisitos que fundamentan el Derecho penal en sí, como las exigencias de proporcionalidad, rechazo a las cláusulas generales, etc.

Finalmente, es también importante hacer referencia a que hay un acuerdo más o menos sólido acerca de las funciones del bien jurídico, las cuales explican la importancia real de esta problemática. En este sentido, el bien jurídico desempeña dos tipos de funciones, de un lado, funciones político-criminales y, de otro, funciones dogmáticas. La primera de las funciones se corresponde con la anteriormente mencionada función político-criminal de

---

<sup>176</sup> Por todos, CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español*, pp. 68-69, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, p. 80 y ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*, t. 1, pp. 65-66. Señalando que la extensión del Derecho penal le haría perder eficacia, GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios de Derecho Penal*, p. 152.

<sup>177</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, p. 131.

<sup>178</sup> BUSTOS RAMÍREZ, J. J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho Penal*, vol. 1, p. 60-61 y MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, p. 132. También en *Id.*, *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho*, pp. 162-167.

<sup>179</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, p. 132 y MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, p. 81.

límite al poder punitivo del Estado. El segundo tipo de funciones se divide, a su vez, en dos funciones dogmáticas, de un lado, la función crítica del sistema penal, y de otro, la función de elemento para la interpretación de la norma penal.<sup>180</sup> A estas funciones MIR PUIG añade la de criterio de medición de la pena.<sup>181</sup> Es realmente esta última función la que más nos interesaría en este punto del discurso ya que estamos haciendo referencia al nacimiento, objeto de tutela y valoración de las responsabilidades civil y penal, por lo que continuaremos en este sentido.

c) Una breve mención a la crisis del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos en el Derecho penal contemporáneo

En nuestro hilo conductor hemos llegado a la constatación del bien jurídico como presupuesto político-criminal básico y como criterio de medición de la pena. Sin embargo, no quisiéramos concluir las referencias al bien jurídico sin mencionar el mayor reto del Derecho penal contemporáneo, que no es otro que, precisamente, la controversia acerca de si el Derecho penal sigue vinculado al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. En este momento de su historia, el Derecho penal se ve asediado fundamentalmente por tres realidades que vienen a cuestionar el mencionado principio. De un lado, el ya mencionado “Derecho penal del riesgo”, alejado de la idea de daño civil. Los bienes jurídicos que se crean por el legislador actual tienden a ser cada vez más universales e inaprensibles, con dificultades en su delimitación e interpretación. Este hecho encuentra justificación en la importancia de nuevos sectores para las sociedades modernas (circulación, medio ambiente, etc.) en los que se considera apropiada la intervención del Derecho penal. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN han señalado al respecto: *“el concepto de bien jurídico concebido originariamente como límite del poder punitivo del Estado, se convierte en una legitimación de la ampliación del Derecho penal a la prevención de riesgos difícilmente identificables como bienes jurídicos”*, entendiéndose estos últimos como los hemos descrito *supra*. Señalan, además, el peligro de otorgar nuevas tareas al Derecho penal que éste no podrá cumplir en la práctica. Sin embargo, en lo que se refiere al problema jurídico-penal, las posturas se encuentran divididas entre quienes consideran que tal planteamiento vulnera el principio de intervención mínima y quienes consideran que el Derecho penal tiene que evolucionar para hacer frente a los nuevos retos de las sociedades modernas, ampliando su ámbito de intervención y adaptándose a la nueva realidad.<sup>182</sup>

De otra parte, encontramos el problema de la legislación simbólica. Según ROXIN, se trata de *“preceptos penales que no despliegan en primera línea efectos protectores concretos, sino que, confesándose partidarios de valores o condenando conductas consideradas reprobables, pretenden servir para la autoafirmación de grupos políticos*

---

<sup>180</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., “El Derecho penal”, p. 40 y BUSTOS RAMÍREZ, J. J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho Penal*, vol. 1, p. 61-62.

<sup>181</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, pp. 174-175.

<sup>182</sup> De una parte, por todos, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, pp. 82-83. De otra opinión, por todos, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho Penal*, pp. 155-156, defendiendo la necesidad de una configuración “dualista” del Derecho penal, con reglas de imputación y principios de garantía a dos niveles. Sobre esta problemática, *vid.* también la bibliografía citada *supra*.

*e ideológicos*”. Añade este autor que suele suceder que su finalidad principal sea contentar al elector mediante leyes previsiblemente ineficaces que dan la sensación de que “se hace algo” (*sic.*) para combatir acciones y situaciones indeseables. En realidad, todas las leyes penales tienen un componente más o menos simbólico, aunque todo depende de “*hasta qué punto se sigue garantizando suficientemente la referencia al bien jurídico*”.<sup>183</sup> Un supuesto ejemplo de legislación simbólica en España en este sentido es el delito previsto en el artículo 170.2 CPesp. La criminalización del reclamo público de acciones violentas se justificó para “cubrir un ámbito de impunidad detectado entre las amenazas y la apología” según el apartado III d) de la Exposición de Motivos de la LO 2/1998. El tipo penal pretendía, fundamentalmente, castigar la proclamación de expresiones tales como “ETA mátalos” en el ámbito del terrorismo de baja intensidad o *kale borroka*. Más allá de la reprochabilidad de tales conductas, lo cierto es que el tipo penal presenta importantes deficiencias técnicas, puestas de manifiesto por la doctrina. Por ejemplo, no se entiende su ubicación sistemática dentro del Capítulo de las amenazas en el Título de delitos contra la libertad, ya que la acción consiste en el reclamo público de acciones violentas a organizaciones o grupos terroristas. No es una amenaza como tal, ni siquiera afecta remotamente a la libertad, sino que su acción consiste en una incitación a la violencia. El bien jurídico, por tanto, estaría más relacionado con aquellos tutelados en los delitos de terrorismo que con aquellos protegidos en los delitos de amenazas. Por otra parte, también se ha hecho referencia a otros problemas que presenta este delito tal y como aparece previsto, como la evidente elasticidad del tipo, la confusión entre la autoría y la inducción y, especialmente, los problemas concursales.<sup>184</sup> Es más, si se examina atentamente la jurisprudencia desde que se creó este delito, incluyendo los periodos más intensos de *kale borroka* en nuestra historia reciente, se comprobará la escasa aplicación del precepto desde su aprobación. En este sentido, no negamos lo deleznable que resultan estas infames conductas, pero no es menos cierto que la forma en la que el legislador ha decidido intervenir es, cuanto menos, cuestionable. En este sentido, la gran pregunta sobre este delito sería, ¿se garantiza de forma eficaz la protección al bien jurídico en este tipo de supuestos y de esta forma concreta?

Finalmente, se encuentra la problemática del “Derecho penal del enemigo” introducida por JAKOBS, quien propone diferenciar dos modelos de reacción del Estado frente a la transgresión de la norma penal. De un lado, el Derecho penal del ciudadano y, de otro, el Derecho penal del enemigo.<sup>185</sup> Este último se aplicaría en aquellos casos en los que el sujeto no ofrezca garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal, es decir, se aplica en supuestos en los que el autor sea un “enemigo” del sistema; alguien que abandona su vinculación con el mundo del Derecho y expresa tal alienación a través de

---

<sup>183</sup> ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*, t. 1, p. 59.

<sup>184</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “Arts. 169 a 171”, p. 806. Críticamente, BARQUÍN SANZ, J., “Artículo 170”, pp. 171-174 quien señala expresamente el precepto como legislación simbólica, propagandística y supersticiosa. También críticamente CUERDA ARNAU, M. L., “Delitos contra la libertad”, pp. 166-167 y JAREÑO LEAL, Á., “Delitos contra la libertad”, p. 256. Sobre los delitos de amenazas, *amplius* POSADA PÉREZ, J. A., “La sistemática legal y el bien jurídico protegido en el delito de amenazas”, especialmente, respecto al art. 170.2 CPesp, pp. 29-34, 58 y 62.

<sup>185</sup> De entre toda la extensa obra del autor, *vid.* JAKOBS, G., “Derecho Penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, p. 47.

su comportamiento. JAKOBS considera que es necesario diferenciar entre el delincuente que ha cometido un error y aquél que es un enemigo. Es a este último al que hay que impedirle coactivamente que destruya el ordenamiento jurídico.<sup>186</sup> En este sentido, el Derecho penal del enemigo se caracterizaría por tres elementos básicos, un adelantamiento de la barrera punitiva, penas altas y una reducción o supresión de las garantías del proceso penal.<sup>187</sup> Según JAKOBS, el Derecho penal del enemigo optimiza la protección del bien jurídico que el propio enemigo pretende afectar, mientras que el Derecho penal del ciudadano optimiza las esferas de libertad propia de éste.<sup>188</sup> En cualquier caso, es importante señalar que JAKOBS no sólo pretende crear un modelo *ex novo* sino que hace referencia a delitos que ya se encuentran tipificados en el ordenamiento jurídico y, a partir de ellos, crea su propia construcción dogmática. Concretamente, cita ejemplos supuestamente pertenecientes a la “esfera privada del sujeto”, alejados no ya de la lesión al bien jurídico-penal, sino también de la tentativa, como la constitución de asociaciones criminales o terroristas (artículos 570 bis y ss CPesp y 270 bis y ss CPita) o la falsificación de moneda (artículos 386 y ss CPesp y 453 y ss CPita), entre otros.<sup>189</sup> Por tanto, se aprecia claramente cómo este planteamiento diluye las exigencias garantistas propias del Derecho penal como mecanismo jurídico para la tutela de bienes jurídico-penales. No faltan críticos.<sup>190</sup>

En virtud de todo lo expuesto, quisiéramos hacer algunas reflexiones. En primer lugar, es evidente que el debate sobre el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos sigue abierto. En esta sede, no tenemos previsto ni podemos pronunciarnos al respecto, ya que tenemos nuestros objetivos bien delimitados con anterioridad. No obstante, hemos creído conveniente hacer referencia a este debate, bien presente en el estado de la ciencia, por rigor científico. En cualquier caso, la breve conclusión que nosotros extraemos es que, aunque se cuestione el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, lo cierto es que éste no ha llegado a superarse por completo ni en la doctrina ni en la legislación positiva. De forma que puede afirmarse que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos sigue siendo una realidad en nuestros ordenamientos, a pesar de que sea constantemente puesto en tela de juicio.

#### B. Aproximación al principio de culpabilidad penal

El segundo presupuesto político-criminal para el nacimiento de la responsabilidad penal es el principio de culpabilidad. Antes de abordarlo, es necesario poner de manifiesto que esta problemática reviste, al igual que la relativa al bien jurídico, grandes niveles de abstracción y complejidad. En cierto sentido, al igual que la problemática referida en el apartado anterior, también encontramos una visión diferente dentro de la obra de cada autor. Se trata de una temática en la que abunda la literatura científica y que se sitúa fuera

---

<sup>186</sup> *Ibid.* p. 50.

<sup>187</sup> *Id.*, “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, pp. 138 y ss.

<sup>188</sup> *Id.*, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, p. 298.

<sup>189</sup> *Ibid.*, pp. 298-299.

<sup>190</sup> Por todos, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, pp. 61 y 83. Consciente de esta realidad, pero con reservas, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho Penal*, pp. 166-167.



de los objetivos de nuestra investigación, por lo que únicamente procederemos a señalar los planteamientos y caracteres más representativos para ubicar el estado de la ciencia. No haremos, por tanto, un estudio especialmente profundo ni enciclopédico, sino que pretendemos comprobar cómo afecta tal principio al nacimiento de la responsabilidad penal según las corrientes doctrinales más representativas.

El principio de culpabilidad hunde sus raíces históricas en premisas moralistas o religiosas y se traducía *lato sensu* en la censura o reprobabilidad al comportamiento ejecutado por un sujeto. Actualmente, hay acuerdo mayoritario sobre sus consecuencias, al menos desde el punto de vista político-criminal, pero no sobre sus fundamentos científicos. Se trata de una problemática muy discutida que, además, no aparece recogida de forma expresa en toda su extensión. No obstante, es frecuente en la doctrina atribuir al principio de culpabilidad una doble incidencia en la responsabilidad penal. Se habla de culpabilidad como fundamento o presupuesto de la pena, es decir, condicionando si ésta procede o no, y culpabilidad como criterio de medición de la pena, señalando el cuánto.<sup>191</sup> En el primer caso, no cabe duda de que la culpabilidad es un pilar fundamental de la teoría del delito. Es bien conocido que la responsabilidad penal surge con la apreciación material del delito en cuanto a acción, típica, antijurídica, *culpable* y “punible”.<sup>192</sup> Respecto al segundo caso, el Derecho penal vigente es muy defectuoso en la incidencia de la culpabilidad en la determinación de la pena.<sup>193</sup> En cualquier caso, lo cierto es que la delimitación entre un sentido y otro no siempre está clara, ya que en algunos supuestos los efectos de la culpabilidad afectarían tanto al “si” como al “cuanto”, por ejemplo en la necesidad de dolo o imprudencia en el tipo subjetivo. Además, el principio de culpabilidad en nuestro sistema no sólo afecta al “si” y al “cuanto”, sino también al “cómo”. Por todo ello, prescindiremos de dicha clasificación a la hora de exponer los efectos de este principio.

#### a) Algunos planteamientos doctrinales

En esta línea, la primera cuestión que debe resolverse es la relativa a cómo debe entenderse la culpabilidad. Sin duda, la doctrina científica que más interés mostró en este principio es el finalismo, quien construyó su teoría del delito sobre este concepto. WELZEL identificó culpabilidad con reprochabilidad de la resolución de la voluntad, entendiéndola como el no haber actuado correctamente a pesar de haber podido obrar conforme a la norma. La posición de los finalistas se ubica en la línea de una concepción normativa de la culpabilidad. El sujeto es “culpable” cuando se le puede reprochar su comportamiento, es decir, si ha podido actuar de acuerdo con la legalidad y no lo ha hecho. La culpabilidad sería, además, un concepto valorativo negativo y graduable, por

---

<sup>191</sup> Por todos, *e. gr.* ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*, t. 1, pp. 813-814.

<sup>192</sup> Por todos, MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, p. 178, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, p. 197 y ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*, t. 1, pp. 193-194. Sobre el debate de si la punibilidad constituye elemento de la definición del delito, CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español*, pp. 359-363.

<sup>193</sup> Expresión de BACIGALUPO, E., *Derecho penal. Parte general*, p. 170.

lo que puede ser mayor o menor.<sup>194</sup> Asimismo, para que la conducta pueda ser “reprochable” es necesario partir de dos presupuestos básicos, de una parte, es necesario admitir el libre albedrío<sup>195</sup> y de otra, es necesario que el sujeto tenga capacidad concreta de culpabilidad, es decir, capacidad de comprender lo injusto del hecho y de decidirse de acuerdo con esta comprensión. La culpabilidad tiene un elemento intelectual, de conocimiento, y otro volitivo, de voluntad. Por ello, se excluyen aquellos supuestos en los que el sujeto no es capaz de autodeterminarse plenamente, ya sea por su juventud o por alguna anomalía intelectual o volitiva.<sup>196</sup> El elemento intelectual hace que el hecho sólo le sea reprochable si el autor ha conocido, o ha podido conocer las circunstancias que pertenecen al tipo y a su antijuricidad. Se manifiesta en la exigencia de dolo o imprudencia<sup>197</sup> y en el conocimiento de la antijuricidad.<sup>198</sup> De otra parte, el elemento volitivo se identifica con la posibilidad concreta del autor de poder adoptar su decisión de acuerdo con el conocimiento de lo injusto.<sup>199</sup> En cualquier caso, la consecuencia fundamental del concepto finalista no es sólo que no haya pena sin dolo o imprudencia, sino que la pena a imponer no pueda rebasar la medida de la culpabilidad, lo cual vincula tanto al legislador como al juez penal.<sup>200</sup>

Por otro lado, existen otras teorías acerca del problema de la culpabilidad como fundamento o criterio de medición de la pena. Por ejemplo, GIMBERNAT ORDEIG rechaza frontalmente la doctrina del finalismo en este sentido y considera que la pena no encontraría fundamentación o límite en la propia culpabilidad, sino únicamente en las necesidades de prevención general y prevención especial. Por tanto, la pena no vendría a

---

<sup>194</sup> WELZEL, H., *El nuevo sistema del Derecho penal*, pp. 125-127. Textualmente, *Ibid.*, p. 128 “En el juicio de la culpabilidad, se examina la reprochabilidad de la voluntad típica y antijurídica: ¿en qué condiciones y en qué medida puede serle reprochada al autor como un fracaso personal frente al ordenamiento jurídico?” Sobre la importancia de la culpabilidad para los finalistas, *Ibid.*, p. 129 “A la culpabilidad, en el sentido del derecho penal, “pertenecen” todos los caracteres del delito previos a ella: acción (conducta), tipicidad y antijuridicidad; sólo una acción (o conducta) típica y antijurídica puede ser culpable; sólo ella puede ser portadora, en el derecho penal, del reproche de la culpabilidad. No obstante, aunque todos estos elementos son también constitutivos para el juicio de la culpabilidad (la reprochabilidad), no son sólo elementos de la culpabilidad. Por ello, la voluntad de la acción -aunque es también portadora del reproche de la culpabilidad- es ya antes un elemento de la acción; el dolo es ya antes un elemento del tipo de los delitos dolosos y con ello un presupuesto material de la antijuridicidad de estos delitos; la voluntad de la acción que como consecuencia de una falla de observancia del cuidado debido realiza en forma no dolosa un tipo, es ya antes un presupuesto de la antijuridicidad de los delitos culposos.” En España, en esta línea, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español*, t. 3, p. 42, quien habla de un concepto empírico-normativo de la culpabilidad conforme a la Constitución.

<sup>195</sup> WELZEL, H., *El nuevo sistema del Derecho penal*, pp. 134 y ss. “El hombre es un ser responsable o, más exactamente, un ser con una disposición a la responsabilidad; este es el criterio decisivo, que lo separa ya existencialmente (como homo phänomenon) y no sólo normativamente (como homo noumenon) de todo el mundo animal. Al hombre no le es dado biológicamente el orden de su existencia. como al animal. sino que le está confiado responsablemente como tarea, como un sentido vinculante de la vida.” p. 136. *Vid.* también, pp. 144-145.

<sup>196</sup> *Ibid.*, pp. 147-148.

<sup>197</sup> *Ibid.*, pp. 156-160. El autor, no obstante habla de “dolo o culpa” de acuerdo con la terminología más clásica.

<sup>198</sup> *Ibid.*, pp. 160-162.

<sup>199</sup> *Ibid.*, pp. 193-194.

<sup>200</sup> También en España, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español*, t. 3, pp. 28-32, también en *Id.*, “Culpabilidad y pena”, pp. 16-17

estar justificada por la culpabilidad, sino por su “necesidad”.<sup>201</sup> En un punto intermedio se situaría la posición de ROXIN, quien considera que el hecho que puede dar lugar a una sanción penal es la concurrencia conjunta de la culpabilidad y de las necesidades preventivas.<sup>202</sup> ROXIN nos indica: “el concepto normativo de *culpabilidad* ha de perfeccionarse en la dirección de un concepto normativo de *responsabilidad*” (*sic.*). La valoración no es solamente si al sujeto se le puede formular un juicio de reprochabilidad, sino que es también un juicio sobre si se le debe hacer responsable de su conducta desde una aproximación jurídico-penal.<sup>203</sup> Por ello, desde su punto de vista, en realidad, la culpabilidad serviría tanto para la fundamentación como para la medición de la pena, aunque no por sí sola.<sup>204</sup> De esta forma, para ROXIN la culpabilidad equivale a la actuación injusta a pesar de la “asequibilidad normativa”, es decir, que el sujeto actúa injustamente pese a que es capaz de comportarse conforme a la norma. Serían tres, por tanto, los presupuestos de la culpabilidad, la admisión del libre albedrío, la capacidad del individuo de comportarse conforme a la norma y la no adopción de ninguna de las alternativas de conducta asequibles.<sup>205</sup> ROXIN define su concepción como empírico-normativa, basándose en la capacidad humana general de autocontrol y en la asequibilidad normativa que se produce. De otra parte, este autor también considera que se atribuye normativamente la posibilidad de conducta conforme al Derecho.<sup>206</sup> Resumidamente, para ROXIN la responsabilidad penal sólo surgiría cuando, existiendo culpabilidad, la pena también fuese necesaria desde el punto de vista preventivo.<sup>207</sup>

Por su parte, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN rechazan el concepto normativo de culpabilidad en cuanto a reprochabilidad del comportamiento de una persona que haya podido actuar de otro modo, ya que consideran que se basa en argumentos racionalmente indemostrables y que, aun así, no sabemos con certeza cuáles son las razones últimas que impulsan a elegir una opción entre varias posibilidades.<sup>208</sup> Por el contrario, consideran que la culpabilidad es la atribución de dicho acto a su autor para hacerle responsable del mismo y que en él se encuentran las facultades psíquicas del autor (es decir, la imputabilidad o capacidad de culpabilidad), así como el conocimiento de la prohibición y la exigibilidad de un comportamiento diferente.<sup>209</sup> Los autores consideran que la culpabilidad no es un fenómeno individual aislado que sólo afecta al autor, sino que es un fenómeno social. Es decir, que no hay una culpabilidad en sí, sino una culpabilidad respecto a los demás. No sería una cualidad de la acción sino una característica que se le atribuye para poder imputársela a alguien como autor y hacerle responder. Se conecta la

---

<sup>201</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E., “¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?”, en *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed., Tecnos, 1990, pp. 140 y ss, e *Id.*, “El sistema del Derecho penal en la actualidad”, en *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed., Tecnos, 1990, pp. 162 y ss. Críticamente, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español*, t. 3, pp. 28-32, también en *Id.*, “Culpabilidad y pena”, pp. 348- 353.

<sup>202</sup> ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*, t. 1, pp. 792-793.

<sup>203</sup> *Ibid.*, p. 797. Criticando otras concepciones dominantes, *Ibid.*, pp. 799-812.

<sup>204</sup> *Ibid.*, pp. 813-814.

<sup>205</sup> *Ibid.*, pp. 807-808.

<sup>206</sup> *Ibid.*, pp. 810-812.

<sup>207</sup> También en esta línea, con matices, PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención*, pp. 191 y ss., y 197 y ss

<sup>208</sup> MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, pp. 350-352.

<sup>209</sup> *Ibid.*, pp. 202-203.

culpabilidad a la función motivadora de la norma penal. Por ello, la culpabilidad tendría un fundamento social y es, desde su punto de vista, la explicación de por qué y para qué se recurre a la pena en un momento histórico determinado.<sup>210</sup> Es por esta razón que proponen un concepto dialéctico de la culpabilidad, que enlazan con los requisitos democráticos del Estado social y democrático de Derecho que, consecuentemente, permiten la constante comunicación entre la culpabilidad y las necesidades preventivas del sistema social, especialmente, en lo que se refiere a su función motivadora.<sup>211</sup> A diferencia de ROXIN, no creen que haya que separar la culpabilidad de los fines de la pena ni de la responsabilidad.<sup>212</sup> Finalmente, consideran que son elementos de la culpabilidad: la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, el conocimiento de la antijuricidad del hecho y la exigencia de un comportamiento distinto.<sup>213</sup> En una línea similar, MIR PUIG considera que la culpabilidad es realmente la capacidad de imputación personal del hecho antijurídico a un sujeto responsable. Por ello, en contraste con la doctrina dominante, no habla de “culpabilidad”, sino de “imputación personal”, huyendo de las connotaciones moralizantes de tal término.<sup>214</sup> Igualmente, considera que no existe una culpabilidad en sí, sino sólo una culpabilidad por el hecho antijurídico, por lo que no hay una culpabilidad moral, sino una imputación jurídica.<sup>215</sup> Finalmente, una última posición que nos resulta de interés es la de JAKOBS. Este autor parte de un concepto funcional o normativo de la culpabilidad, entendiéndola como falta de fidelidad al Derecho.<sup>216</sup> La finalidad de ésta sería caracterizar la motivación no conforme a Derecho del autor. Como bien es sabido, la doctrina funcionalista de JAKOBS se adhiere a la teoría de la prevención general positiva como función de la norma penal, es decir, se castiga para mantener la confianza en la norma y para ejercitar su reconocimiento general. En consecuencia, plantea que la culpabilidad no debe orientarse al futuro, sino al presente, contribuyendo a estabilizar el ordenamiento. El papel que desempeña la culpabilidad para JAKOBS es el de señalar un déficit de motivación jurídica en el autor en el caso de que se le castigue.<sup>217</sup> En este sentido, los requisitos de la culpabilidad serían, primero, un comportamiento antijurídico, segundo, la imputabilidad o capacidad de cuestionar la validez de la norma, tercero, una actuación irrespetuosa del fundamento de validez de las normas, y cuarto, la concurrencia de elementos especiales de la culpabilidad en algunos delitos.<sup>218</sup>

#### b) Las consecuencias jurídicas en un sentido político-criminal amplio

Por todo lo expuesto, nos parece que queda claro que el debate acerca del principio de culpabilidad ya sea como fundamento o como criterio de medición de la pena, no está

---

<sup>210</sup> *Ibid.*, pp. 352-353.

<sup>211</sup> *Ibid.*, pp. 353-357.

<sup>212</sup> Expresamente *Ibid.*, p. 353.

<sup>213</sup> *Ibid.*, p. 358. Acogiéndose a su tesis, GARCÍA RIVAS, N., “La culpabilidad”, pp. 226-227. Por el contrario, criticando su propuesta, *cfr.* CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español*, t. 3, pp. 34-37.

<sup>214</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, pp. 149-150. Defendiendo esta expresión, *Ibid.*, p. 544.

<sup>215</sup> *Ibid.*, p. 550.

<sup>216</sup> JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General*, pp. 566-567.

<sup>217</sup> *Ibid.*, pp. 579-581.

<sup>218</sup> *Ibid.*, p. 567.

exento de polémica. Se trata de una problemática que no está cerrada. A pesar de ello, lo cierto es que, desde su sentido más amplio, el principio de culpabilidad como límite al *ius puniendi* se traduce en el conjunto de presupuestos que permiten “culpar” a alguien por el evento que motiva la pena. En este sentido, tales presupuestos terminan afectando a todos los requisitos del concepto de delito.<sup>219</sup> Así pues, partiendo de este sentido tan holgado, hay diversas consecuencias jurídicas para la responsabilidad penal que son ampliamente aceptadas por la doctrina y que, hasta donde hemos tenido ocasión de comprobar, se conectan con esta idea político-criminal (ciertamente abstracta e indeterminada) de la reprobabilidad o censura no ya a la acción en sí, sino más bien a las características propiamente “culpables” que presenta el autor del hecho. A pesar de ser abiertamente reconocidas, algunos autores las conectan con su posición acerca del principio de culpabilidad, mientras que otros les atribuyen diversa fundamentación. Sin embargo, la idea que queremos aquí expresar no es una relación directa y dogmática con el principio de culpabilidad, sobre el que no nos hemos pronunciado, sino más bien queremos poner de manifiesto una conexión, si bien remota y poco concreta, con esta idea de culpar, reprobar, censurar o reprochar penalmente a alguien por un hecho. Ponemos el acento, por tanto, en la persona como autor dentro del referido marco político-criminal amplio. En cualquier caso, queremos subrayar la necesidad de no perder de vista nuestros objetivos a lo largo del discurso, nuestra finalidad aquí no es el estudio de la culpabilidad, sino la exposición *grosso modo* del estado de la ciencia de la culpabilidad como elemento condicionante del nacimiento de la responsabilidad penal para contrastar ésta con la responsabilidad civil. Todo ello a pesar de habernos adentrado ligeramente en el contenido propiamente penal de la culpabilidad según diversos autores.

Así pues, la primera consecuencia que se deriva del principio de culpabilidad es la exigencia de que la responsabilidad penal sea estrictamente personal. Si la responsabilidad penal tiene uno de sus fundamentos en la culpabilidad del autor, se responde siempre a título personal, por acción y omisión punible. Se rechaza la responsabilidad colectiva, con la evidente excepción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.<sup>220</sup> En segundo lugar, también existe un fuerte rechazo doctrinal a los supuestos de *versari in re illicita*, la “responsabilidad objetiva” o “por el resultado”.<sup>221</sup> En tercer lugar, se conecta con el principio de culpabilidad la necesidad de concurrencia del dolo o imprudencia para la apreciación del delito.<sup>222</sup> En cuarto lugar, como decíamos, se exige la capacidad de imputabilidad personal o culpabilidad penal propiamente dicha.<sup>223</sup> Frente a estas últimas consecuencias aceptadas en mayor o menor grado (aunque

---

<sup>219</sup> Son expresiones y planteamientos generalistas de MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, p. 136 en una primera aproximación al principio de culpabilidad.

<sup>220</sup> Por todos, ARROYO ZAPATERO, L., “Derecho Penal y Constitución (II)”, pp. 147-148.

<sup>221</sup> Por todos, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, pp. 92-93, ARROYO ZAPATERO, L., “Derecho Penal y Constitución (II)”, pp. 147-148, BACIGALUPO, E., *Derecho Penal y el Estado de Derecho*, p. 130.

<sup>222</sup> Por todos, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español*, t. 3, p. 16, ARROYO ZAPATERO, L., “Derecho Penal y Constitución (II)”, pp. 147-148, BACIGALUPO, E., *Derecho Penal y el Estado de Derecho*, pp. 129-130. También en cierto sentido se conectaría a esta idea la relevancia del error de tipo o prohibición, así BACIGALUPO, E., *Derecho Penal y el Estado de Derecho*, p. 130.

<sup>223</sup> Aparte de los citados *supra*, también BACIGALUPO, E., *Derecho Penal y el Estado de Derecho*, p. 130.

siempre conectadas a esa idea abstracta de reprobabilidad que referíamos), existen otras consecuencias mucho más polémicas a las cuales algunos autores atribuyen su fundamento, precisamente, a la culpabilidad. Por ejemplo, en tal sentido, hemos visto que algunos autores consideran que la culpabilidad está directamente relacionada con la pena, configurándose, bien como un límite, en el sentido de que la pena no podrá rebasar la culpabilidad, o bien como un criterio de medición.<sup>224</sup> También en esta línea, algunos autores relacionan el principio de culpabilidad con las exigencias de responsabilidad o culpabilidad por el hecho, que se materializa en la única consideración, a efectos de pena, de los hechos referidos a la acción llevada a cabo, excluyendo de su valoración otros elementos como su personalidad, el modo de vida, su forma de relacionarse socialmente etc.<sup>225</sup>

En conclusión y a grandes rasgos, sea cual sea el fundamento de la culpabilidad y sus efectos en la teoría del delito, lo cierto es que es un elemento fundamental para que se desencadene la responsabilidad penal. En este sentido, es requisito básico el desvalor de autor, entendido ya sea como reprochabilidad o como imputabilidad. Como mínimo, este desvalor de autor se traduciría en la negación de la responsabilidad por el resultado, en una responsabilidad penal personal, en la exigencia de dolo o culpa y en la necesidad de “culpabilidad” como elemento de la teoría del delito.

## 5.2. Fundamentos del nacimiento de la responsabilidad en Derecho civil.

Por otra parte, en el caso del Derecho civil, la responsabilidad es, como decíamos *supra*, parte del Derecho de obligaciones. En este caso, el sistema de la responsabilidad se construye alrededor de la noción de “daño”. Éste es el presupuesto imprescindible para el nacimiento de la responsabilidad civil. Aunque no es el único elemento a tener en cuenta, sí es el requisito determinante. Junto a él es necesario apreciar la concurrencia de dos elementos más, de una parte, el elemento “acción” u “omisión”, referido a un comportamiento humano voluntario realizado por un sujeto imputable civilmente, de otra parte, la causalidad objetiva o nexo causal, como criterio que conecta el daño con la acción u omisión del sujeto. Este es el esquema tradicional de la responsabilidad civil. Sin embargo, también suele citarse un cuarto elemento, la imputación o factor de atribución, que es el criterio que permite asignar la obligación de responder civilmente a un sujeto.<sup>226</sup> Estos son, a grandes rasgos, los fundamentos sobre los que se construye el sistema actual de responsabilidad civil. Como es natural, la cuestión es mucho más

---

<sup>224</sup> Respecto a la prohibición de que la pena rebase la culpabilidad, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español*, t. 3, p. 16 y BACIGALUPO, E., *Derecho penal. Parte general*, p. 130. Sobre la culpabilidad como criterio de medición de la pena, *Id.*, pp. 145-148. Aunque confiesa que la culpabilidad no lo explica todo. Reconoce que hay problemas no resueltos satisfactoriamente por la culpabilidad; la reincidencia, la reparación de la vulneración del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas y el arrepentimiento y la reparación. BACIGALUPO, E., *Derecho Penal y el Estado de Derecho*, pp. 150 -164. Conectando la culpabilidad a las agravantes de los motivos CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español*, t. 3, p. 44.

<sup>225</sup> BACIGALUPO, E *Derecho Penal y el Estado de Derecho*, p. 148. Con matices, BUSTOS RAMÍREZ, J. J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho Penal*, vol. 1, pp. 70 y 196.

<sup>226</sup> Por todos, ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, p. 95 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, p. 157.

compleja en el fondo, ya que coexisten varios sistemas de atribución de responsabilidad civil, lo cual dificulta el análisis jurídico. Por esta razón, vamos a dedicar las siguientes líneas a introducir brevemente los elementos de la problemática del nacimiento de la responsabilidad civil.

#### A. Responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual

La primera gran división dentro del modelo de responsabilidad civil se encuentra entre los supuestos de responsabilidad contractual y los de responsabilidad extracontractual. No nos adentraremos tampoco mucho en esta diferenciación, ya que nuestro objeto de investigación es la responsabilidad civil derivada del delito, la cual tiene sus normas propias. Sin embargo, sí creemos oportuno dedicar algunas líneas a esta problemática civil, tradicionalmente olvidada en la aproximación conceptual a la responsabilidad civil *ex delicto*. Es interesante hacer mención a este problema debido a que, aunque se tiende a señalar que el modelo *ex delicto* guarda más relaciones con la responsabilidad extracontractual que con la contractual,<sup>227</sup> lo cierto es que en algunos supuestos concretos esta afirmación es especialmente dudosa. Además, exponer las diferencias principales entre responsabilidad contractual y extracontractual nos permitirá hacer una delimitación más precisa del modelo civil y, en consecuencia, podremos compararla más rigurosamente con el modelo penal, por lo que satisfaremos nuestros objetivos en mayor grado.

##### a) Las principales diferencias entre uno y otro modelo

De entrada, lo cierto es que generalmente se usa la expresión “responsabilidad civil” para hacer referencia a la responsabilidad extracontractual. Son pocos autores los que incluyen el adjetivo. No debe resultar extraño, ya que los principios de la responsabilidad no contractual constituyen el Derecho común en la teoría de la reparación de los daños civiles.<sup>228</sup> A pesar de ello, los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual presentan importantes disimilitudes. En este sentido, ALPA ha señalado que no existe una diferencia de naturaleza entre ambas responsabilidades, sino únicamente, una diferencia de régimen jurídico.<sup>229</sup> Así pues, el régimen básico de la responsabilidad contractual aparece previsto en los artículos 1101 CCesp y 1218 CCita, mientras que el de la extracontractual se encuentra en los artículos 1902 CCesp y 2043 CCita. Evidentemente, el rasgo diferenciador más característico es, en el caso de la responsabilidad contractual, la concurrencia de un contrato previo entre las partes, en cuyo marco se ha causado el daño.<sup>230</sup> Es importante resaltar que, en todo caso, la responsabilidad contractual viene diferenciada de la tutela del contrato *stricto sensu*, es

---

<sup>227</sup> Cuestión que examinaremos *infra*. Aunque adelantaremos que hay algunos autores que consideran que el modelo *ex delicto* es un modelo autónomo bien diferenciado de los otros dos. Por todos, ZENOVIC, V. y ALPA, G., voz “Responsabilità civile da reato”, *L'accertamento del reato.*, párr. 9º.

<sup>228</sup> Aseveraciones de YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, pp. 105 y 112 respectivamente. Respecto a la segunda, también en REGLERO CAMPOS, L. F., “Los sistemas de responsabilidad civil”, p. 268.

<sup>229</sup> ALPA, G., *La responsabilità civile*, p. 31.

<sup>230</sup> Considera más apropiado hablar de responsabilidad de relación o medio relacional, CASTRONOVO, C., *Responsabilità civile*, p. 502.

decir, aquella prevista para salvaguardar los derechos y obligaciones que surgen propiamente de éste. A pesar de esta distinción, son compatibles según el artículo 1124 CCesp. Para que nazca la responsabilidad contractual, el contrato debe ser válido, vinculante entre el causante y el perjudicado y, especialmente, es necesario que el daño causado resulte del incumplimiento del contrato. No obstante, la existencia de este vínculo contractual se suele interpretar en sentido amplio. No es necesario un contrato debidamente formalizado, sino que basta con la concurrencia de una relación análoga.<sup>231</sup> Por el contrario, en la responsabilidad extracontractual no tiene por qué existir un vínculo previo entre las partes, ya que ésta es consecuencia de la vulneración del principio del *neminem laedere* o *alterum non laedere*. Este sistema extracontractual se caracteriza por la generalidad del deber de cuidado a las esferas jurídicas de otros sujetos, mientras que el sistema contractual se caracteriza por la especificidad del contrato previo.<sup>232</sup> En esta línea, si el contrato es el elemento principal de la diferenciación, es oportuno resaltar que, para incurrir en responsabilidad contractual, será necesaria la capacidad de contratar o capacidad de obrar, la cual se adquiriría con la mayoría de edad, como regla general, según los artículos 322 CCesp y 2 CCita.<sup>233</sup> Por el contrario, para responder extracontractualmente no es necesaria la capacidad de obrar, sino que basta, en principio, la mera capacidad jurídica o capacidad de entender y querer. En palabras de GARCÍA-VALDECASAS Y GARCÍA-VALDECASAS “*basta con tener la capacidad natural de discernimiento entre lo lícito y lo ilícito (...) La explicación de esta diferencia radica en que para contraer obligaciones voluntariamente se requiere una madurez mental que no se necesita para discernir entre esta conducta lícita y la ilícita*”.<sup>234</sup>

Otra diferencia que suele hacerse valer es el grado de culpa exigible. En el caso de la responsabilidad extracontractual, se responde del todo ya en supuestos de culpa levísima (*in lege aquilia et levissima culpa venit*), mientras que en el caso de la contractual, se admiten moderaciones o graduaciones del *quantum* en función del grado de culpa según el artículo 1103 CCesp.<sup>235</sup> Se aprecia, por tanto, mayor relevancia de la culpa en el ámbito de la responsabilidad contractual. Igualmente, en el caso de la responsabilidad extracontractual se responde de todo el daño causado, independientemente del nivel de culpa en su acción u omisión causal, mientras que en el modelo contractual solamente deben resarcirse aquellos daños previstos o que hubieran podido preverse en el momento

---

<sup>231</sup> Ampliamente sobre los requisitos, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, pp. 113-133. En este sentido, parece ser que se excluyen los cuasicontratos del ámbito de la responsabilidad contractual, *Ibid.*, pp. 115-116.

<sup>232</sup> CASTRONOVO, C., *Responsabilità civile*, p. 514. Es en este sentido que SALVI ha llegado a señalar que la función de la responsabilidad contractual es la tutela frente a un riesgo específico de daño, creado por la particular relación instaurada entre dos sujetos, mientras que en la responsabilidad extracontractual la relación intersubjetiva surge tras la concurrencia del daño. SALVI, C., *La responsabilità civile*, p. 14.

<sup>233</sup> Véanse, *e. gr.* las excepciones del artículo 1263 CCesp.

<sup>234</sup> GARCÍA-VALDECASAS Y GARCÍA-VALDECASAS, A., “El problema de la acumulación”, p. 842. También en esta línea, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, p. 108.

<sup>235</sup> Según GARCÍA-VALDECASAS Y GARCÍA-VALDECASAS, A., “El problema de la acumulación”, p. 842, es necesario haber incurrido, como mínimo, en culpa leve, salvo pacto en contrario.



de constituir la obligación.<sup>236</sup> En tal sentido contrástense los artículos 1107 y 1902 CCesp y los artículos 1225, 2043 y 2056 CCita. En cualquier caso, debe remarcarse que tanto el Derecho italiano como el Derecho español amplían el contenido del deber de indemnización en el caso de dolo y dan a la previsibilidad un importante papel frente al *quantum* en el marco de la responsabilidad contractual. Véanse los artículos 1107 CCesp y 1225 CCita. Así, igualmente se suele señalar que en la responsabilidad extracontractual es necesario probar la culpa del causante, mientras que en la responsabilidad contractual basta con probar la obligación preexistente.<sup>237</sup> Otra diferencia importante se relaciona con la modificación, restricción o la exoneración de la obligación de responder. En principio, en el caso de la responsabilidad contractual, es un pacto válido, mientras que existen dudas sobre su validez en la responsabilidad extracontractual.<sup>238</sup> También difieren en el plazo de prescripción, ya que, en España, según el artículo 1968, 2º CCesp el plazo previsto en los supuestos de responsabilidad extracontractual es de un año, mientras que en la responsabilidad contractual es de cinco según el artículo 1964, 2º CCesp. En Italia los plazos son de 5 y 10 años respectivamente de acuerdo con los artículos 2946 y 2947 CCita. Igualmente, existen otras dos diferencias que suelen aducirse, ciertamente controvertidas. Por ejemplo, la jurisprudencia española considera que en el caso de pluralidad de causantes, la responsabilidad es mancomunada en el caso de la responsabilidad contractual. Por el contrario, en casos de responsabilidad extracontractual, la jurisprudencia considera que es solidaria. En cambio, en Italia (*vid.*, artículos 1298 y 2055 CCita), la solución parece ser siempre la solidaridad.<sup>239</sup> También, en el caso de responsabilidad por hecho ajeno, el artículo 1903 CCesp establece que cabe exonerarse si se demuestra la debida diligencia, mientras que en la contractual la responsabilidad es incondicionada. Se añade que en la responsabilidad contractual la

---

<sup>236</sup> Al respecto, parece haber discusión doctrinal acerca de si el artículo 1107 CCesp, que establece la limitación de los daños resarcibles en los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación, es aplicable a supuestos de responsabilidad extracontractual. A favor, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, pp. 810 y 890. En contra, PANTALEÓN PRIETO, A. F., “El sistema de responsabilidad contractual”, pp. 1030-1032. Por nuestra parte, nosotros nos adherimos a esta segunda posición.

<sup>237</sup> Así es la diferenciación tradicional GARCÍA-VALDECASAS Y GARCÍA-VALDECASAS, A., “El problema de la acumulación”, p. 842, Con dudas sobre este criterio tan rotundo, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, pp. 106-108.

<sup>238</sup> Claramente en contra de su validez, ALPA, G., *La responsabilità civile*, p. 31. Con dudas, GARCÍA-VALDECASAS Y GARCÍA-VALDECASAS, A., “El problema de la acumulación”, p. 842. Por el contrario, admite la posibilidad YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, pp. 686-689.

<sup>239</sup> En contra de esta solución jurisprudencial, partidario de la no presunción de la solidaridad prevista en el artículo 1137 CCesp, por todos, YZQUIERDO TOLSADA, M., “La responsabilidad civil en el proceso penal”, pp. 1136-1138. Más recientemente en *Id.*, *Responsabilidad civil extracontractual*, pp. 107-108 y 493-500. De otra parte, siendo partidario de la solidaridad cuando no sea posible atribuir daños concretos a cada uno de los intervinientes, y sin considerarla incompatible con la fijación de cuotas en las relaciones internas, PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Comentario al artículo 1.902”, p. 2001. En todo caso, como referimos, es una cuestión muy controvertida en la doctrina civilista. Sobre el debate doctrinal, *vid.* GÓMEZ CALLE, E., “Los sujetos de la responsabilidad civil”, pp. 1006-1012, con amplias referencias jurisprudenciales, pp. 1013-1036.

interpretación de las personas por la que se responde es extensiva, mientras que en la extracontractual dicha interpretación es restrictiva.<sup>240</sup>

b) Dos importantes problemáticas de la tajante división. Los supuestos fronterizos y la concurrencia conjunta

Expuestas las diferencias principales, lo cierto es que las mayores problemáticas que presenta esta división son, de una parte, la diferenciación entre ambas responsabilidades en el terreno práctico, y de otra, la concurrencia conjunta de ambos tipos de responsabilidad en el mismo supuesto. De un lado, la delimitación entre una y otra responsabilidad no siempre está del todo clara si se dividen tan tajantemente los dos modelos. Existen multitud de supuestos fronterizos problemáticos. Por ejemplo, esta afirmación se aprecia claramente en los casos de responsabilidad pre y postcontractual.<sup>241</sup> Bien es cierto que, según la legislación especial, en algunos ámbitos no hay tal distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual, como en los supuestos de productos defectuosos, aunque, no obstante, la doctrina parece abogar por un moderado acercamiento o unificación entre los dos modelos.<sup>242</sup> De otro lado, cuando en un mismo hecho se aprecia que éste puede servir de base para articular una responsabilidad u otra, tanto la doctrina como la jurisprudencia aparecen divididas. Así, existen dos grandes corrientes, por una parte, la corriente unitarista, que defiende una postura en la que el sujeto tendrá que decidir entre uno u otro modelo.<sup>243</sup> Por otra parte, se encontraría la corriente dualista, favorable a la acumulación.<sup>244</sup> En este orden de cosas, cabe únicamente señalar que esta última problemática ha sido objeto de diversas modificaciones y de varios planteamientos. Además, se trata de una cuestión que sigue sin resolverse de forma completamente satisfactoria.<sup>245</sup>

c) Una breve conclusión de nuestro interés

La conclusión fundamental de este apartado es que la actual división entre responsabilidad civil contractual y extracontractual es muy problemática en doctrina y jurisprudencia, a pesar de la aparente claridad conceptual y del ligero acercamiento en algunos ámbitos. No es cuestión baladí, ya que cambian las exigencias jurídicas materiales y formales para hacer valer el derecho a la reparación del perjudicado. Sin

---

<sup>240</sup> Así, ALPA, G., *La responsabilità civile*, p. 31. Señalando que es una diferencia más teórica que real, siendo prácticamente imposible que el principal se libere por haber demostrado la debida diligencia y que hace falta más bien poca dependencia o subordinación para responder por el hecho de otro YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, p. 107.

<sup>241</sup> Añadiendo otros supuestos fronterizos problemáticos en sede civil, ampliamente REGLERO CAMPOS, L. F., “Conceptos generales y elementos de delimitación”, pp. 168-178.

<sup>242</sup> Así, por ejemplo, aduciendo razones sustantivas, sistemáticas y prácticas YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, pp. 109 a 112. Aplaude esta tendencia de unificación REGLERO CAMPOS, L. F., “Conceptos generales y elementos de delimitación”, pp. 166-167. También en Italia, manifestando escepticismo con la distinción SALVI, C., *La responsabilità civile*, p. 12 y ALPA, G., *La responsabilità civile*, pp. 30-31.

<sup>243</sup> Por ejemplo, GARCÍA-VALDECASAS Y GARCÍA-VALDECASAS, A., “El problema de la acumulación”, p. 836, postura resumida en pp. 839-840.

<sup>244</sup> Por todos, SALVI, C., *La responsabilità civile*, p. 13.

<sup>245</sup> Ampliamente, sobre esta problemática, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, pp. 133-145.

embargo, como tendremos ocasión de desarrollar *infra*, en el caso de la responsabilidad civil *ex delicto* se parte de un planteamiento totalmente diverso y aparentemente ajeno a esta problemática, por lo que, en principio, parece que la cuestión no nos afectaría. Si se ejercita la acción civil en el proceso penal, se debe ser consecuente con tal proceder y actuar correspondientemente. Sin embargo, la cuestión se complica mucho más si se añade la facultad de reserva de la acción civil así como la respuesta que se obtenga primero en vía punitiva. La duda es qué régimen jurídico debería aplicarse, si el de responsabilidad civil contractual o el de responsabilidad civil extracontractual. Hay supuestos penales fácilmente encuadrables dentro de uno y otro modelo. Es más, algunos tipos penales coinciden, o tienen límites muy difusos, con ilícitos civiles que, si se examinan en vía civil, podrían tutelarse perfectamente a través de la responsabilidad civil contractual o, incluso, a través del propio Derecho de obligaciones. Algunos ejemplos en este sentido son los supuestos de impago de prestaciones (art. 227 CPesp), extorsión (art. 243 CPesp), estafa (arts. 248 y ss CPesp) o apropiación indebida (arts. 253 y 254 CPesp).<sup>246</sup> Sin embargo, lo cierto es que en sede penal se suele condenar, de forma polémica en algunos casos, a la stasifacción de la responsabilidad civil *ex delicto*. Pero, centrándonos en la problemática responsabilidad contractual *versus* extracontractual, ¿cómo debe procederse en sede civil? Ésta es la cuestión principal que nos parece de suma importancia resaltar, y que, lamentablemente, suele perderse de vista por parte de los estudiosos del Derecho penal.

Partiendo de que haya un daño efectivo y estemos ante un supuesto de responsabilidad civil, y no en sede de Derecho de obligaciones *lato sensu*, más concretamente, frente a una reserva expresa de la acción privada en vía penal posteriormente ejecutada en vía civil, ¿influye la conclusión del proceso penal, ya sea de forma anticipada, o bien, con sentencia condenatoria o absolutoria, en esta bifurcación de modelos de responsabilidad civil? ¿de qué forma? Bien es cierto que esta duda es quizás de más interés procesal que material, pero no debe perderse de vista el fondo del asunto. Téngase en cuenta que, en todo caso, la responsabilidad civil tiene consecuencias importantes tanto frente a la determinación de la pena, por ejemplo a través de la atenuante de reparación del daño (art. 21.5 CPesp) como frente a su ejecución, por ejemplo a través de la suspensión, (art. 80 CPesp) o la obtención del tercer y cuarto grado (arts. 72.5 y 6 LOGP y 90 CPesp). Por ello, todo lo que tenga que ver con su nacimiento y su sustanciación es materialmente importante para el Derecho penal. Igualmente, tampoco es conveniente dejar de lado la realidad de que en Derecho de daños, aun en sede penal, no sólo se considera que la responsabilidad civil es una obligación jurídica vinculante entre el autor penal (causante) y la víctima (perjudicado), sino que ésta es una institución que puede involucrar a terceros responsables civiles y/o perjudicados por el daño. Por ello, y bajo las exigencias de unidad, plenitud y coherencia del ordenamiento jurídico ¿es necesario seguir diferenciando entre responsabilidad contractual y extracontractual con sus respectivas (y diferentes) consecuencias jurídicas materiales y formales? ¿O más bien debe abolirse tal distinción? Frente a este panorama en el Derecho civil, ¿es más acertada la decisión del

---

<sup>246</sup> Algunos ejemplos en esta línea, analizados desde el punto de vista civil en YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, pp. 396-412 y 441-456.

Código Penal de considerar únicamente el daño y su imputación jurídica? ¿O quizás se debe adoptar tal diferenciación en vía penal para otorgar mayor coherencia a la totalidad del sistema? En otras palabras, queremos poner de manifiesto una cuestión que atañe a penalistas y civilistas en cuanto a la unificación o diversificación de los mecanismos jurídicos de tutela del daño. En sede de responsabilidad civil, ¿es conveniente seguir contando con tres modelos en el Derecho de daños? A saber, responsabilidad contractual, responsabilidad extracontractual y responsabilidad *ex delicto*. En caso negativo, ¿deben fusionarse en uno solo? ¿o debe haber, como dice la doctrina, un moderado acercamiento? A todo ello, además, en lo que se refiere a la tutela de intereses netamente privados, habría que sumarle la totalidad del Derecho de obligaciones que, adelantamos, muchas veces viene a materializarse en sede penal bajo la genérica condena a la satisfacción de la responsabilidad civil *ex delicto* de acuerdo con muchas sentencias, aun cuando el contenido de la condena no pertenece propiamente al ámbito de la responsabilidad civil.<sup>247</sup> Por nuestra parte, no vamos a pronunciarnos sobre dichas cuestiones, ya que nuestro objeto de estudio principal es el artículo 112 CPesp e, igualmente, la razón de este apartado no es otra que trasladar al lector, en un ejercicio de rigor y transparencia científica, una serie de cuestiones jurídicas que se derivan del estado de la ciencia.

## B. Los elementos de la responsabilidad civil

### a) La acción u omisión.

#### a. Delimitación conceptual

Decíamos *supra*, que la acción u omisión es un elemento de la responsabilidad civil que se define como un comportamiento humano voluntario realizado por un sujeto civilmente imputable. A pesar de que, como decíamos, la responsabilidad civil se construye sobre el fundamento del daño, lo cierto es que el análisis de ésta suele empezar por el elemento “acción u omisión” en la mayoría de las obras generalistas. Se trata de una problemática que abarca dos grandes cuestiones, partiendo ya de la definición aportada. Por un lado, la voluntariedad, y por otro, la imputabilidad al sujeto, que desarrollaremos aparte de acuerdo con las principales obras civilistas.<sup>248</sup> En todo caso, queremos remarcar que en este apartado sobre los elementos de la responsabilidad civil estudiaremos la doctrina respecto al acto propio.

Por lo expuesto, es el acto voluntario el que genera la obligación civil de responder. O mejor dicho, el acto involuntario no genera (o excluye) la obligación de responder.<sup>249</sup> Se parte, por tanto, de que es necesaria la concurrencia de una actividad voluntaria a la que, *grosso modo* y con los matices que realizaremos *infra* acerca de la causalidad y la imputación objetiva, sea reconducible la causación del daño. En consecuencia, esta

---

<sup>247</sup> Véase por ejemplo, *infra* sobre la aplicación de la restitución en sede de responsabilidad civil *ex delicto*.

<sup>248</sup> Por todos, ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, p. 95.

<sup>249</sup> De esta opinión, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, p. 159, quien considera esta solución mucho más razonable que dejar en manos del juez valorar el asunto, caso por caso, empleando la equidad. En esta línea, ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, pp. 96-97.

actividad humana voluntaria puede materializarse a través de la acción, en cuanto a actuación positiva de hacer, es decir, respecto a un comportamiento activo del sujeto, o una omisión, cuando exista inobservancia, abstención o inejecución de la obligación legal de actuar.<sup>250</sup> En lo referente a la omisión, DÍEZ-PICAZO señaló que la responsabilidad civil nace cuando exista un previo deber legal o negocial de obrar, con independencia de que se ocupe o no la posición de garante, a lo que, naturalmente, habría que sumar el examen de los problemas de causalidad e imputación objetiva.<sup>251</sup> Del mismo modo, debe resaltarse que, a diferencia del Derecho penal, en Derecho civil no existe la responsabilidad por la mera acción o inactividad, sino que, en responsabilidad civil, esa acción u omisión debe conectarse causalmente al daño. Este hecho contrasta directamente, como puede comprobarse, con la realidad penal de los delitos de mera actividad o de omisión pura, como los delitos de allanamiento (arts. 202 y ss CPesp, *violazione di domicilio* en arts. 614 y ss CPita) o de omisión del deber de socorro (arts. 195 y 196 CCPesp, *omissione di soccorso*, con matices, en art. 593 CPita). En estos supuestos, como es bien sabido, se respondería *lato sensu* con el mero comportamiento activo u omisivo, sin que sea necesaria la materialización de ningún resultado físico en el mudo real. De esta forma, retomando la partición responsabilidad civil contractual *versus* extracontractual, en el primer modelo, la acción consistiría en el incumplimiento de la obligación preestablecida, concretado en el incumplimiento definitivo, defectuoso o tardío (con los matices obligados propios del daño, debemos insistir), mientras que en el segundo, la acción u omisión consiste en la agresión injustificada de un bien, derecho o interés ajeno.<sup>252</sup>

b. El debate acerca de la antijuricidad como elemento de la responsabilidad civil

Antes de concluir este epígrafe, debe hacerse mención en este apartado, por rigurosidad técnica y claridad expositiva, al debate español acerca de si la antijuricidad es un elemento o no de la responsabilidad civil. Si bien en Derecho penal está claro que la antijuricidad es un elemento indispensable de la teoría del delito, en el Derecho civil nacional la cuestión no está tan clara. Por otra parte, este debate no existe en Derecho civil italiano, ya que el artículo 2043 CCita construye toda la teoría de la responsabilidad civil partiendo de la antijuricidad del daño a través de la noción del *danno ingiusto*.<sup>253</sup> Así las cosas,

---

<sup>250</sup> Claramente, ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, pp. 96-97. Al respecto, DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, pp. 288-289, poniendo el acento en que en los comportamientos positivos la acción causante se separa nítidamente del daño y la culpa que en ella pueda existir, mientras que en las omisiones, el comportamiento negativo debe entenderse al mismo tiempo como causa y como negligencia.

<sup>251</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, p. 290, basándose en la procedencia francesa del Código.

<sup>252</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, p. 157.

<sup>253</sup> Entre la doctrina italiana, por ejemplo, ALPA, G., *La responsabilità civile*, pp. 229-233 y SALVI, C., *La responsabilità civile*, pp. 52-53, con algunas reflexiones más profundas en *Ibid.*, pp. 81-88. Sobre la antijuricidad como elemento del *fatto illecito*, CASTRONOVO, C., *Responsabilità civile*, pp. 57-61. Ampliamente, sobre el problema de la injusticia o antijuricidad en la responsabilidad civil italiana, BARCELLONA, M., *Trattato della responsabilità civile*, pp. 105-164. Por su parte, entre la doctrina española, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, p. 160 expone esta realidad del sistema italiano e, igualmente, hace referencia al modelo francés en este sentido. Sin embargo, los diferencia del modelo español.

encontramos dos posiciones totalmente diferenciadas. En la doctrina española actual, por un lado, autores como DE ÁNGEL YÁGUEZ o BUSTO LAGO, representantes de la postura doctrinal mayoritaria, consideran que la antijuricidad es, efectivamente, un requisito definitorio del daño y, por tanto, es elemento de la responsabilidad civil.<sup>254</sup> En consecuencia, los supuestos de causa de justificación afectarían a esta característica del daño y, en caso de apreciarse, se entendería que el perjudicado tiene el deber jurídico de soportar el menoscabo sufrido y, por tanto, no nace la obligación de responder. Por el contrario, otros autores como PANTALEÓN PRIETO o YZQUIERDO TOLSADA, quienes representan una postura doctrinal minoritaria, consideran que la antijuricidad no es elemento propio de la responsabilidad civil y, desde su punto de vista, las causas que afectarían a este pretendido elemento de la antijuricidad encajarían en la culpa o negligencia de la acción u omisión.<sup>255</sup> Por tanto, si se admite la antijuricidad como elemento de la responsabilidad civil, ésta y las causas de justificación parecen afectar al daño.<sup>256</sup> Por el contrario, si se considera que la antijuricidad no es elemento de la responsabilidad civil, las causas de justificación afectarían a la acción. De esta forma, y desde nuestro humilde punto de vista, parece ser que la solución al debate depende de donde se ponga el acento en el marco de estos supuestos, si en la conducta que origina el daño o en el resultado de ésta. Respecto a las posiciones expuestas, en un punto intermedio parece situarse DÍEZ-PICAZO, quien, apoyándose en la doctrina de MIR PUIG sobre la antijuricidad en Derecho penal, acepta que ésta es un juicio de desvalor de acto, es decir, un juicio de desvalor sobre el resultado o sobre la conducta cuando ésta pueda ser considerada peligrosa *ex ante*. Sobre esta base, señala:

*“A nuestro juicio, por todas las razones que hasta aquí se han expuesto, la antijuricidad que es propia del Derecho de daños entraña, desde luego, un juicio de desvalor del resultado. Un concepto de la antijuricidad que comprenda también un juicio de valor de la conducta, que para algunos casos puede resultar necesario, sólo es posible realizarlo en la medida en que se entienda, como también entienden normalmente los penalistas, que el juicio sobre la culpabilidad queda embebido en el juicio de la calificación de antijuricidad.”*<sup>257</sup>

Realicemos algunos comentarios a la valoración del prestigioso maestro civilista. En primer lugar, debe resaltarse que DÍEZ-PICAZO señala que la antijuricidad es, “desde luego” (*sic.*), un juicio de desvalor del resultado. En otras palabras, hace referencia expresa a que la antijuricidad es, en todo caso, característica del resultado de la acción u omisión, es decir, del daño. Sin embargo, no llega a rechazar del todo la antijuricidad en la conducta que lo origina. Advierte nuestro autor que en algunos casos *puede* resultar necesario realizar este juicio de desvalor de la conducta, ¿está haciendo referencia a los

---

<sup>254</sup> Vid., por todos, DE ÁNGEL YÁGUEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, p. 258 y BUSTO LAGO, J. M., *La antijuricidad del daño*, *passim*.

<sup>255</sup> Vid., por todos, PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Comentario al artículo 1.902”, pp. 1971-1973 pp. 1993-1995 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, pp. 159-164, quien consecuentemente estudia las referidas causas de justificación en el apartado referido a la acción u omisión.

<sup>256</sup> De otra opinión, considerando que la antijuricidad es una cualidad de la conducta dañosa GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., “La antijuricidad como requisito de la responsabilidad civil”, p. 1565.

<sup>257</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, pp. 297-298.

supuestos de responsabilidad civil por culpa? Según la literalidad de sus líneas, parece ser que sí. No sólo señala que el desvalor de la conducta puede resultar necesario, sino que en el caso en el que se realice debe entenderse que la culpabilidad queda “embebida” en la calificación de la antijuricidad. Es decir, para DÍEZ-PICAZO la antijuricidad no sólo es elemento de la responsabilidad civil sino que afecta siempre al daño, y puede incluso llegar a afectar a la conducta que lo origina.<sup>258</sup> Por tanto, a pesar de situarse en un punto intermedio entre las dos posturas, se aprecia claramente cómo su punto de vista se encuentra más cercano a la doctrina mayoritaria que a la minoritaria.

Por nuestra parte, coincidimos con la postura mayoritaria. Defendemos la conveniencia de que el daño civil deba entenderse como antijurídico. En cualquier caso, nos parece evidente que, a diferencia del Derecho penal, no se desvalora principalmente la acción del causante, sino que es el resultado de esta acción, el daño, lo que se coloca en un primer plano. A pesar de que la culpabilidad, dolo o negligencia civil sea un elemento de suma importancia de cara a la imputabilidad (y que, como veremos, sigue siendo el elemento más básico para la imputación del daño civil), lo cierto es que por muy culpable, dolosa o negligente que resulte una conducta, ésta no generará responsabilidad civil si su resultado no viene materializado en un daño. Es más, cabe responsabilidad civil aun sin culpa. Por tanto, en Derecho civil, no solamente se construye el sistema de responsabilidad sobre el daño y su antijuricidad, sino que, congruentemente con lo expresado, las causas de justificación no afectarían principal o únicamente a la acción, sino, en todo caso al resultado material de ésta, de acuerdo con la postura de DÍEZ-PICAZO. Al respecto, bien se puede contraargumentar diciendo que por muchos daños que tengamos, éstos no se resarcan si no son imputables al sujeto, acentuando la importancia de la acción. No le falta razón a quien esgrima este argumento. De hecho, desde el punto de vista histórico, veíamos *supra* que los primeros sistemas contemporáneos de responsabilidad civil exigían, además del daño, la obligatoria concurrencia de culpa. Eran dos requisitos acumulativos de una importancia suprema para que se originase la obligación de responder civilmente. El acento sobre el daño más que sobre la acción que lo causaba vendría a visibilizarse después de una forma paulatina, como ya sabemos. Entonces, a día de hoy ¿es la antijuricidad un elemento de la responsabilidad civil, sí o no? Creemos que sí, que debería entenderse incluida dentro del daño. Por otro lado, ¿hay antijuricidad en el acto que origina el daño? De acuerdo con DIEZ PICAZO, puede haberla, especialmente en los casos de responsabilidad por culpa,

---

<sup>258</sup> No obstante, recordemos que la posición sobre la culpabilidad de MIR PUIG, la cual toma como referencia el insigne civilista y que hemos citado *supra*, se aleja de la doctrina tradicional. Este penalista, recordemos, no habla de “culpabilidad” como elemento de la teoría del delito, sino de imputación personal. MIR PUIG señala expresamente, y así lo hemos recogido *supra*, que no hay culpabilidad en sí, sino culpabilidad por el hecho antijurídico. Es quizás a esta última apreciación a la que se refiere nuestro autor cuando emplea la, a nuestro juicio, desafortunada expresión de “*el juicio sobre la culpabilidad queda embebido en el juicio de la calificación de antijuricidad*”. Empleamos el mencionado calificativo porque, desde nuestro punto de vista, no se entiende cómo para los penalistas la culpabilidad queda “embebida” en la antijuricidad. Una cosa es que la culpabilidad se entienda determinada o incluso limitada por el hecho antijurídico, máxime partiendo de la postura de MIR PUIG, y otra muy distinta que una “embeba”, “absorba”, “incluya” o “integre” a la otra. Para cualquier penalista, culpabilidad y antijuricidad son, al menos *a priori*, dos elementos de la teoría del delito bien diferenciados, a pesar de que se parta de unos fundamentos dogmáticos que relacionen conceptualmente dichos elementos.

aunque no necesariamente en todos los supuestos. Hay elementos de imputación más allá del comportamiento culposo.

Igualmente, la admisión de la antijuricidad como característica del daño reafirmaría un parámetro de valoración normativa que, a nuestro juicio, presenta sumo interés. Este parámetro sería el hecho de preguntarse si el sujeto perjudicado tiene el deber de soportar el daño que se le ha causado o si, por el contrario, debe el causante responder por él. De esta forma, damos cabida a supuestos situados más allá de la esfera de la culpa y, consecuentemente, enriquecemos las soluciones. Así, pueden contestarse algunas de las cuestiones que plantean los citados autores que niegan la antijuricidad como requisito. Por ejemplo, YZQUIERDO TOLSADA señala:

*“(...) con frecuencia un sujeto ha de responder por una conducta que en sí misma es considerada absolutamente lícita, ¿cómo entender, por ejemplo, que en la actividad de la navegación aérea se haya de responder incluso cuando el accidente se haya originado por un suceso fortuito (art. 120 LNA)? Antes de hablar de ‘acto lícito de consecuencia ilícita’ (...) o de ‘fatti leciti dannosi’ (...) prefiero creer que la antijuricidad no tiene por qué estar presente entre los elementos de la responsabilidad civil. Decir que el acto es lícito, pero que lo que no es ilícito es que por causa de él se haya dañado a alguien me parece retorcido y muy próximo al sofisma: por una parte, se afirma que tiene que haber antijuricidad y daño, y por otra, que como hay daño, hay antijuricidad. Me parece más sencillo decir que también puede haber responsabilidad por actos lícitos, porque, sencillamente, es más justo que los daños los soporte la compañía aérea a que tenga que ser la víctima quien se resigne con sus padecimientos.”*<sup>259</sup>

No coincidimos con la aproximación que realiza el autor. Creemos que cuando se admite la posibilidad de responder en supuestos de caso fortuito lo que está haciendo el legislador es abrir la puerta a la antijuricidad del daño. Es decir, se expresa normativamente que el perjudicado no tiene el deber de soportar el daño que se le ha causado. Partiendo de que el supuesto de responsabilidad objetiva tiene unas normas de imputación diferenciadas de la responsabilidad por culpa, y a pesar de que esta última sigue siendo la principal modalidad de imputación, lo cierto es que en este supuesto de responsabilidad objetiva nos encontramos frente a una actividad lícita que produce un daño antijurídico. No apreciamos sofisma alguno. El legislador entiende, con buen criterio, que la navegación aérea es una actividad lícita y, por tanto, alejada de toda noción de antijuricidad, pero que presenta unos riesgos muy importantes para la sociedad en la que se realiza dicha actividad. En consecuencia, estamos ante un supuesto de acto lícito cuyas consecuencias, si se cualifican como daño, generarán responsabilidad. No es que tenga que haber antijuricidad y daño, sino que la antijuricidad es elemento del daño. La antijuricidad, de acuerdo con DÍEZ-PICAZO, cualifica al daño, y puede llegar a afectar al comportamiento en los supuestos de acción culposa. Realmente, se trata de un desacuerdo más de aproximación que de conclusiones, pues, a fin de cuentas y como señala el autor, estamos ante un supuesto de responsabilidad por daños generados por actos lícitos. Insistimos en

---

<sup>259</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, pp. 162-163.



que, desde nuestro punto de vista, el daño, calificado como antijurídico, es el elemento fundamental, no el acto o la acción.

b) El daño civil

a. Aproximación al problema de la conceptualización. Teorías clásicas sobre el daño civil

Como hemos señalado en múltiples ocasiones *supra*, el daño es el elemento fundamental de la responsabilidad civil.<sup>260</sup> Antes de pasar a estudiarlo, es importante separar la problemática del daño de la problemática del resarcimiento del daño. La primera estudia las cuestiones acerca de su conceptualización, caracteres, etc y la segunda estudia cuándo y cómo se entiende satisfecha esta obligación civil. En lo que se refiere a nuestro discurso, nosotros estudiaremos en este apartado la primera problemática. La segunda será consecuentemente analizada *infra*, en el apartado referente al cumplimiento.

Como decíamos, el daño es el presupuesto imprescindible para el nacimiento de la responsabilidad civil. Aunque no es el único elemento a tener en cuenta, sí es el requisito determinante. Ya desde una perspectiva de política jurídica, hay dos modelos sistemáticos de daño. De una parte, el modelo típico, en el que los daños extracontractuales aparecen recogidos por la ley. Según este modelo, no todos los daños deben resarcirse, sino que únicamente procede la reparación respecto a aquellos expresamente previstos. De otra parte, el modelo atípico, en el que no existe una lista cerrada de daños resarcibles, sino que se parte de una cláusula general abierta. Cualquier supuesto que esté suficientemente cualificado como para presentar los requisitos previstos en esta cláusula, deberá resarcirse. DÍEZ-PICAZO aporta el trasfondo histórico señalando que el primer modelo procede de la interpretación pandectista del Derecho romano, mientras que, en el segundo supuesto, la protección es de influencia iusnaturalista.<sup>261</sup> Como ejemplos del primer modelo, suelen citarse los sistemas anglosajón y alemán. Como ejemplo del segundo, es cita obligada el sistema francés, el cual es tomado como referencia por el Derecho español.<sup>262</sup> En teoría, debería citarse aquí también el sistema italiano, pues aparece fuertemente influenciado por el modelo francés. Sin embargo, como ya hemos puesto de manifiesto *supra*, su daño no patrimonial es típico, por lo que, en realidad, estamos ante un modelo más bien híbrido si tomamos la noción de daño como un todo.<sup>263</sup> Por lo expuesto, en este apartado partiremos de la evidencia normativa de que el sistema de daños español es atípico y que rige, como hemos mencionado anteriormente, la regla del *neminem laedere* o *alterum non laedere*. Se trata de un sistema caracterizado por la generalidad del deber de cuidado frente a las esferas jurídicas de otros sujetos.

En este sentido, si ya nos encontramos condicionados histórica y culturalmente por un fundamento tan abstracto como es la regla general del deber de no dañar a otros, puede

---

<sup>260</sup> De esta opinión, VICENTE DOMINGO, E., “El daño”, p. 318.

<sup>261</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, p. 298.

<sup>262</sup> PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Comentario al artículo 1.902”, p. 1994, DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, p. 298 y VICENTE DOMINGO, E., “El daño”, pp. 322-323.

<sup>263</sup> *Cfr.* citando el modelo italiano como típico, *Ult. Op. Cit.*, p. 323.

intuirse fácilmente la dificultad de aportar un concepto jurídico de daño que resulte verdaderamente satisfactorio. No existe un concepto completamente cerrado de daño en nuestro sistema, sino que, por el contrario, se han presentado varias teorías a lo largo del transcurso de los años que se han acogido con mayor o menor interés durante más o menos tiempo. La cuestión presenta altos niveles de dificultad y, en el fondo, también aparece muy ligada al desarrollo social, cultural e histórico, pues en realidad, ¿qué es lo que realmente se está tutelando cuando se dice que un sujeto debe *reparar* el “daño” causado? ¿Cuál es la esfera propia del interés particular cuya afectación genera, inexorablemente, la obligación de indemnizar para el causante y el derecho a ser resarcido para el perjudicado? ¿Dónde está el límite entre aquello que debe ser resarcido y aquello que no debe serlo? Esperamos haber trasladado al lector la auténtica complejidad del asunto a través de estas preguntas. Es más, debemos subrayar que esta complejidad no redundan en un debate meramente dogmático o iusfilosófico, sino que se trata de una cuestión que también repercute en el interés estrictamente material de todos los ciudadanos. En todo caso, nos parece oportuno que la respuesta se empiece a buscar en la Historia. Decíamos *supra* que a lo largo de la evolución de la institución de la responsabilidad civil se aprecia un marcado carácter patrimonialista en lo que se refiere al daño y a su resarcimiento. Este carácter se iría diluyendo, aunque no eliminando, con el reconocimiento jurídico (doctrinal y jurisprudencial) de los daños no patrimoniales. Por ello, se complicaría aún más la cuestión a la que habría que darle respuesta desde el plano teórico.

Una de las teorías más relevantes que vino a intentar resolver la problemática es la teoría de la diferencia, propuesta por MOMMSEN.<sup>264</sup> Según esta teoría, el daño sería aquella diferencia entre la situación patrimonial del sujeto antes del hecho dañoso y después del mismo, considerando el total de ganancias no obtenidas, pérdidas y gastos. Por tanto, aquello que habría que tener en cuenta no es el bien concreto, sino el patrimonio total de la persona afectado por el daño. Aunque en alguna ocasión se haya empleado esta teoría por el Tribunal Supremo español, incluso en alguna sentencia relativamente reciente, lo cierto es que ésta no se encuentra exenta de críticas dado su alto nivel de abstracción y su reducción al campo meramente patrimonial, *rectius* estrictamente contable.<sup>265</sup> Posteriormente, la teoría del daño concreto, objetivo o real aportó un mayor nivel de concreción. En sus primeras acepciones, el daño equivaldría al valor concreto, objetivo o de mercado del bien menoscabado por la acción del causante. En otras palabras, se procede a individualizar el daño en el bien específico que se ha visto afectado y se identifica el contenido material de este daño con la merma que el perjudicado haya sufrido a través de su pérdida, inutilización o deterioro. Como bien podrá observarse, nos encontramos nuevamente frente a una teoría que únicamente se centra en el daño patrimonial, que no abarca los daños no patrimoniales y que, por tanto, debe rechazarse

---

<sup>264</sup> Autoría que le atribuyen ALPA, G., *La responsabilità civile*, pp. 390-391, BIANCA, C. M., *Diritto civile*, p. 118, CASTRONOVO, C., *Responsabilità civile*, p. 101 y DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, p. 309. Con algo más de detalle sobre la teoría de la diferencia, *Ibid.*, pp. 309-312.

<sup>265</sup> Críticamente VICENTE DOMINGO, E., “El daño”, p. 326 y PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Comentario al artículo 1.902”, pp. 1989-1990. De forma más detallada, sobre las críticas, DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, p. 312-314. En la doctrina italiana, por todos, CASTRONOVO, C., *Responsabilità civile*, p. 105.

su aplicación en la actualidad.<sup>266</sup> En la línea de la teoría del daño concreto, vistos los abstractos fundamentos del daño en nuestro sistema y la extrema dificultad de delimitarlo con concreción, parece lógico que haya que recurrir a un concepto, si no indeterminado, por lo menos algo más amplio del daño. No es de extrañar que la definición más citada por la doctrina actual sea la que en su día proporcionó la doctrina clásica, más concretamente, LARENZ, quien replantearía la teoría real, señalando que el daño era “*el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o patrimonio*”.<sup>267</sup> Esta definición proporcionaba la amplitud suficiente como para poder ser tenida en cuenta en los sistemas atípicos de cara a la apreciación del daño, aunque resulta, cuanto menos, llamativo que haya sido proporcionada por un autor proveniente de un Estado con un sistema típico de daños. Los logros más reseñables de esta definición frente a las anteriores serían, desde nuestro punto de vista, los siguientes. Primero, haber definido el daño como menoscabo, término que presenta la suficiente holgura como para abarcar tanto la disminución del valor, el deterioro o la pérdida del bien concreto. Segundo, la delimitación del objeto afectado, los bienes vitales o naturales de la persona, haciendo especial referencia a la propiedad o patrimonio. A juzgar por el empleo de los primeros términos, bienes vitales o naturales, se parte de un concepto del daño tan amplio que se puede dar cabida a la tutela de otro tipo de intereses humanos más allá de los estrictamente materiales, como el daño moral puro. No obstante, bien es cierto que, después de la publicación de la obra de LARENZ, éstos tardarían algunos años más en consolidarse indiscutiblemente. Tercero, la remota referencia a la causalidad y a la acción del causante, “*a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado*”, que sería posteriormente desarrollada y que nosotros estudiaremos más detenidamente *infra*. Por lo tanto, de lo expuesto puede observarse que esta concepción amplia del daño ciertamente permite un extenso margen de maniobra para el jurista a la hora de subsumir el suceso en el margen del dilatado concepto de *alterum non laedere*.

Sin embargo, parte de la doctrina considera especialmente censurable el hecho de que se haya asumido este concepto durante tanto tiempo de forma acrítica, obviando los múltiples problemas de individualización que, evidentemente, puede llegar a causar.<sup>268</sup> No hay que perder de vista que, partiendo de este concepto tan amplio, su contenido se tendría que ir matizando caso por caso. Conjuntamente, doctrina y jurisprudencia irían precisando los contenidos del concepto de daño. No obstante, a la luz del evidente componente práctico de la materia y de la necesidad de seguridad jurídica en los tribunales, actualmente va ganando seguidores la teoría del daño normativo. Según esta teoría, el daño tendría que cumplir con unos requisitos previamente fijados en la norma.

---

<sup>266</sup> VICENTE DOMINGO, E., “El daño”, p. 326-327 y PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Comentario al artículo 1.902”, p. 1988-1989.

<sup>267</sup> LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, p. 193. También es frecuentemente citada, aunque quizás con menor regularidad, la definición que aportara, algunos años antes, DE CUPIS, quien definió el daño como “*nocumento o pregiudizio, vale a dire annientamento o alterazione di una situazione favorevole*”, en la primera edición de su célebre obra *Il danno*, p. 9.

<sup>268</sup> Por todos, VICENTE DOMINGO, E., “El daño”, p. 326, aunque finalmente esta autora se decanta por un concepto amplio del daño y considera que no es necesario redefinirlo, *Ibid.*, pp. 328-329.

Al constatarse tales requisitos, se verifica consecuentemente la concurrencia del daño. En este sentido, bien puede apreciarse que esta teoría se relaciona intrínsecamente con el modelo típico de daños. A pesar de ello, es innegable la influencia de esta teoría en el modelo español de daños, el cual, recordemos, es atípico. Todo ello a pesar de la supuesta separación teórica de ambos sistemas. ¿Nos encaminamos hacia el modelo típico de daños? Lo cierto es que en España ya contamos con algunos ejemplos legislativos en este sentido. Piénsese por ejemplo en el artículo 9.3 LO 1/1982, que declara la existencia de un daño cada vez que se aprecie intromisión ilegítima en alguno de los derechos tutelados por la norma. El mayor problema en este tipo de supuestos es, precisamente, la inquietud de que a través de la norma especial se acabe desplazando a la norma general. Es decir, que se llegue a criterios o supuestos normativos tan restrictivos que se termine alterando la amplia regla principal prevista en el artículo 1902 CCesp. Por el momento, parece ser que, aunque nuestro ordenamiento se encamina en esta dirección, no hay indicios suficientes que permitan concluir que se ha desplazado por completo el sistema general.<sup>269</sup>

b. Planteamientos actuales. La teoría real y la teoría normativista del daño en la doctrina contemporánea. Toma de postura

En este panorama tan complejo, la doctrina actual más autorizada ha buscado delimitar aún más el concepto del daño. Tanto en España como en Italia, países, recordemos, bajo la influencia general del modelo francés, el debate no se ha cerrado aún dada la abstracción del fundamento del daño. Dos son las corrientes principales heredadas de las tradicionales teorías del daño. Por un lado, encontramos la teoría realista o subjetiva, que defiende tener en cuenta las circunstancias específicas del sujeto dañado considerando especialmente los factores singulares del daño patrimonial y/o no patrimonial, en lugar de hacer un ejercicio de abstracción normativa general.<sup>270</sup> Para esta teoría, a fin de cuentas, el punto de máximo interés estaría ubicado en “el daño en sí”, es decir, en la afección concreta al particular. Por otro lado, la concepción normativista propone definir el daño como la consecuencia negativa o lesión de un interés jurídicamente protegido.<sup>271</sup> Es muy importante resaltar que en esta corriente no se exige una tipicidad estricta del daño, sino que se requiere que el bien afectado revista cierto reconocimiento por el Derecho, de manera más o menos evidente. Es manifiesto que en los postulados de esta teoría se aprecian las influencias del normativismo radical o modelo típico del Derecho de daños, pero en ningún caso se llega a los extremos defendidos por éstos en el sentido de que el bien o interés afectado deba estar establecido, catalogado o delimitado expresamente en una norma previa. Según esta teoría, lo más importante no es la afección al sujeto particular sino el interés general y abstracto protegido por el Derecho.

---

<sup>269</sup> *Ibid.*, pp. 327-328.

<sup>270</sup> En Italia, partidario de esta concepción, por todos, CASTRONOVO, C., *Responsabilità civile*, p. 103-104. En España, aunque hablando terminológicamente de “concepción subjetiva y real concreta del daño”, PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Comentario al artículo 1.902”, pp. 1990-1992. Se adhiere a su tesis YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, p. 187.

<sup>271</sup> En España, ésta parece ser la posición de ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, p. 203. En Italia, por todos, ALPA, G., *La responsabilità civile*, p. 391.

En virtud de lo expuesto, partiendo de este actual dilema doctrinal, cabe preguntarse con qué coincide exactamente el daño, si con el exclusivo interés del afectado o con el interés jurídicamente protegido. A la hora de posicionarnos, debemos ser conscientes de que la respuesta además condicionará el modo de valoración del daño, que será subjetivo u objetivo según la teoría que se adopte. Es decir, tendremos especialmente en cuenta el valor de mercado si adoptamos un punto de vista objetivo o normativista. Por el contrario, si nos adherimos a un punto de vista subjetivo o realista, este valor de mercado nos será indiferente y tomaremos en consideración la exclusiva afección del perjudicado. En este sentido, nosotros consideramos que ambas teorías son muy razonables y que nos resulta imposible decantarnos por una de ellas y excluir completamente a la otra. En congruencia con nuestra posición sobre la antijuricidad del daño (entendida aquí como la característica de que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar el daño), quizás la respuesta más razonable sea valorar el hecho conjugando ambas teorías, es decir, partir del interés jurídicamente reconocido y modularlo en función del interés del agraviado. La totalidad de supuestos es inimaginable y nuestra respuesta es, ciertamente, insatisfactoria (como también lo sería la adhesión férrea a una exclusiva teoría u otra), pero así se expresan constantemente doctrina y jurisprudencia, quienes frecuentemente terminan moviéndose en una fina línea entre una teoría y la otra.<sup>272</sup> Desde nuestro punto de vista, sin negar la relevancia de la teoría subjetiva del daño, el principal daño que interesa, o debiera interesar, al Derecho es el daño como menoscabo de un interés jurídicamente relevante, el cual será modulado por el interés particular. La razón principal de nuestra postura no es otra que la necesidad de aportar algo más de seguridad jurídica en el ya incierto terreno

---

<sup>272</sup> Lo cual es especialmente llamativo aún en los casos en los que los autores se decantan expresamente por una u otra teoría. *E. gr.*, en YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, p. 187 donde el autor se posiciona expresamente a favor de la concepción subjetiva. Sin embargo, a renglón seguido menciona el artículo 103 CP 1973, que ordenaba que la reparación tuviera en cuenta el precio de la cosa y el de afección del agraviado, acentuando el autor la importancia del interés del afectado. Más allá de que pueda pensarse que no es un ejemplo muy sólido para defender su postura, visto que dicho artículo lleva varios años derogado, nuestro autor obvia la referencia expresa al precio de la cosa. Sin embargo, no parece descartarla del todo, ya que señala que a veces interesará tener muy en cuenta el valor de mercado y a veces éste permanece indiferente. En esta línea, si tengo en cuenta el valor de mercado, de alguna forma estoy considerando, aunque sea indirectamente, el valor objetivo conforme al criterio homónimo. Por tanto, no se termina de cerrar la puerta al criterio objetivo o normativista. Bien es cierto que YZQUIERDO TOLSADA habla en este sentido de la cuantificación y no del daño *stricto sensu*, pero de acuerdo con las normas generales, todo daño debe resarcirse, *vid.*, arts. 1902 CCesp y 2043 CCita. En consecuencia, dependiendo de lo que se entienda por daño, se terminará resarcido más o menos. En otras palabras, desde nuestro punto de vista, el concepto jurídico de daño es inseparable de la obligación de resarcirlo. Es por ello por lo que, si bien compartimos su visión de que sea necesario tener un concepto amplio de daño, separado de la concurrencia estricta de requisitos (visión que comparte con VICENTE DOMINGO, E., “El daño”, p. 328-329 junto a la superación de la revisión del concepto de daño), ello no implica necesariamente que deba descartarse la idea de que el daño está, al menos remotamente, conectado con algún interés jurídicamente protegido, el cual tendrá que repararse conforme a las normas generales. En esta línea de razonamiento, entendemos que no cabe, en puridad, separar el “daño” del “daño resarcible”. De nuevo, si todo daño jurídicamente considerado debe resarcirse, ¿tiene sentido la diferenciación entre “daño” y “daño resarcible”? (*Cfr. Ibid.* e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, p. 187, “Una cosa es, en fin, el daño- y otra -el daño resarcible, que es el que en definitiva interesa al jurista cuando llega el momento de valorar y reparar”) Una cosa es quizás hablar del quebranto, deterioro, menosprecio, etc en un nivel abstracto o general desde el punto de vista del lenguaje ordinario y otra bien distinta es hablar del daño como concepto jurídico.

de la determinación del concepto de daño. Creemos que a través de la adopción de un criterio algo más objetivo frente a otro más subjetivo se puede avanzar en tal dirección.

c. Caracteres del daño civil

En cualquier caso, independientemente de la teoría del daño que se adopte, parece haber acuerdo en que es necesario que el concepto que se maneje abarque los elementos del daño emergente y el lucro cesante.<sup>273</sup> Estos elementos aparecen normativamente previstos en los artículos 1106 CCesp y 1223 en relación con 2056 CCita. Señala DÍEZ-PICAZO que ambos conceptos provienen de la tradición escolástica, el *damnum emergens* y el *lucrum cessans*. En una somera aproximación conceptual, el daño emergente expresaría las pérdidas efectivamente sufridas así como los desembolsos realizados en atención al menoscabo, incluyendo aquellos efectos futuros previsibles conectados a un perjuicio actual y, por supuesto, los daños estrictamente morales. Por su parte, el lucro cesante equivaldría al beneficio frustrado o ganancias dejadas de obtener como consecuencia de haber sufrido un detrimento.<sup>274</sup> En esta línea, se observa cómo el daño emergente tiene una base considerablemente sólida, mientras que el lucro cesante parte de la incertidumbre hipotética. Ciertamente, algunos lucros cesantes son bien conocidos y se encuentran suficientemente delimitados antes de la constatación del daño. Utilizando un ejemplo de DÍEZ-PICAZO, imaginemos que se incendia una casa alquilada y se extingue el contrato de arrendamiento. Aquí se identifica claramente el lucro cesante del propietario con el beneficio concreto de las rentas que ha venido obteniendo y que dejará de percibir. Sin embargo, en la mayoría de los supuestos, los lucros frustrados tendrán que ser hipotéticos. Volviendo a los ejemplos del profesor, imaginemos que el mismo incendio impidiese el comienzo de una actividad empresarial. Según el parecer del ilustre civilista, el único criterio para resolver este tipo de supuestos sería el juicio de probabilidad o verosimilitud conforme al curso ordinario de las cosas.<sup>275</sup> Como puede suponerse, la jurisprudencia española e italiana tienden a ser estrictamente selectivas con la apreciación de este tipo de daños.

Ahondando en los caracteres del daño, resaltaremos que la primera característica es la certeza, efectividad o realidad. Es decir, se exige su máxima concreción fáctica en cuanto a existencia innegable y cuantía, excluyendo supuestos meramente hipotéticos. En este sentido, ha señalado VICENTE DOMINGO, apoyándose en la doctrina francesa, que el daño no tiene por qué ser estrictamente actual, sino que puede ser futuro, ya que su certeza puede quedar diferida en el tiempo. No obstante, se exige que sea incuestionable que el daño vaya a producirse o que sigan produciéndose en el supuesto de daños continuados.

---

<sup>273</sup> En España, por todos, DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, pp. 308-309 y ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, p. 204. En la doctrina italiana, por todos, BIANCA, C. M., *Diritto civile*, p. 122.

<sup>274</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, pp. 322-323. También en ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, p. 204.

<sup>275</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, pp. 323-324. Este autor incide, además, en que bajo el concepto de lucro cesante deben entenderse comprendidos aquellos casos de lesiones corporales, pérdida o disminución de la capacidad de trabajo, teniendo en cuenta la temporalidad o la permanencia del daño y la capacidad de obtener remuneración.

Por ejemplo en el caso de una larga incapacidad. Al contrario, no cabe la reparación del daño “eventual”, pues no sólo es futuro, sino que además es incierto.<sup>276</sup> En esta línea de razonamientos, en cuanto a la admisión del daño futuro, se situarían los daños relativos a la pérdida de oportunidad, definida como la desaparición de la probabilidad de un suceso favorable o pérdida de la oportunidad de obtener una ganancia.<sup>277</sup> Un claro ejemplo que cita la autora es la responsabilidad civil que surge como consecuencia del incumplimiento activo u omisivo en el asesoramiento y asistencia jurídica de los abogados a sus clientes. De aquí deriva la pérdida de la oportunidad de obtener resolución o sentencia favorable, más concretamente, en la presentación de documentos transcurrido el plazo. En cualquier caso, el daño debe poder probarse, con algunas evidentes excepciones o limitaciones, como por ejemplo en el caso del daño estrictamente moral.<sup>278</sup> En estos supuestos, la jurisprudencia tiende a señalar que el daño moral dimana, se extrae o se intuye a partir del propio suceso en sí, por lo que no es necesario probar la efectiva aflicción del perjudicado. Igualmente, se suele añadir la necesidad de que el daño sea “injusto” o “ilícito”, cualidades ciertamente relacionadas, al menos en un sentido amplio, con la antijuricidad mencionada *supra*.<sup>279</sup> Finalmente, en cuanto a los caracteres del daño, también es oportuno mencionar la exigencia de que el daño sea directo, en el sentido de que sea una consecuencia inmediatamente conectada al comportamiento dañoso (*vid.*, 1223 CCita). Se trata de un requisito estrechamente relacionado con la exigencia de causalidad, la cual analizaremos *infra*, que, por un lado, obliga a considerar aquellas consecuencias que, previsiblemente, sean efectos directos de la acción y, por otro, impide atribuir al causante aquellos menoscabos que se sitúen más allá de la esfera de consecuencias que cabría esperar de su acción dañosa. Igualmente, se requiere que el daño sea personal, es decir, que sea el propio afectado quien individualmente lo sufra.<sup>280</sup> Al respecto, cabe señalar que es posible que la reparación no sólo deba realizarse frente al agraviado principal, sino también ante sus familiares o terceros afectados.

#### d. Las clases de daños

En lo que se refiere a las clases de daños, decíamos *supra* que es una cuestión muy controvertida, ya que no hay una división completamente satisfactoria. La doctrina y la jurisprudencia tienden a clasificar el daño según su naturaleza, el objeto afectado, su duración, el momento en el que se manifiestan o quién los sufre. De esta forma, cualquier división acaba interseccionándose con las demás, provocando conceptos expresados gráficamente como círculos secantes y, finalmente, provocando clasificaciones cruzadas.

---

<sup>276</sup> VICENTE DOMINGO, E., “El daño”, p. 330-332.

<sup>277</sup> *Ibid.*, pp. 332-336. Definida también por la jurisprudencia como “*frustración de derechos, intereses y expectativas*” *Ibid.*, p. 325. También en YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, p. 194, quien señala “*la pérdida de oportunidad constituye una nueva categoría de daño, distinta individualmente del daño emergente que no se ha evitado, distinta del lucro cesante o ventaja o beneficio final esperado, y distinta del daño moral y distinta también del daño material*”.

<sup>278</sup> ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, pp. 203-204.

<sup>279</sup> VICENTE DOMINGO, E., “El daño”, pp. 337-338 y ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, p. 203. De otra opinión, los autores citados *supra*.

<sup>280</sup> Sobre ambos requisitos, VICENTE DOMINGO, E., “El daño”, pp. 336-337 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, pp. 190-191.

Hecha esta advertencia preliminar, pasaremos a exponer las principales clasificaciones del daño.

La primera clasificación es la del daño material o patrimonial frente al daño moral o no patrimonial. Como decíamos, se trata quizás de la clasificación más extendida tanto en Italia como en España, dado el carácter patrimonialista del Derecho civil. El daño patrimonial es aquél que, como podrá intuirse, afecta exclusivamente a la esfera patrimonial o material del sujeto. De otra parte, el daño moral es aquél que, por exclusión, afecta a esferas no patrimoniales del sujeto, como son el honor, la estima o la dignidad.<sup>281</sup> Este daño resulta especialmente problemático dada su naturaleza. En el caso de Italia, nos remitimos a las consideraciones realizadas *supra* – en el apartado referente a la consideración del daño moral como pretendida pena privada. En España, se reconocieron por primera vez en la ya celeberrima Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 6 de diciembre de 1912 en la que, al publicarse en el periódico la falsa noticia de que una mujer se había fugado con un sacerdote, se entendió que dicho comportamiento había vulnerado el honor de la afectada, que se le había causado un daño moral y que, consecuentemente, era obligatorio resarcirlo. Posteriormente, la doctrina del daño moral se confirmaría y se asentaría en nuestro ordenamiento. Sin embargo, a pesar del bagaje jurisprudencial, los problemas siguen siendo los mismos del primer día: su apreciación y su valoración, es decir, ¿cuándo se ha causado un daño moral? y ¿cómo se resarce? Las líneas en cuanto a su apreciación son altamente difusas y nada claras. Es por esta razón por la que ciertas normativas especiales, en nombre de la seguridad jurídica, tienden a tipificar algunos supuestos concretos cuya constatación generaría por sí sola el daño moral, como por ejemplo, la LO 1/1982. En cualquier caso, lo cierto es que, como decíamos, no son penas privadas sino auténticos daños no patrimoniales. En cuanto al problema de su resarcimiento, es evidente que aquí resulta de interés subrayar la función compensatoria de la responsabilidad civil frente a la exclusivamente reintegradora. Es decir, vista la imposibilidad, o extrema dificultad, de retrotraerse a la situación anterior al advenimiento del daño a través de la reparación, la función de la responsabilidad civil en estos casos es compensar el menoscabo sufrido en la medida de lo posible.

En cualquier caso, volviendo sobre la clasificación daño patrimonial *versus* no patrimonial, parece evidente que dicha clasificación toma en cuenta principalmente la naturaleza o el objeto del daño. Así, según este último punto de vista, el del objeto sobre el que recae el daño, también suele añadirse a esta clasificación el daño corporal,<sup>282</sup> que incluye el amplio abanico de menoscabos que puede sufrir una persona en su cuerpo; la vida, integridad física, salud, etc. Lo cierto es que, dependiendo del supuesto, la línea no siempre está tan clara en la separación entre lo patrimonial, lo moral y lo corporal. Pensemos por ejemplo en la rotura de un brazo de un gran jugador de baloncesto. Más allá del patente daño corporal, es cosa clara que tal rotura repercutirá en su patrimonio,

---

<sup>281</sup> ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, pp. 205-207. *Amplius*, VICENTE DOMINGO, E., “El daño”, pp. 338-360. Partidario de una concepción estricta del daño moral, DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, pp. 328-329.

<sup>282</sup> Así lo hace YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, pp. 195-196. También sobre el daño corporal, difusamente, VICENTE DOMINGO, E., “El daño”, pp. 393-399.



pues el deporte profesional es su modo de vida. De la misma forma, si tan especial es efectivamente el deporte para él, no es insensato pensar que, si las lesiones son permanentes o especialmente graves, se hayan producido igualmente daños morales al verse privado de la satisfacción personal de jugar con su equipo y ganar competiciones. A pesar de la abundancia de este tipo de supuestos problemáticos en lo que se refiere a las fronteras de cada daño, es cuestión ampliamente aceptada que no cabe duplicidad indemnizatoria. La función de la responsabilidad civil es resarcitoria y, por tanto, no cabe el lucro injusto.

Otra de las grandes clasificaciones del daño es en función del tiempo. Por un lado, se clasifican los daños respecto al tiempo que éstos tardan en aparecer y, por otro, en cuanto al tiempo que permanecen esos daños. En lo que se refiere al momento en que se presenta el daño, se distingue entre el daño inmediato, aquél que es apreciable ya en el mismo momento en el que acontece el hecho dañoso, (*e. gr.*, la pérdida de las mercancías de un tren tras un descarrilamiento) y el daño mediato o diferido, aquél que aparece tiempo después de haber ocurrido el suceso que lo origina (*e. gr.*, la aparición de síntomas de efectos secundarios nocivos para la salud tras haber ingerido algún medicamento).<sup>283</sup> En cuanto a la segunda clasificación, se habla de daños duraderos o permanentes, que serían aquellos producidos en un momento determinado que son más o menos prolongados en el tiempo (*e. gr.*, una enfermedad crónica) y de daños continuados, que serían tanto aquellos daños causados por hechos dañosos prolongados cuyos efectos serían también duraderos durante un cierto periodo (*e. gr.* contaminación atmosférica),<sup>284</sup> como los que vienen causados por una conducta dañosa persistente en el tiempo, la cual, al eliminarse, se deja de sufrir el daño (*e. gr.*, supuestos de contaminación acústica). Es importante resaltar que estas distinciones son especialmente relevantes de cara a evaluar los cómputos de plazos legales. Finalmente, nos resulta de interés mencionar una clasificación realizada en virtud de los perjudicados. Así, se distingue entre el daño directo y el daño indirecto o por rebote – *par ricochet*. De una parte, el daño directo es aquél sufrido por la persona inicialmente dañada, quien es perjudicado inmediato por la acción dañosa en su esfera privada. De otra parte, el daño indirecto es aquél que sufre alguien que no es perjudicado principal o inicial, sino más bien secundario o subsidiario. Piénsese por ejemplo en los casos de fallecimiento, la persona inicialmente dañada es, lógicamente el fallecido, pero quienes sufren el daño indirectamente son los familiares y allegados.<sup>285</sup>

#### e. La antijuricidad del daño y las causas de justificación

De acuerdo con nuestra posición, la antijuricidad es un elemento del daño. Por tanto, pasamos a enumerar aquí los supuestos que excluyen esta antijuricidad y que, si efectivamente se aprecian, impiden que nazca la responsabilidad civil. En primer lugar,

---

<sup>283</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, p. 190. *Vid.*, ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, p. 207 quienes añaden los daños sobrevenidos, que serían aquellos que aparecen con posterioridad a la determinación de la indemnización y que, efectivamente, son consecuencia de la misma acción.

<sup>284</sup> *Ult. Op. Cit.*

<sup>285</sup> VICENTE DOMINGO, E., “El daño”, pp. 393-399.

lo más llamativo sobre las causas de justificación en Derecho civil español es que no hay una solución legislativa prevista en el Código Civil. En el caso de España, las causas se encuentran reguladas en el Código Penal, cosa que es realmente sorprendente. Por tanto, nos encontramos frente a un problema inicial serio: hay una laguna jurídica en España, cuanto menos, aparente. De otra parte, en el caso de Italia, decíamos que se entiende que la antijuricidad está contemplada indirectamente en el artículo 2043 CCita, dentro de la noción de *danno ingiusto*. Igualmente, en lo que se refiere a esta materia, existe una regulación expresa de la legítima defensa y del estado de necesidad en los artículos 2044 y 2045 CCita, con algunos matices de interés que mencionaremos. Por ello, lo más llamativo de esta realidad es que en este tipo de supuestos, la actual doctrina civilista española, se ve obligada a acudir al Código Penal incluso para los casos de responsabilidad civil “pura”.<sup>286</sup>

*i. El consentimiento del ofendido. Derecho civil y Derecho penal.*

En primer lugar, hay una circunstancia que suele citarse por la doctrina civilista como causa de justificación, la cual no es, en realidad, una causa de justificación penal y que, por tanto, tiene un tratamiento jurídico bien diferenciado en sede punitiva. Se trata del consentimiento del ofendido. En el caso del Derecho penal, el consentimiento del ofendido no es, en puridad, una causa de justificación ni excluye la antijuricidad. Por el contrario, en algunos delitos este consentimiento podrá, si acaso, excluir la tipicidad de algún delito o rebajar la pena, aunque no en todos los casos. Piénsese por ejemplo en un delito de allanamiento (art. 202.1 CPesp) o de abuso sexual (art. 181.1 CPesp). En estos supuestos, si el consentimiento es válida y libremente emitido, se excluye la tipicidad y, por tanto, no hay responsabilidad penal. Sin embargo, en otros casos se responde penalmente aun con consentimiento, por ejemplo en los casos de delito de aborto del artículo 145 CPesp. Finalmente, es posible que el consentimiento de la víctima no afecte a la tipicidad, siendo irrelevante de cara al nacimiento de la responsabilidad penal, pero permita al sujeto activo beneficiarse de una penalidad más ventajosa, por ejemplo en los supuestos de lesiones a través del artículo 155 CPesp. Por tanto, parece evidente que no hay un tratamiento homogéneo del consentimiento de la víctima, sujeto pasivo o perjudicado en Derecho penal, mientras que en Derecho civil, la realidad es bien distinta. En virtud de la regla *volenti non fit iniuria*, según los civilistas, los daños que consiente la víctima no generan responsabilidad civil.<sup>287</sup> Desde nuestro punto de vista sobre la antijuricidad, esta regla equivaldría a señalar que el perjudicado tiene el deber jurídico de soportar los daños que él mismo consiente. En este sentido, será necesario partir de qué intereses privados se puede disponer y con arreglo a qué formalismos. Nos señala YZQUIERDO TOLSADA, con razón, que no habría ningún problema en disponer de todos los bienes patrimoniales, aunque, por el contrario, no todos los bienes y derechos de la personalidad son libremente disponibles.<sup>288</sup> Sin embargo, es importante señalar que, de acuerdo con las normas de imputación objetiva, consentir el daño no es lo mismo que

<sup>286</sup> Así, por todos, DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, pp. 298-299.

<sup>287</sup> Así, por todos, en Italia, BIANCA, C. M., *Diritto civile*, pp. 655-657. Por la doctrina española, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, pp. 164-165.

<sup>288</sup> *Ult. Op. Cit.*, pp. 166-167. Ampliamente, sobre la disposición, *Ibid.*, pp. 166-171.

asumir un riesgo, que se aprecie la culpa exclusiva de la víctima o que se constate el concurso de culpas. Todas estas nociones y sus implicaciones para la responsabilidad civil se analizarán en el apartado de la causalidad. No obstante, respecto a la asunción de un riesgo, si bien se trata de una noción cuyo contenido material está a caballo entre el concepto de daño y la imputación objetiva, haremos a continuación un breve deslinde de este término frente al consentimiento del daño *stricto sensu*. Quien consiente el daño, consiente libre, voluntaria y directamente las consecuencias de la acción dañosa, mientras que, quien consiente un riesgo, consiente las posibles consecuencias de una acción que, *a priori*, podría resultar dañosa. Por ejemplo, si se consiente la amputación de un dedo gangrenado, se tolera directamente el daño. Por el contrario, si me someto a un tratamiento contra el cáncer, consiento los riesgos propios de dicho tratamiento, por lo que los daños directamente causados por la terapia debidamente ejecutada no generarán responsabilidad civil alguna, ya que es un riesgo libremente asumido. Ahora bien, lo que no se entiende consentido en ningún caso, a pesar de que se acepte el riesgo, son las negligencias, incrementos del riesgo no previstos ni permitidos y las vulneraciones de la *lex artis*, como por ejemplo, volviendo al supuesto del tratamiento, realizarlo en condiciones insalubres, suministrar un medicamento abiertamente equivocado, etc.<sup>289</sup>

## ii. *La legítima defensa*

Por otro lado, se encuentran las causas de justificación ampliamente conocidas y trabajadas por los penalistas: la legítima defensa, el estado de necesidad y el ejercicio legítimo de un derecho o el cumplimiento de una obligación. Pasaremos a delimitarlas con carácter general. La primera de ellas consiste en una suerte de autodefensa justificada por una agresión ilegítima previa. Los requisitos básicos son, en primer lugar, una conducta ilegítima externa que amenace o que agrede bienes o derechos personales o ajenos. Esta conducta externa tiene que ser seria, real, intencional e injustificada, además de actual o inminente. De la misma forma, se requiere que haya una necesidad racional de defensa, la cual debe ser idónea y proporcionada en medios y en intensidad.<sup>290</sup> En casos de exceso intensivo, el artículo 2044 CCita en relación con el 55 CPita permiten que el juez otorgue discrecionalmente a la víctima una *indennità* (*cfr. risarcimento*) valorada conforme a la equidad judicial.

En España no hay referencia a la legítima defensa en las normas de responsabilidad civil previstas en el Código Penal, por lo que parece que, si acaso, únicamente se podría tener en cuenta aquella prevista para la responsabilidad penal en el artículo 20 4ª CCesp a través

---

<sup>289</sup> Sobre esta diferencia entre la aceptación del riesgo y la aceptación del daño, BIANCA, C. M., *Diritto civile*, pp. 657-658.

<sup>290</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, pp. 299-301. Sobre los requisitos de esta legítima defensa en el orden civil italiano, BIANCA, C. M., *Diritto civile*, ampliamente pp. 649-655. También cabe señalar que en Italia se modificaron las normas penales y civiles respecto a la legítima defensa del domicilio privado o lugar donde se ejerza una actividad comercial, profesional o empresarial en 2019. A grandes rasgos, se ha procedido a dilatar los requisitos para poder apreciar la legítima defensa en ciertos lugares, permitiendo expresamente el empleo o amenaza de uso de armas u otro medio coactivo para defender la vida o bienes propios o ajenos (*vid.*, arts. 2044 CCita y 52 CPita).

de la analogía.<sup>291</sup> En tal sentido, las dudas al respecto son múltiples, empezando por si realmente es necesario que la agresión a la persona o derechos propios o ajenos sea un delito como señala el propio artículo 20 4ª primero. Igualmente, bien es sabido por los penalistas que si no concurren todos los requisitos para apreciar la causa de justificación (entendiendo que sí concurre al menos el criterio objetivo esencial, esto es, la agresión ilegítima), se apreciaría, en función del número y entidad de los elementos que falten, la causa de justificación incompleta (*vid.* art. 68 CPesp) y, por tanto, se bajaría la pena en uno o dos grados, o bien, la atenuante (*vid.*, art. 21 1ª CPesp en relación con 66.1 1ª CPesp) aplicando la pena en su mitad inferior. Sin ánimo de entrar en las consideraciones propias en sede de responsabilidad civil *ex delicto*, ¿qué ocurriría en estos casos en sede de responsabilidad civil “pura”? ¿de alguna forma afectaría al nacimiento o cuantificación? Teniendo en cuenta los parámetros del nacimiento e imputación propios del Derecho de daños, adelantamos que quizás la respuesta negativa sería la más razonable debido a que la responsabilidad civil no se construye sobre el criterio de la culpabilidad como la responsabilidad penal, sino sobre el criterio del daño. En este sentido, si no se aprecian todos los requisitos de la legítima defensa, el daño es antijurídico (aunque con razón pudiera argumentarse que lo sea en menor grado), por lo que éste, parece ser, tendría que resarcirse en su totalidad.

Todo este razonamiento en abstracto nos lleva a plantearnos si en realidad resulta razonable desde el punto de vista de la política jurídica que, en estos supuestos, se obligue a resarcir el daño en su totalidad y si, por el contrario, no sería más razonable que el legislador permitiese al juez otorgar alguna compensación de algún tipo sometida a la equidad, en la línea de la solución italiana. Todo ello para evitar que se tenga que resarcir el daño causado *in toto* por no haberse apreciado la totalidad de los requisitos de la legítima defensa, sino únicamente algunos. A la vista de la ausencia de normas civiles, quisiéramos dejar aquí la cuestión apuntada. En esta línea de inseguridad jurídica que nos aporta el vacío legal, ¿qué ocurre en los supuestos de error (en general) sobre los elementos de la legítima defensa? ¿y, concretamente, en los supuestos de legítima defensa putativa? De nuevo, muy probablemente la respuesta más convincente sea, visto el estado de las cosas y teniendo en cuenta el razonamiento iusprivatista realizado, considerar que tales supuestos son irrelevantes de cara al nacimiento y valoración de la responsabilidad civil. Por el momento, únicamente debemos resaltar que, en los supuestos en los que se aprecien por completo los requisitos de las causas de justificación, no se generará responsabilidad civil.

### *iii. El estado de necesidad*

En segundo lugar, tampoco habrá responsabilidad civil en los supuestos en los que se aprecie estado de necesidad. Dicha causa de justificación consiste, en sentido amplio, en una situación límite no provocada por el sujeto en la que, para salvaguardar un interés, sacrifica otro de igual o mayor importancia. En estos casos se entiende que la conducta

---

<sup>291</sup> Acuden a tal artículo, *e. gr.*, DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, pp. 299-301, ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, p. 67 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, pp. 171-172.

no es reprobable desde el punto de vista del Derecho y, en consecuencia, se justifica el comportamiento y no se genera responsabilidad. Los elementos del estado de necesidad, *lato sensu*, son una situación de conflicto entre dos males reales, inminentes o actuales, de entre los cuales el sujeto puede elegir evitar uno; el daño efectivamente realizado, es decir, la causación real de un daño, la instrumentalidad del daño o, en otras palabras, el hecho de haber causado el mal precisamente para evitar el otro; y la proporcionalidad entre el mal que se causa y el que se pretendía evitar. También es necesario que la situación no haya sido provocada por quien actúa, pero, por el contrario, no se exige que se haya evitado efectivamente el mal.<sup>292</sup> En Italia, el art. 2045 CCita permite al juez establecer una *indennità* (*cf. risarcimento*) para el perjudicado en base a criterios de equidad. Es importante resaltar que, a diferencia de lo que veíamos en el párrafo anterior respecto a la *indennità* en casos de legítima defensa, aquí no se llega a exigir ningún exceso intensivo, ni la ausencia de algún elemento no esencial, ni nada similar. Se entiende que la *indennità* es de libre apreciación conforme a la equidad judicial.

Por el contrario, la regla general en España es que no se responsabiliza directamente al causante. El Código Penal establece una regla especial en el artículo 118.1 3ª, que responsabiliza directamente a aquellas personas beneficiadas por la causación del mal en proporción al perjuicio que se les hubiera evitado, si fuera estimable, o en la que el Juez o Tribunal establezca según su prudente arbitrio.<sup>293</sup> La doctrina civilista más autorizada expone que este tipo de normas en las que el perjudicado es indemnizado por los favorecidos cuenta con gran tradición en la codificación penal española.<sup>294</sup> Lo más llamativo es que no responde el causante como regla general (¡ni siquiera a título de *indennità* o compensación!), que sería lo más razonable de acuerdo con las normas generales de la responsabilidad civil. Igualmente, en este supuesto no se indemniza el daño sufrido por el perjudicado, sino que se indemniza en función del mal evitado o de aquél que el juez establezca según la equidad. Sobre esta norma, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO al justificar el interés científico de su excelente monografía sobre la materia, ha señalado que el estado de necesidad ha atraído la atención de los penalistas, pero que de él poco se han ocupado los civilistas, expresando que los comentarios usuales a los artículos del Código suelen ser bastante superficiales.<sup>295</sup> En consecuencia, según las declaraciones del autor, no parece que la doctrina civilista haya profundizado en ella tanto como la doctrina penalista. Vistas las incongruencias con los fundamentos más básicos de la responsabilidad civil, este autor ha expuesto que para entender correctamente este

---

<sup>292</sup> ALPA, G., *La responsabilità civile*, pp. 223-227 y, con más detalle, BIANCA, C. M., *Diritto civile*, pp. 637-649.

<sup>293</sup> A favor de esta solución del Código Penal, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, pp. 172-173. Críticamente GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *Ilicitud, culpa y estado de necesidad*, pp. 193-218, quien propone distinguir con mayor precisión los diferentes supuestos de colisión entre los bienes jurídicos en juego, diferenciando aquellos materiales, animales, inmateriales, vida o salud. También en *Id.*, “Causas de justificación”, pp. 65-66 y 102.

<sup>294</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, pp. 301-302. De forma mucho más detallada, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *Ilicitud, culpa y estado de necesidad*, pp. 117-139.

<sup>295</sup> GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *Ilicitud, culpa y estado de necesidad*, p. 16.

precepto es necesario partir de los planteamientos de la causalidad hipotética o adelantada.<sup>296</sup>

En este sentido, los problemas de interpretación de la norma se disparan. Sin despegarnos del objeto principal de nuestro trabajo, por el momento quisiéramos dejar anotadas algunas dudas. Primera, ¿es una norma aplicable en supuestos de responsabilidad civil “pura” o únicamente en supuestos *ex delicto*? Parecería aplicable en todos los supuestos, a la vista de la anteriormente mencionada laguna en el Código Civil español. Segunda, este razonamiento jurídico que cristaliza la norma ¿es acorde con la función reparatoria de la responsabilidad civil? Si hay que reparar conforme al mal evitado (o peor, conforme señale el juez a través de la equidad), se repara en función de un juicio hipotético, por lo que no se está reparando el daño efectivamente causado. No nos parece que estemos ante una función compensatoria, al menos de una manera evidente, ya que no se pretende compensar el daño efectivamente causado ni es el causante quien debe resarcirlo. Las reglas de causalidad hipotética o de equidad arrojan poca luz en este sentido. Tercera, si no hay una función reparatoria clara ¿qué función está ejerciendo la responsabilidad civil de acuerdo con esta norma? ¿Tal vez preventiva o punitiva? Cuestión aún menos clara. ¿Qué se está previniendo o castigando exactamente si se repara en función del mal evitado o de la equidad judicial y tiene que reparar el beneficiado? De otra forma, quizás se trate de un supuesto de socialización de daños, en el sentido de que se pretende hacer responsable a otra persona que no es el causante. Sin embargo, tal punto de vista no llegaría muy lejos, ya que en estos casos se habría trasladado la responsabilidad al conjunto de la sociedad, no a una persona concreta. Cuarta, ¿cuáles serían los parámetros de evaluación del mal evitado? En caso de que no se sepa responder esta pregunta, el Código permite, al menos, acudir a la equidad, por lo que hay “algo” de seguridad jurídica para el órgano judicial, que tendrá algún criterio al que atenerse a la hora de resolver. En cambio, nos parece innegable que existirá gran inseguridad jurídica tanto para el perjudicado como para el condenado. Quinta, en los supuestos en los que el mal evitado es mucho mayor que el mal provocado ¿cabe condenar a reparar más allá del perjuicio efectivamente causado? Por la literalidad del precepto, bien pudiera parecer que sí. A juzgar por el silogismo que emplea el artículo, entendemos que éste estipula expresamente que, si el daño evitado es estimable, se resarcirá en proporción a éste. En caso contrario, se deja la cuestión en manos del juez. De esta forma, si el Código nos permite esta posibilidad (o, mejor dicho, nos obliga a actuar así), la solución nos parece abiertamente criticable. Quizás habría que hacer una interpretación sistemática de la norma para ubicarla correctamente en sede de responsabilidad civil y evitar, de este modo, que se resarza más del perjuicio verdaderamente causado, poniendo como límite este último. En cualquier caso, no nos parece de recibo que deba tenerse en cuenta el mal evitado de cara a delimitar la cuota de la indemnización, sino el perjuicio efectivamente causado. Sexta, ¿cuál es el criterio para determinar quién es beneficiado por la acción dañosa? Realmente, si el criterio de la causalidad hipotética obliga a determinar la regla a futuro, la lista de los beneficiados puede extenderse *ad infinitum*. No hay una regla clara y determinante en tal sentido. Tomando dos ejemplos de GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO. El primero, en

---

<sup>296</sup> *Id.*, “Causas de justificación”, p. 65.

el caso de incendio de una hilera de 17 casas, con el fuego arrasando la segunda, se derriba la tercera de ellas para evitar que el fuego se expanda. ¿Únicamente los propietarios son los beneficiados? ¿y los arrendatarios o cualquier persona con Derechos reales? ¿y las aseguradoras que van a ahorrarse suntuosos pagos? ¿los allegados de los habitantes de las casas, quienes van a gozar de la compañía de sus seres queridos, Dios mediante, durante muchos años gracias a que se ha evitado el incendio? ¿el servicio de bomberos, que ahorrará tiempo y esfuerzo? El segundo, un supuesto de echazón de contenedores al mar en un barco a punto de irse a pique. ¿Son los pasajeros los únicos beneficiados? ¿y la compañía de transportes? ¿y la aseguradora? ¿y los dueños de los contenedores? ¿y los empresarios que comercializarán con las mercancías? ¿y los clientes?<sup>297</sup> Al respecto, somos muy conscientes de lo absurdo que puede parecer al lector el hecho de citar tantos beneficiados tan remotos, pero lo cierto es que la regla de la causalidad hipotética lleva a esos extremos. No es un supuesto de causalidad directa o inmediata ni de imputación objetiva. Se trata de una regla que no es nada precisa y que, por tanto, no nos parece descabellado que se abra un debate sobre su conveniencia. Por todo lo expuesto, muchas son las dudas que tenemos respecto a la conveniencia y contenido de este precepto. De hecho, más razonable nos resulta la aproximación del Código Civil italiano.<sup>298</sup>

iv. *El ejercicio legítimo de un derecho o cumplimiento de una obligación.*

Finalmente, el ejercicio legítimo de un derecho o cumplimiento de una obligación también es causa de justificación y, por tanto, impide el nacimiento de la responsabilidad civil. *Qui suo iure utitur neminem laedit*. Naturalmente, los límites habrán de encontrarse en el concreto ejercicio del derecho o en el específico cumplimiento de la obligación. En consecuencia, de conformidad con el artículo 7.2 CCesp, el abuso de derecho o la extralimitación del cumplimiento del deber generará responsabilidad.<sup>299</sup>

v. *Reflexión final*

Una última reflexión. Seguramente, el penalista se plantee qué ocurre en los supuestos en los que no se aprecian todos los elementos de la causa de justificación, en los casos de error sobre los elementos, de exceso intensivo o extensivo...etc. Como ya hicimos única y someramente respecto a la legítima defensa, entendemos extensible la argumentación allí realizada al resto de supuestos. Estas circunstancias serían, en virtud del razonamiento jurídico y de los criterios de nacimiento e imputación propios del Derecho de daños, irrelevantes tanto para el nacimiento como para la cuantificación.<sup>300</sup> Cosa distinta es que el legislador decida otorgar cierta discrecionalidad al juez para, en virtud de la equidad,

---

<sup>297</sup> *Ibid.*, pp. 65-66.

<sup>298</sup> En esta línea, partidario de la diferencia apreciable en el Derecho comparado entre el resarcimiento, como medida de abono de la totalidad de los daños producidos, y la indemnización, como medida reequilibradora, PASQUAL DEL RIQUELME HERRERO, M., “Artículo 118.1. 3ª y 4ª”, pp. 500-501.

<sup>299</sup> Sobre cómo estas circunstancias afectan a la responsabilidad civil, ALPA, G., *La responsabilità civile*, pp. 219-221, BIANCA, C. M., *Diritto civile*, pp. 658-659, DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, pp. 302-304, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, pp. 174-178 y ROCA TRIAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, p. 106.

<sup>300</sup> De esta opinión, por todos, MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 478.

modular la cuantía. Sin embargo, visto el estado de las cosas, no parece que dichas circunstancias, *a priori* y con carácter general, sean relevantes para el nacimiento o cuantificación de la responsabilidad civil. Dicho de otra forma, en principio, la antijuricidad únicamente se excluye, en sede de responsabilidad civil, si se aprecian todos y cada uno de los elementos propios de la causa de justificación correspondiente.

c) Las reglas de causalidad e imputación objetiva

Las reglas de causalidad e imputación objetiva o nexo causal *lato sensu* es aquel requisito del Derecho de daños (también de los delitos de resultado y del tipo en comisión por omisión) que conecta la consecuencia física o real con el comportamiento que la ha originado. No se trata, por tanto, de un criterio estrictamente físico o secuencial, sino de un criterio jurídico, que permite atribuir, conforme a Derecho, un resultado a un determinado comportamiento. Se habla, entonces, de que es un elemento de atribuibilidad de una realidad en el mundo físico al comportamiento de un sujeto determinado y, por el cual, debe responder civil o penalmente. En otras palabras, es un conjunto de criterios que permiten decir, conforme a las normas jurídicas, que la consecuencia *x* se ha producido por la acción u omisión realizada por el sujeto *y*. En lo que se refiere al Derecho de daños, se va a estudiar si se atribuye la consecuencia “daño civil” al comportamiento del sujeto, haciendo a éste responsable. En cambio, en Derecho Penal, se analizaría si el resultado previsto en el tipo se asigna jurídicamente al comportamiento activo u omisivo del sujeto. Por claridad expositiva, este apartado vamos a dividirlo en dos partes. En primer lugar expondremos las teorías causales clásicas y, en segundo lugar, analizaremos las reglas de la imputación objetiva.

No obstante, antes de adentrarnos en la temática, debemos adelantar que no todos los autores están de acuerdo en la división terminológica entre causalidad e imputación objetiva. Por ejemplo REGLERO CAMPOS y MEDINA ALCOZ hablan de imputación causal como sinónimo de imputación objetiva, así como de que la causalidad es una cuestión de hecho y la imputación una cuestión de Derecho.<sup>301</sup> Es posible que se trate de una simple cuestión de matices. Sin embargo, como desarrollaremos, las teorías de causalidad nos resultan, más bien, una serie de reglas jurídicas de atribución del resultado que, posteriormente, evolucionarían hacia la teoría de la imputación objetiva. Bien podría decirse que las reglas clásicas de causalidad son el antecedente o condicionante histórico previo a la teoría de la imputación objetiva (que se ve abiertamente influenciada por aquéllas), aunque lo cierto es que, a pesar de la aparente unidad, no hay una teoría propiamente compacta o única de la imputación objetiva, sino una serie de reglas aparentemente relacionadas y sistematizadas que, en virtud de cada una de ellas, permiten excluir o apreciar la imputación. De nuevo, una cuestión de matices quizás.

---

<sup>301</sup> REGLERO CAMPOS, L. F. y MEDINA ALCOZ, “El nexo causal”, pp. 768 y 774. Similarmente, ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, pp. 172-173, quienes distinguen respectivamente entre causalidad material, o causalidad *stricto sensu*, y causalidad jurídica, o imputación objetiva. De otra opinión, por todos, defendiendo la necesidad de separar las reglas de la causalidad (o *conditio sine qua non*) de las reglas de la imputación objetiva, PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Causalidad e imputación objetiva”, pp. 1563-1566.



a. Teorías causales clásicas

Para poder aproximarnos al problema de la causalidad, es necesario partir de la diferenciación entre la causalidad natural o física y la causalidad jurídica. En la naturaleza o en el mundo real, toda realidad o cambio es consecuencia de una pluralidad de causas entrelazadas con mayor o menor nitidez, más directas o más indirectas, más próximas o más lejanas. Piénsese, por ejemplo, en un bosque. Muchos son los sucesos que deben ocurrir para que exista uno: debe haber un suelo medianamente fértil, vida vegetal, suficiente luz y agua dependiendo del tipo de clima y de flora, es necesaria la vida animal que equilibre el ecosistema, debe haber ausencia de una tala o una contaminación indiscriminada para que no se termine destruyendo la totalidad de la foresta, etc. Son tantas y tan complejas las causas de la mera existencia de un simple bosque que imaginemos cómo de complicada debe ser la explicación de la totalidad de las causas que influyen en los sucesos humanos. En este sentido, el Derecho ha tenido (y tiene) también sus normas propias de atribución del resultado, diferenciadas de las normas naturales o físicas.

En primer lugar, para solucionar los casos más simples, ya desde antiguo se viene acudiendo a la regla de la *conditio sine qua non*. Se trata de una pauta según la cual, si al eliminar una conducta, desaparece el resultado, es porque la conducta ha generado el resultado. Por tanto, el sujeto responde. Si A no hubiera disparado a B, B seguiría vivo, por lo que A responde por la muerte de B. Sin embargo, es una regla ciertamente abstracta, ya que, si se llega a aplicar al extremo, se llegaría, como decía el conocido ejemplo de BINDING, a condenar por adulterio al carpintero que ha hecho la cama donde yacen los amantes.<sup>302</sup> No es una regla altamente convincente. Del mismo modo, resulta especialmente problemática en supuestos de concurrencia de varias causas. Es por ello que otra de las teorías clásicas, llamada de la equivalencia de condiciones (muy en la línea de esta primera y arcaica causalidad), señala tajantemente que son equivalentes todas las condiciones que hayan intervenido en alguno de los acontecimientos que hayan producido finalmente el resultado y que, por tanto, todo aquél que haya tomado parte es responsable.<sup>303</sup> Es evidente que semejante razonamiento resulta ampliamente desproporcionado, ya que, seguramente, no todas las causas hayan tenido el mismo papel en la producción del resultado. Piénsese en el conocido caso de la vaca que aparece muerta en una finca vecina y que entre varias personas ayudan a cargarla en un camión. Sin haber conocido expresamente la causa de la muerte aunque sospechando que pudiera ser por hidrofobia, todos los intervinientes se someten a tratamiento antibiótico. En uno de ellos la vacuna da reacción y queda parálítico. En este caso, el Tribunal Supremo aplicó la equivalencia de las condiciones y declaró responsable al dueño de la vaca.<sup>304</sup>

---

<sup>302</sup> BINDING, K., *Die Normen und ihre Übertretung*, t. 2, vol. 1, p. 479.

<sup>303</sup> ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, p. 176. Vid., YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, p. 217, quien atribuye la teoría de la equivalencia de las condiciones a VON VURI. Críticamente, PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Causalidad e imputación objetiva”, p. 1565.

<sup>304</sup> STS (Sala de lo Civil), de 10 de febrero de 1959.

Otra de las teorías causales clásicas es la teoría de la causalidad directa, próxima o inmediata. Según la cual, para que el daño pueda imputarse causalmente al sujeto, es necesario que éste haya intervenido de tal manera que la cadena de eventos causales no haya sido alterada por la participación de otra serie causal. *In iure non remota causa, sed proxima spectatur*. En otras palabras, para aplicar esta teoría es indispensable que la intervención del sujeto sea directa e inmediatamente productora del daño.<sup>305</sup> Ciertamente, se trata de una perspectiva exclusivamente cronológica que puede ayudar a resolver algunos casos de múltiples factores causales, pero esta teoría resulta inservible frente a aquellos supuestos en los que existen elementos remotos que han tenido una gran relevancia a la hora de la producción del daño. De otra parte, la teoría de la causalidad adecuada o eficiente defiende que cuando ocurren varios sucesos, todos intervinientes en el proceso causal, la causa a la que se le atribuye el resultado es aquella que, conforme a la previsibilidad *ex ante*, debería haber producido por sí sola el daño. Por tanto, rechaza la causalidad material por sí sola, sustituyéndola por el mencionado criterio normativo. Se trata de un criterio que se basa en razones de seguridad o verosimilitud estadística, lo cual resulta más razonable que los criterios meramente naturales, acumulativos o cronológicos.<sup>306</sup> Sin embargo, tiene el gran inconveniente de la abstracción.<sup>307</sup> Un razonamiento “mixto” entre la causalidad directa y la eficiente se aplicó en un supuesto en el que se rompió la caja de cambios de un camión y vertió aceite a la calzada. El vehículo que seguía al camión maniobró para evitar la mancha y atropelló a un peatón. El Tribunal Supremo consideró que ambas circunstancias constituyeron antecedentes causales directos e inmediatos del accidente y, en consecuencia, condenó a las dos aseguradoras de los vehículos.<sup>308</sup>

#### b. Teoría de la imputación objetiva

Como ya adelantábamos en la introducción, no creemos que haya una teoría totalmente compacta de la imputación objetiva, sino más bien unos criterios de corrección que permiten, en virtud de cada uno de ellos, excluir o apreciar la imputación. Al respecto, ya señaló DE COSSÍO CORRAL que en la moderna configuración de la causalidad, no se busca ya tanto que el sujeto haya sido la causa psicofísica del daño como que éste le deba ser imputado por cualquier razón de justicia o equidad.<sup>309</sup> En cierto sentido, a este tipo de planteamientos obedecen las reglas de imputación objetiva. Según el proceder actual, se

---

<sup>305</sup> Vid., YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, pp. 218-219, quien atribuye esta teoría a BACON.

<sup>306</sup> REGLERO CAMPOS, L. F. y MEDINA ALCOZ, “El nexos causal”, p. 782-783 y ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, pp. 175-176. Atribuida a VON KRIES. Vid., DE COSSÍO CORRAL, A., “La causalidad en la responsabilidad civil”, p. 528, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, pp. 219-220 y REGLERO CAMPOS, L. F. y MEDINA ALCOZ, “El nexos causal”, p. 773. Por su parte, PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Causalidad e imputación objetiva”, p. 1563 considera que no es propiamente una teoría de causalidad, sino un criterio de imputación objetiva. Añade que RÜMELIN y TRÄGER son quienes la desarrollaron especialmente. Reconociendo también el papel de los citados autores, DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, pp. 338-340.

<sup>307</sup> Críticamente, con amplias reseñas jurisprudenciales, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, pp. 220-221.

<sup>308</sup> STS (Sala de lo Civil), 34/1999, de 13 de febrero.

<sup>309</sup> DE COSSÍO CORRAL, A., “La causalidad en la responsabilidad civil”, p. 528.

tiende primero a emplear la regla más general de la causalidad, la *conditio sine qua non*, antes de empezar a estudiar el resultado conforme a las reglas de la imputación objetiva para, de alguna forma, empezar a ubicar los distintos elementos causales.

El primero de los elementos es el criterio de creación o incremento del riesgo. Se traduce en la producción *ex novo* de un riesgo relevante para la causación de un resultado, o en la incrementación de un riesgo ya existente anteriormente en el mismo sentido. En el caso de la responsabilidad civil el resultado será un daño, mientras que en el supuesto del Derecho penal nos encontraremos frente al propio resultado que exige el tipo. Se exigen los requisitos de previsibilidad *ex ante* de la producción del resultado, de aumento de las posibilidades de producción del resultado con la acción u omisión del sujeto y, por supuesto, que el riesgo creado o incrementado no se haya permitido.<sup>310</sup> Conforme a este último requisito, se excluyen expresamente aquellos riesgos generales de la vida que, para algunos civilistas, es un criterio aparte.<sup>311</sup> El segundo de los elementos es la relación de riesgo, que requiere que el resultado se haya producido precisamente por ese riesgo creado o aumentado que, previsiblemente, habría causado el resultado. A fin de cuentas, este requisito no deja de ser una incorporación o adaptación del criterio de la causalidad adecuada, la cual, como vemos, se ha adaptado con los matices previos del primer elemento de la imputación objetiva. El tercero de los elementos es la producción del resultado dentro del ámbito de protección de la norma. Según este elemento, sólo procede apreciar la imputación objetiva si la situación material que ha causado el daño transgrede la imposición de un deber que contempla la norma. Por el contrario, se excluye la imputación objetiva si el comportamiento no vulnera ese deber u obligación contemplado por la norma o si la norma persigue una finalidad diferente.<sup>312</sup>

Más allá de estos tres elementos analizados, que son aquellos más extendidos, existen otros elementos que examinaremos a continuación. El primero de ellos es la prohibición de regreso, que impide retroceder en la cadena causal cuando se realice un comportamiento gravemente negligente o doloso de cara a la producción del resultado.<sup>313</sup> Desde el punto de vista exclusivamente civil, el principal problema que presenta este criterio es la cuestión de qué ocurre si la conducta no puede calificarse de dolosa o de gravemente negligente. Por el contrario, esto sería irrelevante desde el punto de vista penal, ya que únicamente cabe responsabilidad a título de dolo o imprudencia. También cabe preguntarse si, llevada al extremo, esta regla excluiría la imputación a quien dio origen a una conducta dolosa o negligente que, posteriormente, se vería ampliada,

---

<sup>310</sup> PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Causalidad e imputación objetiva”, pp. 1577-1580, REGLERO CAMPOS, L. F. y MEDINA ALCOZ, “El nexo causal”, pp. 795-796 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, p. 227.

<sup>311</sup> Así parece serlo para REGLERO CAMPOS, L. F. y MEDINA ALCOZ, “El nexo causal”, p. 788, ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, p. 174 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, p. 224.

<sup>312</sup> REGLERO CAMPOS, L. F. y MEDINA ALCOZ, “El nexo causal”, pp. 795-796, ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, pp. 174-175 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, pp. 225-227. *Amplius*, PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Causalidad e imputación objetiva”, pp. 1580-1590.

<sup>313</sup> REGLERO CAMPOS, L. F. y MEDINA ALCOZ, “El nexo causal”, p. 789 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, pp. 224-225.

ejecutada o continuada por otra conducta de igual idoneidad para producir el resultado. La respuesta más razonable tendría que ser la negativa, aunque en este caso tendríamos que acudir a las reglas de la culpa de terceros o concurrencia de culpas, que analizaremos *infra*. Parece ser que lo más adecuado sería aplicar este criterio sólo cuando se interrumpiese un curso causal no doloso ni negligente a través del dolo o la negligencia.<sup>314</sup> El segundo de ellos es el principio de confianza, aplicable en aquellos supuestos en los que se parte de una presunción de certidumbre o seguridad respecto al comportamiento de los demás.<sup>315</sup> Se aplica, ante todo, en aquellos supuestos de trabajos o comportamientos en cadena, como por ejemplo, en una compleja operación médica en la que cada interviniente se hace cargo de una parte del proceso: uno de ellos de la anestesia, otro de la incisión, otro de comprobar las constantes vitales, otro de practicar la operación, otro de la sutura, etc. En este sentido, los límites de este elemento habría que buscarlos en aquellas circunstancias objetivas que demuestren que es manifiestamente patente su inobservancia, por ejemplo, si alguno de los citados intervinientes realizase o fuese a realizar su tarea de tal forma que se vean comprometidas las normas más básicas de la profesión médica.

Un par de apuntes finales. En primer lugar, es frecuente encontrar en la doctrina civilista referencias al criterio de la provocación. Este elemento excluiría aquellos daños causados en legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio legítimo de un derecho o cumplimiento de un deber. Se parte de que hay un comportamiento que ha generado provocación por parte de un tercero y que, por tanto, los efectos dañosos de la reacción del sujeto no le deberían ser imputados.<sup>316</sup> Hacemos mención a tal criterio por rigor y transparencia científica, ya que, desde nuestro punto de vista, tal planteamiento afectaría, más bien, a la antijuricidad del daño. En segundo lugar, debemos resaltar que hemos examinado las teorías de la causalidad e imputación objetiva desde el punto de vista del Derecho civil, más concretamente, desde el análisis de los elementos que determinan el nacimiento de la responsabilidad civil. Al respecto, es de vital importancia subrayar que, desde el punto de vista penal, se debe introducir la necesidad de que estos elementos que hemos estudiado se abarquen desde el punto de vista subjetivo, desde el dolo o la imprudencia. Es decir, partiendo del tipo objetivo del delito de resultado o del de comisión por omisión, se exigirá el resultado previsto por la norma, pero es necesario que tal elemento del tipo objetivo sea abarcado por el tipo subjetivo a título de dolo o imprudencia. Por tanto, es posible que a un sujeto, a nivel civil, le sea imputable un resultado dañoso y, por tanto, responda por él, mientras que, a nivel penal, tal resultado no le sea imputable al sujeto y, consecuentemente, o bien no responda a nivel penal o bien responda por otro tipo delictivo.

Finalmente, no quisiéramos concluir este apartado sin hacer referencia a la responsabilidad por omisión. Se trata de uno de los temas más complejos dentro del

---

<sup>314</sup> REGLERO CAMPOS, L. F. y MEDINA ALCOZ, “El nexa causal”, p. 792.

<sup>315</sup> *Ibid.*, p. 793.

<sup>316</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, pp. 347-348, REGLERO CAMPOS, L. F. y MEDINA ALCOZ, “El nexa causal”, pp. 804-805 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, pp. 225.

ámbito de la responsabilidad, ya sea civil o penal. Por nuestra parte, simplemente anotaremos algunos caracteres fundamentales de este tipo de supuestos. En estos casos, las reglas de la causalidad y de la imputación objetiva, tal y como las hemos estudiado, no adquieren relevancia, por lo que es necesario acudir a una nueva construcción. *Ex nihilo nihil fit*. La causalidad física no juega ya papel alguno, ahora entran en juego la causalidad y la imputación a nivel estrictamente normativo. Por un lado, se exige que el sujeto tenga el deber jurídico de actuar, que se constituirá como criterio principal de imputación objetiva. Este deber puede venir impuesto por las normas de Derecho público o de Derecho privado. Lo importante es que este sujeto, insistimos no causante físico pero sí responsable normativo, tenga un deber previo de intervención y haya omitido el cumplimiento de tal deber. De otro lado, en Derecho penal será necesario, como bien es sabido, que el sujeto ocupe la posición de garante.<sup>317</sup> Igualmente, se exige, o bien que la ejecución de la conducta hubiese evitado el daño o bien, directamente, que tal omisión equivalga a haber causado el daño. Se trata de una regla ciertamente abstracta que nos remite a la problemática de la causalidad hipotética expuesta *supra*. Como decíamos, es uno de los problemas más complejos de la responsabilidad.<sup>318</sup>

### c. Concurrencia de causas externas

En los apartados anteriores hemos estudiado cómo el Derecho entiende que a la acción activa u omisiva del sujeto le es atribuible una consecuencia física real. En este apartado vamos a analizar qué ocurre cuando hay circunstancias externas al comportamiento del sujeto que, de alguna medida, influyen en la causación física de la consecuencia.

#### i. Caso fortuito y fuerza mayor

Como regla general, tanto el caso fortuito como la fuerza mayor exoneran de responsabilidad, incluida la penal (*vid.* artículo 45 CPita). A pesar de esta regla general, multitud de normas civiles obligan a responder en supuestos de caso fortuito, por ejemplo, en el caso de España, es referencia obligada, además de otros supuestos de responsabilidad objetiva, el artículo 32.1 de la Ley 40/2015 en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, el cual, interpretado a *sensu contrario*, establece que la Administración responde en supuestos de caso fortuito. Debemos resaltar que la diferencia es difusa en cada supuesto concreto, pero parece haber cierto acuerdo conceptual en el plano teórico. De una parte, la fuerza mayor es aquél supuesto que ocurre fuera de la actividad del pretendido causante y que es, además, inevitable e insuperable. De otra parte, el caso fortuito se ubica dentro del ámbito de riesgo de la actividad del causante. En este último caso, se trata de una serie de eventos imprevisibles que se confía

---

<sup>317</sup> En este sentido, recordemos la cita textual de DÍEZ-PICAZO realizada *supra*, en el apartado de la acción y la omisión. Señalaba este autor que la responsabilidad civil nace cuando exista un previo deber legal o negocial de obrar, con independencia de que se ocupe o no la posición de garante. *Vid.*, DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, p. 290.

<sup>318</sup> Desde el punto de vista de la responsabilidad civil, con referencias jurisprudenciales REGLERO CAMPOS, L. F. y MEDINA ALCOZ, “El nexa causal”, pp. 807-812.

que no sucedan, pero que se materializan dentro del marco de la actividad del sujeto.<sup>319</sup> Igualmente, otra gran problemática sobre el contenido de estos conceptos es la cuestión de si su constatación afectaría la exclusión de la acción o de la causalidad.<sup>320</sup> En cualquier caso, lo que sí está claro es que, en principio, el sujeto se exoneraría. Salvo, como decíamos, en algunos supuestos que prevén el caso fortuito como causa de imputación.

ii. *La culpa ajena. Hecho de un tercero, culpa exclusiva del perjudicado o concurrencia de culpas*

En este apartado haremos referencia a aquellos supuestos en los que interviene la acción u omisión de un sujeto ajeno al principal. Se distinguen tres supuestos. El hecho de un tercero o culpa ajena, la culpa exclusiva del perjudicado y la concurrencia de culpas.

El primero de ellos, el acto de un tercero (diferenciado del supuesto causante y del perjudicado) que provoca, conforme a las reglas de la causalidad e imputación objetiva, el resultado, excluye la responsabilidad del sujeto. La responsabilidad le es exigible, únicamente a este primero. En segundo lugar, la culpa exclusiva del perjudicado se constata en aquellos supuestos en los que la actuación de la propia víctima es lo que ha motivado, por sí sola, la producción del resultado. Por ejemplo en los casos en los que la víctima se arroja a las ruedas de un coche mientras el conductor conducía adecuadamente. Al respecto, debe resaltar que en ambos supuestos, el hecho de un tercero o del perjudicado exoneraría de responsabilidad al sujeto siempre que tal conducta no haya sido predisuelta, instrumentalizada o condicionada por éste.<sup>321</sup> El tercer supuesto, la concurrencia de culpas tiene lugar cuando en los eventos que preceden a la constatación del daño se aprecia que convergen tanto el comportamiento del sujeto como el del perjudicado. Ambas circunstancias deben haber sido condición del daño y se produce una compensación entre una y la otra. Algunas puntualizaciones al respecto. Primero, no es relevante que el perjudicado sea inimputable. Segundo, una conducta puede absorber a la otra y, en consecuencia, estaríamos ante un supuesto de culpa exclusiva del perjudicado o del causante. Tercera, cuando existe concurrencia de culpas y se producen daños recíprocos, la jurisprudencia tiende a atribuir a cada uno el deber de soportar los daños

---

<sup>319</sup> ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, pp. 105-106 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, p. 236. Ampliamente, sobre la evolución histórica, delimitando las tesis actuales, y con multitud de referencias jurisprudenciales REGLERO CAMPOS, L. F. y MEDINA ALCOZ, “El nexos causal”, pp. 872-916.

<sup>320</sup> Entienden que ambas circunstancias excluyen la acción, ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, p. 105. También, DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, p. 366 quien considera que el caso fortuito afecta a la culpa y, por tanto, a la acción. Con dudas sobre la tradicional ubicación de la interferencia de circunstancias extrañas al sujeto, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, pp. 229-230

<sup>321</sup> Con razón, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, p. 238. Igualmente, este autor critica que se emplee el término “culpa del perjudicado” o “culpa de la víctima”, ya que es posible que éstos no sean culpables desde el punto de vista civil (noción que examinaremos *infra*). Prefiere hablar de “conducta”, *Ibid.*, pp. 241-244. Con todo, lo cierto es que tal terminología se encuentra ampliamente extendida entre los civilistas.

propios. En España, esta circunstancia está prevista en el artículo 114 del Código Penal y permite al Juez o Tribunal moderar el importe de la indemnización.<sup>322</sup>

#### d) La imputación subjetiva

El último elemento de la responsabilidad civil es la imputación subjetiva. Se trata de una problemática que, como dijimos al principio de este apartado sobre el nacimiento de la responsabilidad civil, aparece íntimamente ligada al elemento “acción u omisión”. Este elemento, también llamado factor de atribución, se corresponde con el criterio subjetivo que permite hacer responsable al propio sujeto por el daño causado. Es importante distinguir bien esta imputación subjetiva de la imputación objetiva. Ciertamente, las dos imputaciones son relevantes a la hora de apreciar el nacimiento de la responsabilidad civil. Sin embargo, hay notables diferencias. La primera, como decimos, hace referencia al criterio que permite asignar la obligación de responder civilmente a un sujeto concreto. Se trata de un criterio subjetivo, es decir, que hace referencia al sujeto concreto, a sus capacidades y al grado de culpa que ha alcanzado con su comportamiento. La segunda, es un criterio normativo que tiene en cuenta una serie de elementos de acto para poder atribuir un resultado concreto a ese comportamiento. Se trata de un criterio objetivo.

Actualmente, se distinguen dos grandes modelos de responsabilidad civil: la responsabilidad civil por culpa y la responsabilidad objetiva.<sup>323</sup> El primer grupo, por su lado, se divide entre el modelo tradicional de culpa, en el que tiene que probarse la culpa del demandado, y el modelo de culpa presunta o agravada, en el que se presume la culpa del causante y éste únicamente puede liberarse si prueba que empleó la máxima diligencia para evitar el daño. La responsabilidad objetiva, por su parte, considera irrelevante la culpa y el sujeto responde por el daño causado. Teniendo presentes estos modelos y conscientes de que la culpa sigue siendo el elemento principal de la imputación subjetiva, en este apartado estudiaremos por un lado el criterio de la culpa y por otro los sistemas de responsabilidad objetiva.

##### a. El criterio de la culpa. Capacidad y grados

Como decíamos, la culpa sigue siendo el principal factor de atribución.<sup>324</sup> Esta culpa, también decíamos, viene íntimamente relacionada con el elemento de la acción u omisión en cuanto que ambos deben ser comportamientos voluntarios. Por su parte, este comportamiento voluntario tiene como presupuesto una capacidad humana mínima que permita al sujeto autodeterminarse. En este sentido, la imputabilidad civil o capacidad jurídica es el nombre que le damos a este presupuesto. Es decir, para poder hablar de culpa en responsabilidad civil, es necesario que el sujeto sea civilmente imputable, configurándose tal requisito como indispensable para la responsabilidad extracontractual.

---

<sup>322</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, pp. 366-367 y ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, pp. 185-186. También, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, pp. 244-247.

<sup>323</sup> Por todos, BIANCA, C. M., *Diritto civile*, p. 519 y REGLERO CAMPOS, L. F., “Los sistemas de responsabilidad civil”, pp. 267-268. De otra opinión, señalando la pluralidad de criterios de imputación, SALVI, C., *La responsabilità civile*, pp. 161-163.

<sup>324</sup> Por todos, nuevamente, DÍEZ-PICAZO, L., “La culpa”, p. 1027.

Al contrario, para la responsabilidad contractual, decíamos *supra*, no basta la capacidad jurídica, sino que es necesaria la capacidad de obrar. En el Código Civil italiano, esta capacidad de entender y de querer como requisito de la imputabilidad subjetiva aparece prevista en el artículo 2046. Sin embargo, tal requisito no se encuentra recogido expresamente en el Código Civil español. Al respecto, GÓMEZ CALLE ha expuesto que sería imputable civil todo aquél sujeto que tenga “suficiente capacidad de discernimiento para comprender el alcance de sus actos y sus posibles consecuencias, hallándose además en condiciones de actuar de acuerdo con dicho entendimiento para evitar el daño previsto”.<sup>325</sup> Es decir, entenderemos que el sujeto es capaz cuando presente capacidad de entender y de querer. Igualmente, para poder hablar de culpa civil, es necesario que a la referida capacidad de discernimiento se le añada la libertad personal y la no exigibilidad de otra conducta.<sup>326</sup> En caso contrario, si no se aprecian tales características de la capacidad civil, el sujeto no responderá y, consecuentemente, respondería quien esté a cargo de esta persona.

En lo que se refiere a la capacidad de culpa, suelen citarse dos supuestos problemáticos. El primero de ellos, la minoría de edad, ya que, como bien se sabe, el artículo 12 CE y el 2 CCita, establecen que a los 18 años se adquiere la plena capacidad de obrar (con ciertos matices). Sin embargo, como ya hemos señalado, el menor de edad puede ser imputable civil si se demuestra que tiene la suficiente capacidad de discernimiento. La mayoría de edad, en principio, no es requisito fundamental para responder civilmente en este sentido, sino que es la capacidad de querer y entender la que se sitúa en el centro de la atención del Derecho civil.<sup>327</sup> El segundo de los supuestos problemáticos es la enfermedad o deficiencia mental. El razonamiento es el mismo. Si una persona sufre alguna anomalía en este sentido puede ser responsable civil si entiende y quiere las consecuencias de sus actos. En caso contrario, no respondería.<sup>328</sup> Respecto a estas soluciones a las problemáticas del menor y del incapaz, debe resaltarse que no están normativamente previstas en España. Del artículo 1903 CCesp sólo puede extraerse la responsabilidad de los titulares de la patria potestad y de los tutores o guardadores.<sup>329</sup> Otro supuesto interesante es la responsabilidad civil de las personas jurídicas, las cuales son titulares de derechos y obligaciones según el artículo 38 CCesp. Lo cierto es que su responsabilidad en este ámbito resulta mucho más evidente y menos discutible que su responsabilidad penal.

---

<sup>325</sup> GÓMEZ CALLE, E., “La responsabilidad civil del menor”, p. 95. Se adhiere a su tesis expresamente YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, pp. 283-284. En una línea similar, ya citamos *supra* textualmente la referencia de GARCÍA-VALDECASAS Y GARCÍA-VALDECASAS, “El problema de la acumulación”, p. 842, “*basta con tener la capacidad natural de discernimiento entre lo lícito y lo ilícito*”. De otra opinión, partiendo de los juicios de previsibilidad y evitabilidad para fundamentar la imputabilidad civil, REGLERO CAMPOS, L. F., “Los sistemas de responsabilidad civil”, pp. 301-306.

<sup>326</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, pp. 364-365.

<sup>327</sup> En tal sentido, por todos, ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, p. 109.

<sup>328</sup> Por todos, *Ibid.*, pp. 109-110.

<sup>329</sup> Acertada puntualización de DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, p. 364. Añade, como veremos, la referencia al propio artículo 118 CPesp, que establece la responsabilidad directa de los inimputables penales de los artículos 20 1º y 3º CPesp, lo cual es un argumento más a favor de la tesis arriba expuesta y de la diferenciación de la imputabilidad civil y penal.



De otra parte, realizaremos una breve aproximación al estudio de la graduación de la culpa civil. En primer lugar, diferenciaremos el dolo de la culpa. El dolo, al igual que en Derecho penal, equivale a la búsqueda intencional del resultado o a la admisión del más que probable efecto de la conducta, según sea directo o eventual. Por el contrario, la culpa, *lato sensu*, se traduce en la inobservancia de las reglas más básicas de comportamiento, ya sea a nivel de ausencia del nivel de diligencia exigible o de negligencia patente. De una parte, la diferenciación entre dolo o culpa resulta muy relevante en el ámbito de la responsabilidad contractual, ya que se puede modificar el *quantum* resarcitorio en función del mayor o menor grado de culpa según el artículo 1103 CCesp. Por el contrario, esta cuestión del dolo o culpa es irrelevante en responsabilidad extracontractual, pues ya se responde por el total del daño en supuestos de culpa levísima.<sup>330</sup> Así pues, ¿cuándo y cómo se aprecia la concurrencia de culpa del sujeto? El artículo 1104 CCesp establece dos criterios para apreciar la existencia de culpa, el criterio concreto, según el cual hay que partir de la obligación específica y de las circunstancias concretas de la persona, tiempo y lugar, y el criterio abstracto, que postula que, en caso de que la obligación no exprese la diligencia que haya de prestarse, debe tenerse en cuenta la diligencia propia de un buen padre de familia. Como puede observarse, se trata de dos criterios que son contrapuestos. Aunque el citado artículo está redactado para los supuestos de responsabilidad contractual, se entiende que cabe aplicarlo también en supuestos de responsabilidad extracontractual.<sup>331</sup> Por tanto, cuando el comportamiento del sujeto no se adecúe a los modelos de referencia, deberá responder civilmente. La duda sería entonces cuando debe aplicarse un modelo u otro. DÍEZ-PICAZO señala que, como regla general, habría que exigir la diligencia del hombre medio, sin perjuicio de que, en sede de responsabilidad contractual se exija la diligencia profesional. Excepcionalmente, entiende que habría que aplicar esta diligencia profesional también en supuestos de responsabilidad civil extracontractual, cuando el daño se produce como consecuencia de un comportamiento que exija tener en cuenta las características concretas del sujeto, citando expresamente el ejemplo del conductor de autobús o camión que tiene un accidente de circulación.<sup>332</sup>

Asimismo, otra cuestión de sumo interés es, precisamente, resolver cuáles serían los límites de la diligencia, ya sea profesional o general, es decir, hasta qué punto se puede exigir ese comportamiento diligente. Según doctrina autorizada, los límites habría que encontrarlos en los factores de previsibilidad y evitabilidad. Ya que según el artículo 1105 CCesp sólo se responde de los daños que hubieran podido preverse, cuando el daño es previsible surgen deberes especiales de prevención y de evitabilidad que deben materializarse en medidas y comportamientos adecuados para minimizar y/o excluir los

---

<sup>330</sup> Al respecto, se discute si esta facultad de moderación de culpas del artículo 1103 CCesp es aplicable en responsabilidad contractual. Sobre tal debate, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, pp. 290-292.

<sup>331</sup> Así lo entienden, DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, pp. 360-361, REGLERO CAMPOS, L. F., “Los sistemas de responsabilidad civil”, p. 297 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, p. 273.

<sup>332</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, pp. 360-361. También en esta línea, ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, pp. 101-103.

riesgos.<sup>333</sup> En esta línea, ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL han puesto de manifiesto que la jurisprudencia española entiende que el simple cumplimiento de la reglamentación de ciertas actividades no excluye la responsabilidad civil. Por el contrario, cumplir con los reglamentos impedirá que, además de la responsabilidad civil, se le imponga una sanción administrativa derivada del incumplimiento. La razón fundamental, expresan las autoras, es que es posible que el contenido de la reglamentación no sea suficiente para evitar el daño y que, por consiguiente, no se establezcan las suficientes garantías de respeto a la esfera jurídica de los demás.<sup>334</sup> En todo caso, debemos recordar que, como regla general, es necesario probar la culpa del causante. No obstante, hay algunos supuestos de culpa agravada, en los que esta culpa se presume y es el causante quien debe probar que empleó toda la diligencia posible para evitar el daño y, así, exonerarse de responsabilidad civil.

b. La responsabilidad objetiva. El beneficio y el riesgo como factor de atribución

El segundo gran modelo de responsabilidad civil es la responsabilidad objetiva, que es un sistema que prescinde por completo de la culpa, centrándose únicamente en el daño causado y en la problemática de la causalidad. Este modelo no sigue un principio jurídico nuclear común, sino que se trata de una categoría general que engloba varios criterios de imputación distintos, todos subsumibles bajo el mismo régimen de responsabilidad objetiva.<sup>335</sup> Muchos son los supuestos en los que se establece la regla de la responsabilidad objetiva: TRLRCSCVM, LNA, Ley 12/2011 en supuestos de daños nucleares, Ley 1/1970 de caza, Ley 40/2015 en materia de Administración Pública y TRLGDCyU. En este sentido, uno de los fundamentos más reconocidos es el lucro, expresado con el aforismo latino “*cuius commoda, eius incommoda*”.<sup>336</sup> Según este fundamento, se justifica la responsabilidad objetiva cuando un sujeto emprende una actividad que resulta beneficiosa para él en términos monetarios pero que presenta riesgos importantes de producción de daños a terceros. Así, se entiende que es obligatorio que éste soporte los riesgos que pueda acarrear a los demás. Un ejemplo claro de este fundamento es el supuesto de daños por productos defectuosos.<sup>337</sup> Sin embargo, el lucro no es fundamento suficiente como para explicar todos los supuestos de responsabilidad objetiva. En efecto, el hecho de considerar que actividades como la conducción de vehículos a motor o la caza son supuestos de responsabilidad objetiva, difícilmente se pueden explicar desde el punto de vista del lucro. Por el contrario, como decíamos, todos

---

<sup>333</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, pp. 363-364 y ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, p. 102. Ampliamente sobre estos requisitos REGLERO CAMPOS, L. F., “Los sistemas de responsabilidad civil”, pp. 301-306.

<sup>334</sup> ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, pp. 103-104.

<sup>335</sup> REGLERO CAMPOS, L. F., “Los sistemas de responsabilidad civil”, pp. 267 y 307-308.

<sup>336</sup> Puntualiza REGLERO CAMPOS que tal regla se sustenta en el principio romano “*ubi est emolumentum ibi est onus esse debet*”, la cual es una interpretación de un fragmento del jurista PAULO en D. 50.17.10 – secundum natura est, commoda coiustque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda – *Ibid.*, p. 281.

<sup>337</sup> *Ult. Loc. Cit.*

los supuestos de responsabilidad objetiva se engloban (de una manera que resulta más o menos convincente) dentro del abstracto fundamento del riesgo.

Finalmente, es necesario hacer referencia a la “objetivización” de la responsabilidad civil, ya que la jurisprudencia tiende cada vez más a centrar la discusión en el daño efectivamente causado y, por tanto, a extender la influencia (cuando no la aplicación) de este modelo de forma muy generosa.<sup>338</sup> Así, la jurisprudencia suele alegar que la responsabilidad objetiva fomenta más la adopción de medidas de prevención que la responsabilidad por culpas, cosa que no parece convencer mucho a la doctrina.<sup>339</sup>

## 6. Ulteriores diferencias entre ambas responsabilidades

Hasta ahora, nos hemos dedicado a diferenciar la responsabilidad civil de la penal a través de diferentes rasgos: la *sedes materiae*, la estructura del supuesto de hecho, las posibles relaciones entre ambos ilícitos, las funciones y caracteres de cada consecuencia jurídica así como la problemática del nacimiento. En lo que respecta a este último elemento, hemos analizado con cierto detenimiento los presupuestos del nacimiento de la responsabilidad civil, mientras que nos hemos remitido al concepto de delito material para el análisis del nacimiento de la responsabilidad penal. Ciertamente, el análisis detenido de todos los elementos de la teoría del delito excede con creces del objeto de este capítulo y nos llevaría a una extensión inasumible de la totalidad de nuestro trabajo. Por esta razón, habiendo ya expuesto los extremos más representativos en este sentido, procederemos ahora a enunciar otras características que diferencian una responsabilidad de otra. En el fondo, se trata de una serie de elementos que se pueden extraer fácilmente de los rasgos ya enunciados, pero que quisiéramos acentuar aquí por compromiso y rigor científico.

### 6.1. Consecuencias directas del contraste entre el principio de culpabilidad penal y el principio civil de reparación integral del daño causado

En congruencia con todo lo expuesto en este capítulo, debemos resaltar que, entendido desde un sentido político-criminal amplio, el principio de culpabilidad penal es el criterio básico sobre el que se construye todo el sistema de responsabilidad penal. Por otra parte, el principio de reparación integral del daño causado es la pauta fundamental que rige todo el sistema de responsabilidad civil. A partir de aquí se acentúan las diferencias entre uno y otro modelo de responsabilidad, algunas de las cuales ya se han resaltado a lo largo de este capítulo. En primer lugar, el principio de culpabilidad penal nos lleva directa y necesariamente a la formulación del principio de personalidad de las penas, de acuerdo con el cual siempre se responde penalmente a título individual. La pena, además, no podrá ejecutarse más que sobre la persona condenada por hechos propios y, en consecuencia, se rechaza la responsabilidad penal colectiva o por hechos ajenos así como la posibilidad de su transmisión. Por el contrario, de acuerdo con el principio de reparación integral del

---

<sup>338</sup> Críticamente, por ejemplo, sobre los excesos de la objetividad en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Los anteojos del civilista”, especialmente, pp. 247-254, y “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual”, pp. 181-186.

<sup>339</sup> Sobre esta problemática de las técnicas de objetivización, Díez-Picazo, L., “Culpa y riesgo”, especialmente, pp. 158-159 y 165-166.

daño causado, no es necesario atender tanto a la conducta que ha originado este daño, sino a la obligación civil de repararlo, que puede surgir tanto frente al causante material como frente a un tercero ajeno al hecho pero vinculado de alguna forma al causante. En consecuencia, cabe responder civilmente también por el hecho ajeno, pues se trata de una obligación de carácter no personalísimo. Igualmente, al ser una obligación civil, es perfectamente posible su transmisión activa y pasiva.<sup>340</sup> Por otra parte, de acuerdo con su carácter patrimonial, la responsabilidad civil también es asegurable, mientras que la penal no puede serlo en ningún caso.<sup>341</sup>

En segundo lugar, los referidos principios se sustancian en la necesidad de concurrencia del dolo o imprudencia en el caso de la responsabilidad penal, así como en el rechazo frontal a la responsabilidad objetiva, mientras que en el caso de la responsabilidad civil es posible responder sin necesidad de apreciar el dolo o la culpa.<sup>342</sup> En este sentido, debe destacarse el importante papel que juega el error invencible en Derecho penal, tanto en el tipo, la prohibición o sobre los elementos de las causas de justificación. En cambio, esos mismos elementos serían irrelevantes, al menos en principio, desde el punto de vista civil para el nacimiento de la obligación privada.<sup>343</sup> Por otra parte, los mencionados principios de culpabilidad y de reparación integral del daño causado nos llevan a la reflexión acerca de la problemática del sujeto responsable de acuerdo con sendas responsabilidades. Para evitar confusiones, partiremos de una diferenciación terminológica, por un lado, haremos referencia al inimputable penal y, por otro, al civilmente incapaz. Aunque efectivamente también se puede hablar de inimputabilidad civil, estimamos que la diferenciación propuesta resulta mucho más clara para nuestros objetivos.

En este sentido, una lectura *a sensu contrario* de los artículos 19 y 20 1º, 2º y 3º CPesp, nos lleva a la conclusión de que responsable penal será aquella persona mayor de 18 años que no padezca anomalía o alteración psíquica, que no esté en estado de intoxicación plena o bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, o bien, sufra alteraciones en la percepción. De cualquier forma, también el artículo 1.1 LORRPM declara la responsabilidad penal de aquellas personas entre 14 y 18 años. En cambio, como ya indicábamos, la legislación privada de nuestro país no prevé regulación expresa acerca de quién puede ser responsable civil, en contraste con el artículo 2046 CCIta. De esta forma, ni la mayoría de edad ni las enfermedades mentales ni el estado de intoxicación o síndrome de abstinencia son elementos a tener en cuenta. En los casos de los menores de edad y de quienes sufren enfermedades o deficiencias mentales, éstos pueden ser civilmente imputables si son capaces de entender y querer las consecuencias de sus

---

<sup>340</sup> Sobre estas diferencias, por todos, SILVA MELERO, V., “Analogías y diferencias”, pp. 448-449, CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal*, pp. 799-800, PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual”, p. 168 e IZQUIERDO MARTÍN, P., “Irresponsabilidad penal y responsabilidad civil”, p. 205. Ampliamente, acerca de la responsabilidad por hecho ajeno, sus fundamentos y categorías, CAVANILLAS MÚGICA, S., “Responsabilidad por hechos ajenos”, pp. 104-112.

<sup>341</sup> Por todos, GONZÁLEZ RUS, J. J., “El artículo 444 del Código penal”, p. 383 y PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual”, p. 168.

<sup>342</sup> Por todos, GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios*, pp. 323-324 y PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual”, p. 167.

<sup>343</sup> Declarando la irrelevancia del error invencible de tipo como causa de justificación GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., “Causas de justificación”, p. 106.

actos.<sup>344</sup> Debido a la referida laguna aparente, es habitual en la doctrina defender este punto de vista a partir de los artículos 118.1 1º y 2º CPesp.<sup>345</sup> Por el contrario, en sede de responsabilidad civil extracontractual se exige la capacidad de entender y de querer, la cual definíamos como la capacidad de discernimiento para comprender el alcance de sus actos y sus posibles consecuencias.<sup>346</sup> De otra forma, en responsabilidad civil contractual, se exige la capacidad de obrar.<sup>347</sup> No obstante, a pesar de que el *minimun minimorum* se sitúa en la capacidad civil, existen autores que defienden la responsabilidad subsidiaria del incapaz en base a argumentos de equidad, especialidad y analogía.<sup>348</sup> Sobre esta compleja problemática en Derecho civil, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, señaló que la falta de claridad en este problema viene de hacer de los inimputables una categoría jurídica entre las personas. Sin embargo, indica que, en materia de responsabilidad civil, no hay menores ni mayores, ni incapacitados o capacitados, sino personas que actúan culpablemente y otras que no, lo cual es una circunstancia que debe apreciarse caso por caso y no apriorísticamente. Concluye este autor que, en el fondo, se trata de conceder al sujeto el mismo tratamiento que a cualquier otra persona, es decir, analizar si actuó o no culpablemente.<sup>349</sup>

En esta línea, resulta acertadas las valoraciones de QUINTERO OLIVARES sobre esta problemática concreta, pues entiende que, aunque esta clase de problemas puede y debe ser contemplada tanto por el Derecho civil como por el penal, ni se parte de los mismos presupuestos ni se obtienen las mismas consecuencias. Para el citado autor, es estéril establecer un paralelismo entre capacidad civil e imputabilidad penal, pues ni su fundamento ni su función son iguales, aunque una persona pueda ser a la vez inimputable e incapaz y también una cosa y no la otra. Refleja expresamente que el Derecho penal y el civil no se aproximan al problema de la aptitud intelectual o volitiva con los mismos criterios. El examen intelectual penal se basa en establecer la “*imputabilidad en cuanto a presupuesto de la culpabilidad y la pena*” y a formular un diagnóstico sobre las causas de su alteración y una prognosis del grado de “*peligrosidad*” del sujeto, lo cual puede determinar la imposición de medidas de seguridad. En cambio, en Derecho civil esas categorías se relacionan con la capacidad de autogobierno, que se relaciona con la relación social normal. De tal forma, el Derecho penal podrá constatar la enfermedad mental en individuos que ofrecen una plena normalidad de conducta social, mientras que el Derecho civil debe vincular la capacidad con la posibilidad de ejercer sus derechos o cumplir sus obligaciones.<sup>350</sup>

---

<sup>344</sup> ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, p. 109-110.

<sup>345</sup> Por todos, DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, p. 364. Sin embargo, con reservas sobre la analogía, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., “Artículo 118.1. 1ª y 2ª”, pp. 482-483.

<sup>346</sup> Por todos, GÓMEZ CALLE, E., “La responsabilidad civil del menor”, p. 95 *cf.* REGLERO CAMPOS, L. F., “Los sistemas de responsabilidad civil”, pp. 301-306.

<sup>347</sup> Por todos, GARCÍA-VALDECASAS Y GARCÍA-VALDECASAS, A., “El problema de la acumulación”, p. 842.

<sup>348</sup> *E. gr.*, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, pp. 284-284.

<sup>349</sup> GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., “Artículo 118.1. 1ª y 2ª”, p. 487.

<sup>350</sup> QUINTERO OLIVARES, G., “La función de la responsabilidad civil y del perjuicio en la política penal”, p. 3202, y su nota al pie 1. Con anterioridad, ya diferenciaba entre ambas categorías jurídicas con

## 6.2. Otras diferencias de particular interés

Más allá de las diferencias reseñadas, existen otros contrastes entre la responsabilidad civil y la responsabilidad penal. De una parte, en congruencia con el concepto material de delito, en el ámbito penal es perfectamente posible responder en supuestos de tentativa, en aquellos casos en los que se haya lesionado o puesto en peligro el bien jurídico protegido.<sup>351</sup> De hecho, la responsabilidad en estos casos se ajusta, de acuerdo con el artículo 62 CPesp. En cambio, resultaría impensable responder civilmente en aquellos supuestos en los que no se constate la concurrencia del daño efectivamente causado. Sin embargo, lo cierto es que existen ejemplos en este sentido. Señalábamos *supra* que de acuerdo con la Ley 12/2011 se define como daño nuclear “*el coste de las medidas preventivas y cualquier pérdida o daño causado por tales medidas*”. En consecuencia, aunque efectivamente aquí existe el requisito del daño, lo cierto es que la ley incluye en tal definición un contenido que, en puridad, no reviste los caracteres propios del daño. Por el contrario, la Ley 12/2011 más bien parece adelantar la barrera resarcitoria a una circunstancia de carácter preventiva otorgándole el título de daño. Por otra parte, en Derecho penal, la responsabilidad penal es graduable en función del nivel de intervención que haya tenido el sujeto en los hechos delictivos a través de las diferentes teorías de autoría y participación, pudiéndose reducir la pena en caso de complicidad (*vid.* art. 63 CPesp).<sup>352</sup> Por el contrario, en sede de Derecho de daños, ya reflejábamos *supra* los problemas a la hora de resolver aquellos casos en los que se aprecia la concurrencia de una pluralidad de sujetos. Por su parte, la jurisprudencia nacional entiende que la responsabilidad es mancomunada en supuestos de responsabilidad contractual y solidaria en extracontractual, aunque se trata de una solución ampliamente discutida. En cambio, en Italia la regla parece ser siempre la solidaridad de acuerdo con los artículos 1298 y 2055 CCita.

Como consecuencia de la presunción de inocencia constitucionalmente prevista en el artículo 24.2 CE, es necesario tratar al investigado como si fuese inocente hasta que se demuestre lo contrario en el proceso penal. Por tanto, no cabe invertir la carga de la prueba para que sea el propio investigado quien tenga que demostrar su inocencia. En cambio, esta inversión de la carga de la prueba es perfectamente posible en sede de responsabilidad civil, donde se admite la presunción de culpabilidad de acuerdo con su carácter resarcitorio.<sup>353</sup> Otra diferencia fundamental en el tratamiento de una y otra responsabilidad es que, la ley penal favorable puede aplicarse de forma retroactiva como regla general (arts. 9.3 CE y 2.2 CPesp), mientras que la ley civil es irretroactiva salvo que se disponga lo contrario (art. 2.3 CCesp). En lo que se refiere al contenido, la obligación de reparar el daño, debido a su carácter patrimonial, presenta dos caracteres muy particulares además de los ya resaltados que la diferencian claramente de la

---

su característica lucidez DORADO MONTERO, P., voz “reparación del daño causado”, en ENCICLOPEDIA JURÍDICA ESPAÑOLA, p. 256

<sup>351</sup> Difusamente, por todos, ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*, t. 2, pp. 431-749.

<sup>352</sup> Ampliamente, *Ibid.*, pp. 59-430.

<sup>353</sup> Por todos, PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Comentario al artículo 1.902”, p. 1.971 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, p. 265.

responsabilidad penal. En primer lugar, se trata de una deuda de valor, lo que implica que, para evitar la desvalorización de la moneda, el *quantum* resarcitorio debe hacerse efectivo en el momento en el que recaiga la condena, si la reclamación se realiza a través de un proceso judicial, o bien cuando se liquiden los daños, si la reclamación sigue un procedimiento transaccional.<sup>354</sup> En segundo lugar, la obligación de reparar es renunciable, es decir, que aunque surja el deber de resarcir el daño causado, el perjudicado tiene siempre la opción de desistir en su reclamación.<sup>355</sup> De esta forma, y en contraste con lo que ocurre en los casos de ejercicio del Derecho de Gracia a través del indulto o de la amnistía en sede de responsabilidad penal, el Estado no puede dispensar al responsable civil de esta obligación privada.<sup>356</sup>

Además, en lo que se refiere a su cumplimiento, en primer lugar, cabe resaltar que en España no existe regulación expresa sobre este extremo. Por el contrario, otros ordenamientos como el italiano – art. 2058 CCita – al menos prevén expresamente que el perjudicado puede elegir la modalidad resarcitoria que estime conveniente. De cualquier forma, lo cierto es que se reconocen varias posibilidades a la hora de cumplir con la obligación resarcitoria. De una parte, la reparación más frecuente es la llamada reparación dineraria, indemnizatoria o por equivalente pecuniario. Esta modalidad consiste, en resumidas cuentas, en delimitar una cuantificación económica del daño recibido y entregar dicha cantidad.<sup>357</sup> Por lo demás, tiene la ventaja de que es una vía relativamente cómoda para el juez, los responsables y los perjudicados en tanto en cuanto solamente es necesario cuantificar el daño y realizar el abono de dicha cantidad. Además, prácticamente cualquier menoscabo sufrido es siempre reconducible a la idea de daño y, por consiguiente, puede resarcirse fácilmente a través de esta modalidad. Sin embargo, tiene los inconvenientes de poder tratarse, en el supuesto concreto, de un daño de muy difícil cuantificación (*e. gr.* en el caso de los daños morales) y se discute su efectividad resarcitoria en todos y cada uno de los supuestos imaginables. De otra parte, se reconoce la llamada reparación *in natura* o específica, la cual consiste en reponer al perjudicado a la situación anterior a la sustanciación del daño.<sup>358</sup> Por un lado, suele entenderse que este tipo de reparación es la más adecuada para la tutela del interés del perjudicado, aunque, por otro lado, tiene multitud de impedimentos de carácter físico y de tipo jurídico. Así, esta modalidad de resarcimiento únicamente procedería cuando el *statu quo ante* sea reiterable (*e. gr.* una avería o deterioro, suministrar un objeto idéntico al destruido, etc) y el responsable ostente los conocimientos técnicos suficientes como para poder materializar esta modalidad en el supuesto concreto. Igualmente, también se rechaza este

---

<sup>354</sup> ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, pp. 235-236.

<sup>355</sup> *Ibid.*, p. 239.

<sup>356</sup> Así lo indica CUELLO CALÓN, E., *El nuevo Código Penal español*, pp. 310-311 citando expresamente el derogado artículo 81 CP 1928 que establecía: “*El indulto y la amnistía no alcanzarán a las responsabilidades civiles, salvo en los casos en que expresamente se declare en las disposiciones otorgándolos*”. Actualmente, si bien es cierta esta regla general, no parece poder compartirse esta excepción, ya que este Derecho de Gracia no puede alcanzar una obligación civil, la cual, consecuentemente, habrá de regirse por el régimen jurídico de las obligaciones civiles.

<sup>357</sup> ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, p. 249 y LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, t. 2, vol 2, p. 485.

<sup>358</sup> ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, pp. 247-248.

tipo de reparación si resulta excesivamente onerosa respecto al daño efectivamente causado, por ejemplo, en casos de reparaciones costosas de objetos de escaso valor.<sup>359</sup> A todo ello, además, habría que sumarle aquellos casos en los que la reparación *in natura* no resulta posible, por ejemplo, en supuestos de daño moral o lucro cesante. Finalmente, se discute si la reparación en especie forma parte de un concepto amplio de reparación *in natura* o si, por el contrario, es una categoría autónoma. Por nuestra parte, vamos a considerarla una vía diferenciada de las dos anteriores y la definiremos como la modalidad consistente en la entrega de bienes cuyo valor se equipare al del menoscabo ocasionado. Expuestas las vías a través de las cuales puede resarcirse el daño, debe hacerse valer que se discute en doctrina acerca del orden de aplicación de las referidas modalidades.<sup>360</sup> Desde nuestro punto de vista, entendemos que si efectivamente se entiende que es una obligación privada genérica, que no tiene una regulación específica en tal sentido, estará consecuentemente sujeta a los principios dispositivo y rogatorio. Por tanto, sería el propio perjudicado quien tendrá facultad de elección sobre la modalidad que desee solicitar.

Además de por el cumplimiento, la responsabilidad penal se diferencia de la civil a partir de las causas de su extinción. De una parte, la responsabilidad penal se extingue, de acuerdo con el artículo 130 CPesp, por la muerte del reo, por el cumplimiento de la condena, por la remisión definitiva de la pena, por el indulto, por el perdón de la persona ofendida en algunos supuestos, por la prescripción del delito y por la prescripción de la pena o medida de seguridad. Sin embargo, y en contraste con la responsabilidad penal, la obligación de resarcir se extingue de acuerdo con los supuestos previstos en el artículo 1156 CCesp, esto es, por el pago o cumplimiento, por pérdida de la cosa debida, por condonación de la deuda, por la confusión de los derechos de acreedor y deudor, por la compensación y por la novación. En esta línea, los delitos prescriben en los plazos previstos en el artículo 131 CPesp, mientras que las penas impuestas por sentencia firme prescriben en los plazos señalados en el artículo 133 CPesp. En cambio, en sede de responsabilidad civil, los plazos son sensiblemente más cortos, ya que, en supuestos de responsabilidad contractual el plazo es de 5 años de acuerdo con el artículo 1964.2 CCesp y en extracontractual de un año conforme al artículo 1968.2 CC. Además, existen numerosos plazos especiales, por ejemplo, 3 años en supuestos de productos defectuosos (art. 143 TRLGDCyU), 3 años para los daños nucleares (art. 15.2 Ley 12/2011), 4 años en daños al honor, intimidad y propia imagen (art. 9.5 LO 1/1982) o 1 año en sede de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública (art. 67.1 Ley 39/2015).

---

<sup>359</sup> En tal sentido, *vid.* art. 2059 CCita, LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, t. 2, vol 2, p. 484 y YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, p. 99-101.

<sup>360</sup> Por un lado, ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, p. 247, quien defiende la libertad de elección del perjudicado *cf.* LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, t. 2, vol 2, p. 484, quien habla del “*derecho preferente a la reparación in natura*”.



## CAPÍTULO III: LA RESPONSABILIDAD CIVIL “EX DELICTO”

En el capítulo anterior hemos tenido ocasión de delimitar con detalle los ilícitos y las responsabilidades civiles y penales, resaltando sus diferencias. Habiendo realizado tal comparativa, nos encontramos ahora en una posición más apropiada para adentrarnos en la problemática jurídica concreta de nuestro interés, el análisis del artículo 112 CPesp. Sin embargo, antes de entrar al estudio de tal precepto, es necesario dedicar algunas páginas al especial marco jurídico en el que se ubica el mencionado artículo. En otras palabras, consideramos conveniente individualizar primero las características y cuestiones más relevantes de la responsabilidad civil *ex delicto*. Además de la aproximación general ya realizada, estudiando las particularidades del modelo de responsabilidad civil derivada de delito habremos cerrado por completo el círculo de conocimientos previos que nos permitirán realizar una investigación más sólida sobre el artículo 112 CPesp. Todo ello, a pesar de que, como decíamos, nuestro trabajo se ha realizado principalmente en interés del Derecho penal. Nuevamente, las problemáticas elegidas constituyen cuestiones clásicas que suelen abordarse en las obras generalistas y que, de algún modo, ya se encuentran notablemente resueltas por la doctrina más representativa. Sin embargo, ello no obsta que se estudien nuevamente aquí para que, de alguna manera, además de servirnos para exponer con mayor rigor el estado de la ciencia, podamos apoyarnos en ellas para reafirmar nuestra postura. Como dijimos en el capítulo anterior, no pretendemos realizar una mera recopilación, obra enciclopédica o compendio jurídico alguno, sino que una vez más realizaremos, en la medida de lo posible, nuestras humildes aportaciones al respecto. En concreto, las problemáticas seleccionadas son las siguientes. En primer lugar, haremos una breve aproximación al modelo de la responsabilidad civil *ex delicto*. A continuación, analizaremos la problemática de la naturaleza jurídica de esta particular responsabilidad. Seguidamente, nos ocuparemos de la cuestión del nacimiento de la responsabilidad civil. Después, estudiaremos los contenidos prestacionales de la institución. Finalmente, examinaremos la problemática de los sujetos responsables y perjudicados. Al haber abordado estas materias concretas, como decíamos, habremos estudiado las cuestiones previas fundamentales que rodean la problemática de nuestro interés y, consecuentemente, nos encontraremos en una posición absolutamente idónea para adentrarnos en ella por completo.

### I. INTRODUCCIÓN A LA PROBLEMÁTICA

En una primera aproximación, con los matices que iremos realizando *infra*, señalaremos *grosso modo* que la responsabilidad civil que en este capítulo tratamos es aquella responsabilidad civil que se exige en vía criminal. Tanto en el caso de España como en el caso de Italia, esta responsabilidad está prevista en el Código Penal, concretamente en los artículos 109 y ss CPesp y 185 y ss CPita, y además reciben el nombre (poco técnico, ciertamente) de responsabilidad civil *ex delicto* o derivada de delito, o bien, *risarcimento del danno da reato*. Ambas son instituciones de Derecho privado que, consecuentemente, se someten a las reglas propias de éste. El rasgo más llamativo de esta figura es, sin duda,

que se trata de una institución de Derecho privado que se solventa en el proceso penal. Nos encontramos frente a un modelo de tipo acumulativo, en el que responsabilidad penal y responsabilidad civil se resuelven en el mismo proceso. En cualquier caso, debemos resaltar que este modelo no se encuentra exclusivamente en los ordenamientos español o italiano, sino que, por el contrario, también se contempla en otros ordenamientos de nuestro entorno más cercano, como en Francia (*vid.* arts. R131-45 CP francés y 2 Código Procesal Penal francés) y en Portugal (*vid.* art 129 CP portugués). Del mismo modo, conociendo la influencia legislativa que España ejerció en el continente americano, no es de extrañar que actualmente la mayoría de los ordenamientos de esta región mantengan este modelo acumulativo ni que muchos de sus Códigos Penales sigan incluyendo la expresa referencia la responsabilidad civil.<sup>1</sup>

Desde el punto de vista histórico y sistemático, ya los primeros Códigos Penales de España e Italia incluyeron una referencia expresa a la responsabilidad civil como consecuencia jurídica del delito. Desde entonces, la institución se ha venido manteniendo en ambas sedes. De una parte, el legislador italiano, tanto en el Código Zanardelli como en el Código Rocco, ha venido realizando una remisión general a la legislación civil. En el primer Código, la legislación penal reenvió la problemática a la normativa civil, sin aportar mayor contenido al fondo del asunto. El único precepto regulador de la problemática, el artículo 37 del Código Zanardelli, declaraba, *sic et simpliciter*:

---

<sup>1</sup> Al respecto, es importante resaltar las breves notas que ya aportara DÍAZ VALCÁRCEL, L. M., “Responsabilidad civil derivada del delito (I)”, p. 31, quien dividió los sistemas latinoamericanos entre aquellos que dan amplias reglas particulares para la responsabilidad civil en vía penal, los cuales constituyen la mayor parte de los ordenamientos, y aquellos que dictan reglas muy escuetas, o bien se limitan a remitir la cuestión a la legislación civil. Aunque algunos ordenamientos han replanteado la cuestión, la distinción propuesta sigue siendo apropiada, por tanto, como claros ejemplos del primer grupo pueden consultarse los arts. 87 a 93 CP boliviano, 34 a 52 CP nicaragüense, 114 a 125 CP salvadoreño, 113 a 127 CP venezolano, 112 a 122 CP guatemalteco, 92 a 101 CP peruano y 118 a 127 CP hondureño. De otra parte, como ejemplos claros del segundo grupo, véanse los arts. 30 a 33 CP argentino, 94 a 99 CP colombiano, 103 a 109 CP costarricense, 128 a 130 CP panameño, arts 10, 51, 73 y 74 CP dominicano, 104 a 106 Código penal uruguayo y 27 a 30 CP paraguayo. También en esta línea, como ejemplos de legislaciones en las que no hay un tratamiento unitario de la responsabilidad civil *ex delicto* en el Código Penal y que remiten la cuestión al Código Civil a través de la legislación procesal, arts. 58 a 68 Código Procesal Penal chileno y 63 a 68 Código Procesal Penal brasileño. Por otro lado, DÍAZ VALCÁRCEL identificó, además, un tercer grupo, formado por aquellos que han incorporado normas inspiradas en la doctrina de la Escuela Positiva, reforzando el cumplimiento de la responsabilidad civil. Véanse los arts. 70 a 71 CP cubano y 29 a 39 CP Federal mexicano. En este sentido, quizás la referencia más singular sea la normativa mexicana, que recibe unos pronunciados tintes punitivistas en su tratamiento, más cercanos a la sanción pecuniaria que a la responsabilidad civil propiamente dicha. Al respecto, *vid.* el debate entre dos académicos mexicanos sobre la cuestión publicado en OLEA Y LEYVA, T. y ORTIZ TIRADO, J. M., *El resarcimiento del daño a la víctima del delito*. Aprecia la influencia de la doctrina de la Escuela Positiva en este último texto legal, MADLENER, K., “La reparación del daño sufrido”, p. 16. De alguna forma, lo cierto es que también el CP italiano participa de ese interés positivista por garantizar la reparación a la víctima – aunque quizás no de forma tan evidente como los últimos ejemplos –, *vid.* los arts 192, 193 y 194 CPita, que contemplan expresamente la ineficacia de los actos jurídicos realizados por el culpable antes y después de la comisión del delito. *Vid.* los comentarios de ROMANO, M., “Art. 192”, pp. 382-387; *Id.*, “Art. 193”, pp. 387-389 e *Id.*, “Art. 194”, pp. 389-392 – aunque en todo caso se garantizan los derechos de terceros aportando un artículo que reenvía a la normativa civil, *vid.* *Id.*, “Art. 195”, pp. 392-393. Finalmente, en el marco de la reparación del daño en el contexto latinoamericano, no quisiéramos concluir este apartado sin mencionar los peculiares y novedosos arts. 77 a 79 CP ecuatoriano, que apuestan claramente por un modelo reparatorio que supera las notas características de la clásica responsabilidad civil *ex delicto*.

**Artículo 37.** “*La condanna penale non pregiudica il diritto dell'offeso o danneggiato alle restituzioni e al risarcimento dei danni.*”

Nuevamente, el Código Rocco realizó otro reenvío general a la legislación civil, pero en esta ocasión incluyó una regulación más extensa, con nuevos contenidos sustantivos, entre otros, como ya comprobamos, la expresa obligación de resarcir los daños no patrimoniales. Por el contrario, el legislador español sí ha venido regulando un sistema de la obligación civil apreciablemente más detallado que el italiano. En este sentido, es importante resaltar dos relevantes cuestiones. En primer lugar, la particularidad de que el primer Código Penal, el de 1822, se aprobó mucho antes que el Código Civil, sancionado en 1889. En segundo lugar, a la fecha de la aprobación del Código Civil ya se habían promulgado tres Códigos Penales, el de 1822, el de 1848 y el de 1870, con sus respectivos regímenes de responsabilidad civil. Quizás el argumento tradicionalista explicaría el porqué del interés del legislador español en regular con tanta extensión una obligación civil, obviando una escueta reglamentación, como en el caso de Italia, o el simple renvío a la legislación privada, como en los ordenamientos de Portugal y Francia. En cualquier caso, contando con un régimen de mera remisión a la legislación civil o con uno más extenso, parece evidente que la responsabilidad civil en sede de Derecho penal se ha venido entendiendo como una consecuencia jurídica del delito en todos los ordenamientos que la contemplan.

#### 1. Las características generales del modelo

Si se conocen con suficiente detalle las instituciones de nuestro interés, se comprobará cómo el razonamiento que ha venido siguiendo el legislador a la hora de articular la responsabilidad civil como consecuencia jurídica del delito consiste en una regla silogística *a maiore ad minus* o *a fortiori*.<sup>2</sup> Con los matices que realicemos *infra* en el apartado del nacimiento, el legislador ha venido entendiendo que, comprobada la premisa mayor, el delito, con más razón debería existir la menor, el ilícito civil. Por ejemplo, en el caso del sujeto que hiere a otro conscientemente, tendremos, por un lado, responsabilidad penal, al encuadrar la conducta en el correspondiente delito de lesiones y, por otro, responsabilidad civil, al haber generado el sujeto con su conducta unos daños civiles. El mismo razonamiento puede aplicarse a todo aquel delito cuya ejecución, de una forma u otra, lleve aparejada daños en el plano civil, como el homicidio, asesinato, lesiones al feto, hurtos, robos, estafas, etc. Por ello, según el artículo 116.1 CPesp, la regla general es que el responsable penal es también responsable civil.

No obstante, es claramente apreciable cómo la responsabilidad civil no surge, en puridad, ni del delito formal ni con el delito en un sentido material, baste comprobar algunos artículos al respecto, además de las nociones estudiadas en el capítulo anterior. En el caso de Italia, el explícito reenvío a las normas civiles (*vid.*, art. 185 CPita - *Ogni reato (...) obbliga (...) a norma delle leggi civili*), en el caso de España, la obligación del tercero a restituir el bien, aunque lo haya adquirido legalmente y de buena fe (*vid.*, art. 111 CPesp),

---

<sup>2</sup> MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, pp. 456-457 y ZENOVICH, V., *La responsabilità civile da reato*, pp. 134-135.

la expresa responsabilidad de las aseguradoras (*vid.*, art. 117 CPesp)<sup>3</sup>, las múltiples excepciones a la regla general de la responsabilidad civil del responsable criminal (*vid.*, arts. 118<sup>4</sup> y 120 CPesp<sup>5</sup> – art. 196 CPita<sup>6</sup>) y la responsabilidad a título lucrativo (*vid.*, art. 122 CPesp).<sup>7</sup> Por consiguiente, no en todos los supuestos en que haya responsabilidad penal habrá necesariamente responsabilidad civil y, del mismo modo, no en todos los supuestos en los que se genere la obligación de responder civilmente se atribuirá responsabilidad penal obligatoriamente. Son diversos ilícitos con diferentes criterios jurídicos de imputación. Por tanto, es necesario resaltar que el *nomen iuris* que tradicionalmente se le ha otorgado a la institución no es correcto desde el punto de vista técnico. La responsabilidad civil *ex delicto* o derivada del delito no surge en puridad del delito, sino, como toda responsabilidad civil, del ilícito civil, integrado fundamentalmente por el concepto del daño.<sup>8</sup> Por nuestra parte, creemos más oportuno seguir refiriéndonos

---

<sup>3</sup> *Vid.*, por todos, BARCELÓ DOMÉNECH, J., “Artículo 117”, pp. 425-452; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., “Artículo 117”, pp. 377-380; MAGALDI PATERNOSTRO, M.<sup>a</sup> J., “Artículo 117”, pp. 904-918 y MONTÉS PENADÉS, V. L., “Artículo 117”, pp. 622-629. Difusamente, sobre esta concreta problemática, LACASA GARCÍA, R., *Defensa jurídica y dolo del asegurado*, pp. 63-144.

<sup>4</sup> *Vid.*, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., “Artículo 118.1. 1<sup>a</sup> y 2<sup>ª</sup>”, pp. 453-490; PASQUAL DEL RIQUELME HERRERO, M., “Artículo 118.1. 3<sup>a</sup> y 4<sup>ª</sup>”, pp. 491-504; PASTOR ÁLVAREZ, M.<sup>a</sup> del C., “Artículo 118.2”, pp. 505-534; MAGALDI PATERNOSTRO, M.<sup>a</sup> J., “Artículo 118”, pp. 918-925; MONTÉS PENADÉS, V. L., “Artículo 118”, pp. 629-635 y SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Artículo 118”, pp. 346-348. *Vid.* el artículo correspondiente en el anterior CP 1973, CÓRDOBA RODA, J., “Artículo 20”, pp. 965-972. *Vid.* también la literatura sobre el artículo 119 CPesp, que obliga al Juez o Tribunal a fijar responsabilidades civiles en el caso de que concurren algunas de las causas de irresponsabilidad penal previstas en el artículo 118 CPesp. Al respecto, por todos, DE DOMINGO MARTÍNEZ, J. A., “Artículo 119”, pp. 535-548; MAGALDI PATERNOSTRO, M.<sup>a</sup> J., “Artículo 119”, pp. 925-926 y MONTÉS PENADÉS, V. L., “Artículo 119”, p. 636.

<sup>5</sup> *Vid.*, e. gr. ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., “Artículo 120”, pp. 1466-1512; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., “Artículo 120”, pp. 384-387; MAGALDI PATERNOSTRO, M.<sup>a</sup> J., “Artículo 120”, pp. 926-935; MONTÉS PENADÉS, V. L., “Artículo 120”, pp. 636-642 y SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Artículo 120”, pp. 349-352. *Amplius* GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., “Artículo 120.1”, pp. 553-556; FEMENÍA LÓPEZ, P. J., “Artículo 120.2”, pp. 557-572; DÍEZ SOTO, C. M., “Artículo 120.3”, pp. 573-646; *Id.*, “Artículo 120.4”, pp. 647-708 y GARCÍA PÉREZ, C., “Artículo 120.5”, pp. 709-812. *Vid.* también los artículos correspondientes en el anterior CP 1973, CÓRDOBA RODA, J., “Artículo 21”, pp. 972-975 e *Id.*, “Artículo 22”, pp. 976-994.

<sup>6</sup> *Vid.* ROMANO, M., “Art. 196”, pp. 393-403.

<sup>7</sup> Por todos, *vid.* ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., “Artículo 122”, pp. 1534-1537; ALGARRA PRATS, E., “Artículo 122”, pp. 895-916; MAGALDI PATERNOSTRO, M.<sup>a</sup> J., “Artículo 122”, pp. 938-940; MONTÉS PENADÉS, V. L., “Artículo 122”, pp. 646-649 y SEGRELLES DE ARENAZA, I., “Artículo 122”, pp. 873-894. *Vid.*, respecto al anterior CP 1973, CÓRDOBA RODA, J., “Artículo 108”, pp. 601-603.

<sup>8</sup> Atención a los matices que realizaremos *infra*, acerca del nacimiento de la restitución. Sobre la idea de que la responsabilidad civil prevista en el Código Penal deriva del daño privado y no del delito, ya en PACHECO, J. F., *El Código Penal concordado y comentado*, 6<sup>a</sup> ed., p. 277, SILVELA Y DE LE VIELLEUZE, L., *El Derecho Penal estudiado en principios*, pp. 301-302, GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código Penal de 1870*, t. 1, pp. 608-609 y t. 2, pp. 522-523 y DORADO MONTERO voz “reparación del daño causado”, en ENCICLOPEDIA JURÍDICA ESPAÑOLA, p. 253. También en DÍAZ VALCÁRCEL, L. M., “Responsabilidad civil derivada del delito (I)”, pp. 23-24 y en SILVA MELERO, V., “El problema de la responsabilidad civil en el Derecho penal”, pp. 664-665. En la doctrina actual, por todos, MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 456, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho penal*, p. 154 y SILVA SÁNCHEZ, J. M., “¿Ex delicto?”, pp. 4-5. Entre los civilistas, PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Comentario al artículo 1.902”, pp. 1973-1976, YZQUIERDO TOLSADA, M., “El perturbador artículo 1.092 del Código Civil”, pp. 2110-2111, DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, p. 278, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, pp. 27-29 y ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, pp. 58-59.

a tal responsabilidad como *ex delicto*, por respeto a la nomenclatura tradicional y para diferenciarla, como veremos, del modelo previsto en el Código Civil.

No obstante lo anterior, a pesar de que esta responsabilidad civil *ex delicto* surge, en la más absoluta puridad, del ilícito civil, lo cierto es que, de alguna manera, el análisis de los presupuestos generadores de la responsabilidad privada se ve predeterminado por la constatación de un ilícito penal. Es ésta una de las características fundamentales que, a nuestro juicio, diferencia el modelo *ex delicto* del modelo “puro” contenido en el Código Civil. Para poder entrar a analizar los hechos desde el punto de vista del Derecho civil, tanto en Italia como en España, es necesario que previamente se aprecie la “*ejecución de un hecho descrito por la ley como delito*”, según el artículo 109.1 CPesp. Por tanto, con algo más de rigor técnico, sería conveniente enunciar que, en lo que respecta a la responsabilidad civil *ex delicto*, ésta surgiría *lato sensu* con la comprobación de un ilícito civil en el marco de unos hechos subsumibles en un ilícito penal. Todo ello, a pesar de que, como veremos, en realidad no se conoce con completa certeza cuál es el *minimum minimorum* necesario para que se pueda iniciar el análisis de los presupuestos de la responsabilidad civil *ex delicto* en España, ya que, entendiendo la antijuricidad penal como presupuesto del ilícito punitivo, hay supuestos en los que se responde civilmente (*vid.* art. 118.1 3º CPesp). En cualquier caso, parece que haber constatado la existencia previa del ilícito penal es requisito de la estructura del supuesto de hecho de la norma *ex delicto* para entrar a valorar si concurre la responsabilidad civil.<sup>9</sup>

Teniendo presente lo expuesto en los párrafos anteriores resulta sorprendente, cuanto menos, la expresa declaración del artículo 1092 CCesp, con la siguiente literalidad: “*Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal*”. Se trata de un precepto singular que no se ha modificado desde la aprobación del Código Civil en 1889. A juzgar por su tenor literal, pareciera que estamos ante dos sistemas de responsabilidad civil diferenciados por el origen estrictamente formal de su nacimiento. No es de extrañar que tal precepto haya sido duramente criticado por la doctrina civilista.<sup>10</sup> De nuevo, no es que la responsabilidad civil *ex delicto* surja del delito en sentido formal (*rectius* ilícito penal), sino que éste se constituye como requisito *sine qua non* para entrar a analizar si cabe atribuir responsabilidad civil a algún sujeto. Igualmente, resulta interesante resaltar otra particular característica de la responsabilidad civil *ex delicto*: su extensión o contenido. Más allá de las consideraciones que realicemos *infra*, en el ordenamiento italiano el *risarcimento del danno da reato* se compone de *restituzione* y de *risarcimento (stricto sensu)* según el artículo 185 CPita, mientras que la responsabilidad civil *ex delicto* comprende la restitución de la cosa, la reparación del daño

---

<sup>9</sup> En esta línea, además de la literalidad de los citados preceptos de los Códigos Penales italiano y español, por todos, ZENO-ZENCOVICH, V., *La responsabilità civile da reato*, pp. 22-26 y GÓMEZ CALERO, J., “La responsabilidad civil derivada de acto ilícito penal”, nº 190-191, pp. 604-605, también en *Id.*, “La responsabilidad civil derivada de acto ilícito penal”, nº 192, pp. 781-782.

<sup>10</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M., “El perturbador artículo 1.092 del Código Civil”, p. 2111, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, p. 24, DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, pp. 272-273 y ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, p. 58. *Amplius*, YZQUIERDO TOLSADA, M., “La responsabilidad civil en el proceso penal”, pp. 1107-1114.

y la indemnización de perjuicios de acuerdo con el artículo 110 CPesp. Obsérvese, con la simple lectura de las normas, cómo su contenido supera el mero resarcimiento que analizábamos en el capítulo anterior. En cualquier caso, sobre este particular nos remitimos a las contenidos ubicados *infra*.

Finalmente, como bien puede observarse de la mera lectura de los preceptos de la responsabilidad civil en el Código Penal italiano o español (y sin perjuicio de que aportemos más detalles sobre la cuestión más adelante), la responsabilidad civil *ex delicto* es una responsabilidad de carácter privado, ya que comparte las características propias de este tipo de responsabilidad. Se trata de una institución en la que no rige el principio de personalidad, siendo además asegurable y transmisible, está sometida a los principios de rogación y congruencia, etc. Por otro lado, también aquí es trasladable el debate acerca de la función de la responsabilidad civil que veíamos en el capítulo anterior. Por nuestra parte, nos remitimos a las consideraciones ahí realizadas y recalcamos, nuevamente, que la finalidad principal de la responsabilidad civil *ex delicto* es estrictamente reparatoria o compensatoria, en base al principio de equiparación que rige las relaciones privadas. Todo ello sin perjuicio de que, *de facto*, ejercite funciones preventivas o disuasorias, sin tenerlas expresamente asignadas.<sup>11</sup>

## 2. La relación entre las normas del Código Civil y las del Código Penal

### 2.1. Exposición de los principales planteamientos doctrinales

En este orden de cosas, cabría preguntarse acerca de la relación entre las normas contenidas en el Código Civil y las previstas en el Código Penal. Por lo general, la doctrina penalista tiende a relacionar estas últimas normas con la responsabilidad extracontractual señalando, o bien que constituyen una parte de ésta, o bien que, directamente, se identifican con ésta.<sup>12</sup> A partir de estos planteamientos, pareciera que aprecian una simple relación de especialidad entre las normas extracontractuales del Código Civil y las del Código Penal. Sin embargo, nosotros tenemos serias dudas al respecto, debido a una cuestión que ya apuntábamos en el capítulo anterior, y es que hay supuestos penales fácilmente encuadrables dentro de uno y otro modelo de responsabilidad civil, esto es, contractual y extracontractual, además de otros casos

---

<sup>11</sup> De esta misma opinión, GONZÁLEZ RUS, J. J., “El artículo 444 del Código penal”, p. 383, BUSTOS RAMÍREZ, J. J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho Penal*, vol. 1, p. 235, RAMÓN RIBAS, E., “La responsabilidad civil derivada de delito”, pp. 79-80, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, p. 587 y ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho Penal*, p. 555. Entre los civilistas, por todos, ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, p. 58. Con ciertos matices, MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, p. 50, QUINTERO OLIVARES, G., “La función de la responsabilidad civil y del perjuicio en la política penal”, p. 3205, *Id.*, “La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil”, pp. 24-27 e *Id.*, “La responsabilidad civil y la reparación en la política criminal contemporánea”, pp. 16 y 19. De otra opinión, *cfr.* FONDAROLI, D., “Mille e non più mille”, pp. 167-168.

<sup>12</sup> SILVA MELERO, V., “El problema de la responsabilidad civil en el Derecho penal”, pp. 641-642, SILVA SÁNCHEZ, J. M., “¿Ex delicto?”, p. 3, ALASTUEY DOBÓN, M<sup>a</sup> C., “La responsabilidad civil y las costas procesales”, p. 596, también en *Id.*, “Consecuencias jurídicas no penales”, p. 238, MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 456 y BACIGALUPO SAGGESE, S., “Las consecuencias accesorias”, p. 265. Críticamente, sobre tal parecer LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, pp.19-22.

tutelables a través del propio Derecho de obligaciones. En estos casos de responsabilidad contractual o de tutela a través del Derecho de obligaciones en sentido amplio, véanse los delitos de impago de prestaciones (art. 227 CPesp), extorsión (art. 243 CPesp), estafa (arts. 248 y ss CPesp), apropiación indebida (arts. 253 y 254 CPesp) o alzamiento de bienes a través de contratos en fraude de acreedores (257 y ss CPesp). Por nuestra parte, no negamos la realidad de que la responsabilidad civil *ex delicto* presenta una íntima relación con la responsabilidad civil prevista en el Código Civil, pero no creemos que sea correcto identificarla exclusivamente con uno de los dos modelos. Al contrario, la doctrina civilista suele identificar las previsiones del Código Penal con la responsabilidad civil prevista en el Código Civil, criticando especialmente la ubicación legal de los preceptos, el tradicional *nomen iuris* y abogando por la unificación.<sup>13</sup> En este sentido, parece que la gran parte de la doctrina civilista considera que no existe una dualidad de regímenes con fundamentos distintos, sino que hay una mera dualidad de normas.<sup>14</sup> Es decir, se entiende que, en realidad, no hay dos regímenes de responsabilidad civil, *ex delicto* y “pura”, sino que las normas de responsabilidad civil contenidas en el Código Penal son una simple duplicación de aquellas contenidas en el Código Civil.

Sin embargo, un reducido sector de la doctrina civilista sostiene que es conveniente diferenciar una responsabilidad civil “pura” de una responsabilidad civil “*ex delicto*”. El autor más representativo de esta postura es ZENO-ZENCOVICH, quien observa que la norma contenida en el artículo 2043 CCita es una cláusula general, mientras que el artículo 185 CPita es una norma secundaria – en el sentido de que es necesaria la existencia previa de un delito para que entre en funcionamiento–, constituyendo la adaptación de la cláusula general a las especiales exigencias del sistema penal.<sup>15</sup> En esta línea, el primer argumento que aporta es la diferente estructura de la norma. De una parte, el *risarcimento del danno da reato* tiene un supuesto de hecho estructurado como “típico”, dependiente de la ejecución del ilícito penal, de otra parte, la *responsabilità civile* tiene una estructura general atípica, de acuerdo con el ilícito civil.<sup>16</sup> En todo caso, es consciente de la eventualidad de la norma secundaria, en el sentido de que no todo delito obliga al *risarcimento*, ya que el delito no determina una obligación resarcitoria *per se*, aunque advierte que, según la norma, es necesario que este *quid pluris* integre el supuesto de hecho.<sup>17</sup> Es por esta razón por la que entiende que el artículo 185 CPita es

---

<sup>13</sup> Por todos, PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Perseverare diabolicum”, *passim*, DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, p. 275 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, pp. 73-80.

<sup>14</sup> PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Comentario al artículo 1.902”, pp. 1973-1976, parecen adherirse a su tesis ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, p. 60. También en este sentido, MAGALDI PATERNOSTRO, M.ª J., “Artículo 109”, p. 874. Por el contrario, haciendo referencia a la dualidad de regímenes *cf.* YZQUIERDO TOLSADA, M., “La responsabilidad civil en el proceso penal”, pp. 1108-1109 y 1118. También en *Id.*, *Responsabilidad civil extracontractual*, pp. 74-75, aunque a lo largo de sus obras no deja de hacer mención a la “dualidad normativa”.

<sup>15</sup> ZENO-ZENCOVICH, V., *La responsabilità civile da reato*, pp. 25 y 27. Sin embargo, aunque este autor se encargó del desarrollo más reciente de esta teoría, lo cierto es que este planteamiento ya había sido propuesto por PAOLI, G., *Il reato, il risarcimento e la riparazione*, pp. 74-76 y CARNELUTTI, F., *Il danno e il reato*, p.62. Con matices, *cf.* FROSALI, R. A., *Reato, danno e sanzioni*, p. 210 quien considera que el artículo 185 CPita es una norma secundaria en blanco.

<sup>16</sup> ZENO-ZENCOVICH, V., *La responsabilità civile da reato*, pp. 22-26.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 29.

norma secundaria frente al ilícito penal, ya que debe constatarse la previa ejecución de un ilícito penal. Igualmente, percibe que en ambos artículos se aprecia una variación del área del daño resarcible, basándose, por un lado, en la amplitud del artículo 2043 CCita, y por otro, en la previa individualización penal del interés lesionado. Es decir, el artículo 185 CPita se limitaría a añadir una “sanción” civil a una violación ya verificada,<sup>18</sup> pues de alguna forma, el *risacimento del danno da reato* o responsabilidad civil *ex delicto* se encuentra directa y causalmente vinculado por el ilícito penal, impidiendo apreciar previos o posteriores daños civiles. Por lo expuesto, ZENO-ZENCOVICH concluye que entre el artículo 2043 CCita y el artículo 185 CPita hay una relación de autonomía y no de especialidad de una frente a la otra.<sup>19</sup>

Con anterioridad en nuestro país se había pronunciado GÓMEZ CALERO, resaltando la incorrección de identificar plenamente la responsabilidad del Código Civil, ya sea extracontractual o contractual, con la prevista en el Código Penal. De una forma menos difusa que el autor anteriormente mencionado, pone de relieve la diversa estructura del supuesto de hecho entre una y otra responsabilidad, reflejando con propiedad que la responsabilidad civil derivada de “acto ilícito penal” (*sic.*) no es una pena ni deriva en puridad de este último.<sup>20</sup> En este sentido, recalca que esta responsabilidad, a diferencia de la prevista en el Código Civil, reconoce normalmente tres fundamentos: el fundamento remoto, el delito; el fundamento próximo, el daño producido; y el fundamento inmediato, basado en los criterios de equidad que el propio Código Penal permite (en la actualidad, por ejemplo, lo apreciaríamos claramente en los supuestos de estado de necesidad, *vid.* art. 118.1 3º CPesp y también en los supuestos de los arts. 2044, 2045 y 2047 CCita). Finalmente, contrasta el contenido de la obligación civil predeterminada en el Código Penal frente al contenido de la responsabilidad civil prevista en el Código Civil.<sup>21</sup> Más recientemente, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA ha puesto de relieve que, en rigor, muchas de las medidas contempladas en el contenido de la responsabilidad civil *ex delicto* exceden del estricto ámbito de la reparación del daño causado.<sup>22</sup> Esta autora entiende que de la lectura de los artículos 109 y 110 CPesp parece desprenderse la idea de que se pretende lograr la reparación integral. Sin embargo, considera que, desde el estricto punto de vista del Derecho civil, a veces resultarán más adecuados otros mecanismos regidos por diferentes normas, que exigen la aplicación de principios jurídicos diferentes.<sup>23</sup> En el caso de la restitución, a pesar de estar recogida como integrante de la responsabilidad civil *ex delicto*, no es una consecuencia directa derivada de la responsabilidad civil “pura”

---

<sup>18</sup> *Ibid.*, pp. 32-34.

<sup>19</sup> *Ibid.*, pp. 77-78. En un sentido similar, defendiendo que el art. 185 CPita no es una mera duplicación del art. 2043 CCita, aunque partidario de la relación cláusula general y cláusula especial, ROMANO, M., “Art. 185”, pp. 347-348.

<sup>20</sup> GÓMEZ CALERO, J., “La responsabilidad civil derivada de acto ilícito penal”, n° 190-191, pp. 604-605.

<sup>21</sup> *Ult. Loc. Cit. e Id.*, “La responsabilidad civil derivada de acto ilícito penal”, n° 192, pp. 781-782.

<sup>22</sup> LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, pp. 16-17 y 19-22. De forma similar, en Italia ya indicaría ANTOLISEI, F., *L'offesa e il danno nel reato*, p. 68 que el resarcimiento es una de las posibles acciones civiles.

<sup>23</sup> LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, p. 29.



*stricto sensu*.<sup>24</sup> También existen una serie de consecuencias civiles de las conductas calificadas como delito que ni siquiera están previstas en el Código Penal y que, por el contrario, con frecuencia son indebidamente encuadradas en la responsabilidad civil, como por ejemplo, la declaración de nulidad de un contrato celebrado en fraude de acreedores utilizado como medio para cometer un delito de alzamiento de bienes.<sup>25</sup> Por otro lado, entiende que en ciertos supuestos la responsabilidad contractual es la consecuencia civil directa en determinados delitos, por ejemplo en el delito de apropiación indebida.<sup>26</sup> De forma congruente, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA expone que, en el plano procesal, o bien la acción civil derivada del delito comprende diversas acciones civiles que se concretarían en cada supuesto (reivindicatoria, restitutoria de carácter personal, de nulidad, de responsabilidad extracontractual o contractual, etc) o bien es una sola acción.<sup>27</sup>

## 2.2. Toma de postura

Por nuestra parte, nos encontramos en una posición más cercana a esta última línea doctrinal que a la primera. Creemos que es necesario diferenciar un auténtico modelo de “responsabilidad civil” *ex delicto* de un modelo de responsabilidad civil “pura”, por dos razones fundamentales. En primer lugar, por la estructura del supuesto de hecho generador de la responsabilidad. De una parte, tanto el artículo 2043 CCita como el artículo 1902 CCesp parten del ilícito civil como supuesto de hecho, mientras que los artículos 185 CPita y 109.1 CPesp parten *lato sensu* de la constatación previa de un ilícito penal para entrar a valorar la existencia de un ilícito civil. Es, de acuerdo con la terminología de ZENO-ZENCOVICH, una auténtica norma secundaria. No obstante, bien es cierto que, como han señalado ya autores clásicos como SILVA MELERO, el ilícito civil seguiría siendo tutelado conforme a las normas del Código Civil,<sup>28</sup> por lo que la exigencia previa del ilícito penal no es más que un requisito estrictamente formal, que nada afectaría al tratamiento del mismo. Es totalmente correcto. A pesar de ello, creemos que tal requerimiento constituye una necesidad insalvable en sede penal. De un lado, si se suprimiese este requisito, la tutela del ilícito civil perdería relevancia para el Derecho Penal, ya que ni el Derecho ni el proceso penal tienen como función la tutela de intereses netamente privados sino, por el contrario, la tutela del interés público manifestado en el ilícito penal. Al respecto, bien se nos puede criticar resaltando la defensa que el Derecho penal realiza frente a ciertos ataques contra la mera propiedad privada, por ejemplo en la expresa tipificación de delitos de hurto o robo. Sin embargo, como ha puesto de manifiesto QUINTERO OLIVARES, ello no se debe a un fenómeno de privatización del

---

<sup>24</sup> *Ibid.*, pp. 29-30. También en YZQUIERDO TOLSADA, M., “La querrela por alzamiento de bienes”, p. 277 y DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, p. 278.

<sup>25</sup> Críticamente, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, pp. 30-31.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>27</sup> *Ibid.*, pp. 44-45. También en esta línea, con anterioridad, GÓMEZ ORBANEJA, E., “La acción civil de delito”, pp. 204 y 208.

<sup>28</sup> SILVA MELERO, V., “El problema de la responsabilidad civil en el Derecho penal”, pp. 664-665. En la doctrina actual, por todos, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, pp. 77-78.

Derecho penal, sino, precisamente, a que el interés público tutelado en tales supuestos consiste en que esa propiedad privada se pueda disfrutar pacíficamente.<sup>29</sup> Con anterioridad, PACHECO señalaría que sólo será completa la justicia criminal cuando a la par de la satisfacción pública se levante la satisfacción privada.<sup>30</sup>

Por tanto, nos resulta razonable que deba apreciarse, como mínimo, un ilícito penal previamente, aunque no se genere responsabilidad penal, como prueba de un mínimo compromiso social en la tutela de intereses públicos. La fórmula empleada por los Códigos Penales español e italiano, si bien indeterminada, es un planteamiento correcto que debería matizarse mucho más en virtud de la seguridad jurídica. Por el contrario, no creemos que sea conveniente tutelar *sic et simpliciter* el ilícito civil en sede penal de acuerdo con el estricto contenido de las normas netamente civiles. Entendemos que sería desaconsejable un ejemplo de privatización tan evidente del proceso y del Derecho penal y que, por el contrario, esta exigencia ayuda a evitar (o, mejor dicho, a limitar) los ya de por sí frecuentes abusos de la acción civil.<sup>31</sup> Del mismo modo, somos plenamente conscientes de que esta exigencia lleva aparejada la perniciosa tendencia a relajar los requisitos penales para atribuir responsabilidad civil ya sea al penalmente enjuiciado o a un tercero. El ejemplo más notorio en este sentido es el caso de la Colza, aunque pueden citarse muchos otros.<sup>32</sup> En todo caso, nos parece evidente que este requisito no sólo es una necesidad insalvable del modelo (la cual, además, limita el contenido resarcitorio a la vinculación directa del daño a los hechos subsumibles en el ilícito penal, como veremos *infra*), sino que, además, es característica propia del mismo, diferenciándola del modelo de responsabilidad civil “pura”.

En segundo lugar, otro argumento que, a nuestro juicio, justificaría la existencia de un modelo diferenciado de responsabilidad civil es el contenido o extensión de la obligación privada. Creemos que los razonamientos de LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA examinados *supra* son incontestables. De hecho, la experiencia comparada en Italia – así como en múltiples ordenamientos latinoamericanos – se encamina también en este sentido. Más allá de la crítica a la delimitación entre reparación e indemnización, daño y perjuicio, nos resulta evidente que la responsabilidad civil *ex delicto* supera el contenido enteramente resarcitorio de la responsabilidad civil “pura” para abarcar un contenido de tipo “reintegratorio” o “restitutorio” en un sentido amplio. La existencia de las *restituzioni* y la restitución así lo demuestra, por no hablar de la extensa y creativa aplicación que la jurisprudencia hace de ellas, las cuales resultan, en ocasiones, completamente necesarias para satisfacer el interés privado subyacente al público. Es cierto que, ya en una primera aproximación, tales instituciones presentan un contenido confuso, contradictorio y nada respetuoso con el Derecho civil, pero no es menos cierto que se encuentran integradas en el modelo y que, de alguna forma, otorgan una dimensión privatística más amplia a la responsabilidad civil *ex delicto*. Nos parecerá muy criticable el tratamiento que ha hecho

---

<sup>29</sup> QUINTERO OLIVARES, G., “La llamada privatización del derecho penal”, p. 16.

<sup>30</sup> PACHECO, J. F., *El Código Penal concordado y comentado*, 1º ed., p. 580.

<sup>31</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M., “Querellas chantajistas y derecho civil light”, pp. 8-10.

<sup>32</sup> *Vid.*, STS 895/1997, de 26 de septiembre de 1997. En doctrina, referenciando esta tendencia judicial, por todos, SILVA SÁNCHEZ, J. M., “¿Ex delicto?”, p. 10.

el legislador, pero lo cierto es que, *de lege lata*, forma parte de un modelo de tutela civil mucho más amplio que la responsabilidad civil “pura”. Del mismo modo, dentro de este argumento también se encontraría la institución de la reparación que veremos en el capítulo próximo con más detenimiento, ciertamente innovadora.

En congruencia con lo expresado, concluimos este apartado resaltando que, bajo nuestro punto de vista, y de acuerdo con algunos sectores doctrinales, nos encontramos ante un modelo de tutela del interés privado que no se identifica con la responsabilidad civil “pura”. Se trata de un modelo diferente. Sin embargo, precisamente por su carácter especial en lo que se refiere a la tutela del interés privado, habrá de acudir a la aplicación supletoria del Código Civil para rellenar los huecos interpretativos que pudieran surgir.<sup>33</sup>

### 3. Derecho penal y responsabilidad civil *ex delicto*

En esta línea argumental que venimos siguiendo, la siguiente pregunta a la que debemos dar respuesta está referida a la relación entre la responsabilidad civil *ex delicto* y el Derecho penal. Si se trata de una institución diferente a la responsabilidad civil prevista en el Código Civil, con un contenido más amplio para dar cabida a otros supuestos del interés privado en la tutela del delito, ¿debe entenderse incluida esta institución en la definición o funciones del Derecho penal? De una parte, la postura negativa ha sido la respuesta tradicional a la problemática. Ya SILVELA consideraba que la responsabilidad civil se encuentra fuera de la órbita del Derecho penal, aunque se encuentre prevista en el Código punitivo.<sup>34</sup> Desde entonces, es esta la línea que se ha venido siguiendo por la mayor parte de la doctrina.<sup>35</sup>

Por otro lado, uno de los autores más representativos de la postura afirmativa, BERISTAIN IPIÑA definió el Derecho criminal (*sic.*) como “*el sistema de normas jurídicas reguladoras del poder («ius puniendi» nacional e internacional) y determinantes de las acciones que constituyen delitos, así como de sus sanciones correspondientes: penas, medidas y reparaciones*”. En opinión de este autor, el Derecho criminal pretende el establecimiento del orden jurídico y la defensa de la sociedad mediante la resocialización de los delincuentes y la debida asistencia a las víctimas. En este sentido, entiende que el Derecho penal no puede cumplir tal función si prescinde de las medidas y de las reparaciones penales.<sup>36</sup> De la misma forma, los principios fundamentales de la victimología y la misión preventiva del Derecho penal exigen, en su opinión, la inclusión de la reparación en el concepto de Derecho penal, lo cual, nos señala,

---

<sup>33</sup> Así, QUINTERO OLIVARES, G. y TAMARIT SUMALLA, J. M., “Capítulo I – De la responsabilidad civil”, p. 600 y ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., “Artículo 109”, p. 1363.

<sup>34</sup> SILVELA Y DE LE VIELLEUZE, L., *El Derecho Penal estudiado en principios*, pp. 240 y ss.

<sup>35</sup> Por todos, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español*, t. 1, pp. 46-47, GRACIA MARTÍN, L., “Introducción al sistema de las consecuencias jurídicas del delito”, p. 38, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, p. 34 (Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho Penal*, p. 43), MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, pp. 50-51, corrigiendo sus planteamientos previamente expuestos en *Id.*, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, pp. 18-19 y OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Sobre el concepto de Derecho penal*, pp. 58-59.

<sup>36</sup> BERISTAIN IPIÑA, A., *Medidas penales en Derecho contemporáneo*, pp. 82-83, también en los esquemas en pp. 61-62.

se aprecia cada vez más frecuentemente en las concepciones contemporáneas.<sup>37</sup> En esta línea, entre la doctrina más actual, HORTAL IBARRA también parte de la naturaleza penal de la responsabilidad civil *ex delicto* y, consecuentemente, defiende su integración en el concepto de Derecho penal, junto con las penas, las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias.<sup>38</sup>

De otra parte, existe una línea intermedia entre las dos posturas tan contrapuestas, integrada por aquellos autores que distinguen la pena y la medida de seguridad de la responsabilidad civil, pero que, de alguna u otra forma, entienden que es necesario incluir a esta última en la definición del Derecho penal. Véase por ejemplo la obra de QUERALT JIMÉNEZ, quien parte de una naturaleza plenamente civil, pero que entiende que, al ser una norma particularmente asociada a la exigencia de “comisión de un tipo de injusto” (*sic.*), considera que debe incluirse en la definición de Derecho penal en sentido objetivo.<sup>39</sup> En una línea similar, se encontraría la posición de QUINTANO RIPOLLÉS o de RODRÍGUEZ DEVESA, con ciertos matices.<sup>40</sup>

En una de sus primeras obras, MIR PUIG mencionaba que la decisión que se adopte sobre la cuestión depende de si se toma un punto de vista conceptual o político criminal.<sup>41</sup> Por su parte, en un principio, ya era consciente del carácter privado de la responsabilidad civil *ex delicto*. No obstante, entendía que era más aconsejable “político-criminalmente” incluir la responsabilidad civil derivada de delito en el prisma del Derecho penal, ya que ésta contribuiría mejor a la lucha contra el delito como un instrumento particular de la política criminal que como una consecuencia jurídico-civil desconectada de un particular cometido político-criminal.<sup>42</sup> Más adelante, MIR PUIG corregiría su postura en contribuciones posteriores. Reconoció que el uso político-criminal no debe oscurecer la naturaleza conceptual de la institución, ya que se trata de una responsabilidad de carácter civil. Entendía, con buen criterio, que si el Derecho penal se ocupa de las prescripciones penales en sentido estricto, las prescripciones reguladoras de la responsabilidad civil *ex delicto* no podrán considerarse parte del Derecho penal. A pesar de ello, finalmente admitiría que tal consideración no impide necesariamente que pueda resultar oportuno contemplar la responsabilidad civil desde el punto de vista de los intereses político-criminales como un arma civil en el tratamiento del delito.<sup>43</sup>

---

<sup>37</sup> *Ibid.*, pp. 90-91.

<sup>38</sup> HORTAL IBARRA, J. C., “La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto*”, pp. 25-26.

<sup>39</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. J., “De algunas bases del Derecho penal español”, pp. 308-309, siguiendo la línea de MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal*, pp. 18-19, la cual sería posteriormente corregida por este último autor.

<sup>40</sup> *Vid.*, QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de Derecho Penal*, p. 56, también en *Id.*, *Compendio de Derecho Penal*, pp. 291 y ss, y RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal Español*, p. 10.

<sup>41</sup> MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal*, p. 18.

<sup>42</sup> *Ult. Loc. Cit.*

<sup>43</sup> *Id.*, *Derecho Penal*, pp. 50-51. También entre los civilistas, en esta línea, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, p. 97, “una cosa es que la responsabilidad civil se ponga por el legislador al servicio de la política criminal y otra bien distinta que ello signifique un cambio de la naturaleza o finalidad de la responsabilidad civil”.

Por nuestra parte, la inclusión de la responsabilidad civil *ex delicto* en el concepto del Derecho penal nos resulta especialmente criticable, ya que, aun admitiendo que sea un elemento de utilidad político-criminal, no deja de asociarse al delito más que artificialmente, a través de la exigencia de éste como requisito normativo previo al análisis de los hechos desde el prisma del Derecho civil. Tampoco compartimos que deba otorgarse al Derecho penal una función tan amplia como para incluir la reparación o el restablecimiento del orden jurídico dentro de él. Desde nuestro punto de vista, teniendo en cuenta los contenidos propios de nuestro modelo, resulta más razonable un planteamiento en la última línea de MIR PUIG en lo que se refiere a la relación entre Derecho penal y responsabilidad civil *ex delicto*. Consideramos que este punto de vista contribuye a distinguir con claridad los planos civiles de los penales, lo cual resulta imprescindible en nuestro sistema, tanto para no privatizar el Derecho penal como para no punitivizar el Derecho civil.<sup>44</sup> Como tuvimos ocasión de comprobar en el capítulo anterior, el Derecho penal se ocupa del castigo, por lo que, examinada la institución de nuestro interés, no tiene mucho sentido incorporar un instituto enteramente privado al concepto de Derecho penal. Cuando se analizan instituciones jurídicas, especialmente en lo que respecta al Derecho penal, es de una importancia capital diferenciar debidamente entre el carácter “punitivo” y los rasgos “coactivos” que puedan presentar las diferentes figuras jurídicas. En nuestro sistema, la responsabilidad civil no tiene, ni debería tener, ningún rasgo punitivo, por lo que es necesario apartarla del concepto de Derecho penal. Sin embargo, este planteamiento no implica que, de alguna forma, el Derecho penal deje de incentivar actos reparatorios sobre los perjudicados. Al contrario. A pesar de que la reparación no presenta carácter aflictivo ni es cometido del Derecho penal, es perfectamente posible asociar funciones de interés político-criminal a la satisfacción de la responsabilidad civil *ex delicto*. Todo ello a pesar de que, en puridad, el modelo no está construido ni desde el punto de vista del Derecho penal ni para ejercer funciones político-criminales. En este sentido, quizás una crítica apropiada a este segundo planteamiento de MIR PUIG sería la no delimitación de las concretas funciones político-criminales, pues ciertamente no tiene mucho sentido defender la conveniencia político-criminal de una institución, ya sea entendiendo ésta como penal o privada, sin dar al menos una somera indicación al respecto. De otra parte, bien es cierto que otros planteamientos como el del AE-WGM merecerían otra opinión, ya que presentan una naturaleza jurídica más controvertida, mucho más cercana al Derecho penal, aun sin ser enteramente punitiva. Al respecto, ya declararíamos ROXIN, uno de sus principales impulsores, que no se trata de una institución propiamente penal.<sup>45</sup> En todo caso, parece evidente que tales planteamientos doctrinales se encuentran indiscutiblemente fuera de la órbita de los Códigos Penales español e italiano.

---

<sup>44</sup> Críticamente, sobre la punitivización de las instituciones civiles en sede penal YZQUIERDO TOLSADA, M., “La responsabilidad civil en el proceso penal”, pp. 1198-1202.

<sup>45</sup> ROXIN, C., “Risarcimento del danno e fini della pena”, p. 21.

#### 4. Las principales controversias acerca del modelo de responsabilidad civil *ex delicto* en sede penal

Al igual que toda institución jurídica, el modelo de responsabilidad civil *ex delicto* no está exento de debates y controversias. Ciertamente, es comprensible que genere verdadera perplejidad el hecho de que una institución de Derecho civil se ventile en el proceso penal y que, además, se contenga expresamente en el Código penal. Más allá de la justificación histórica de tales realidades, es conveniente dedicar algunas líneas a los debates científicos acerca del modelo y la propia institución. Lo primero que debe señalarse al respecto es que, a pesar de todo, el modelo ha venido recibiendo críticas positivas con carácter general por parte de los penalistas.<sup>46</sup> A su favor, se ha argumentado tradicionalmente, entre otras razones, que refleja una verdadera preocupación por la tutela de los derechos de las víctimas de los delitos, en contraste con otros modelos como el alemán, donde la separación entre los intereses privados y los públicos ha sido mucho más pronunciada.<sup>47</sup> Por su parte, los civilistas han contemplado la cuestión como una sección de la totalidad del derecho de obligaciones, denunciando las disfunciones y las incoherencias.<sup>48</sup> En este sentido, los fundamentos y la función del modelo de la responsabilidad civil *ex delicto* en el seno del Derecho penal es precisamente la gran controversia acerca de la institución. ¿Por qué se analiza una institución de Derecho civil en el seno del proceso penal? ¿cumple con alguna función político-criminal o punitiva? ¿o más bien está basada en un criterio de simple economía procesal?

Desde nuestro punto de vista, a juzgar por el tratamiento de la responsabilidad civil *ex delicto* en el ordenamiento español, pareciera que el fundamento principal es la economía procesal.<sup>49</sup> La razón es que el modelo no está concebido penalmente ni recibe un tratamiento jurídico explícitamente vinculado a las bases del Derecho penal, aunque subsidiariamente se le atribuyan funciones político-criminales. Al respecto, seguramente ésta sea la crítica más básica que el penalista pudiera realizar al modelo en el exclusivo interés de su disciplina: la ausencia de una utilidad y planteamientos teóricos basados en el Derecho penal. Sobre esta problemática QUINTERO OLIVARES ha puntualizado, con razón, que hay una serie de cuestiones que quizás deberían replantearse de un modo mucho más reposado. Por ejemplo, qué es exactamente lo que se pretende conseguir en el Derecho penal procesal y material a través de la exigencia de la responsabilidad civil *ex delicto*, qué importancia va a tener la reparación del daño en esta sede y cuál va a ser

---

<sup>46</sup> A favor del modelo, entre los comentaristas decimonónicos, CASTRO Y OROZCO, J. y ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *Código Penal explicado*, pp. 233-235. En la doctrina contemporánea, por todos, CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal*, pp. 801-802, LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 150, SANTA CECILIA GARCÍA, F., “La responsabilidad civil ‘ex delicto’”, pp. 1016-1018 y GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “La responsabilidad civil derivada de delito y su controvertida naturaleza”, pp. 243-244. Más recientemente, ROIG TORRES, M., *La reparación del daño*, p. 144.

<sup>47</sup> Así se lamenta, por todos, MADLENER, K., “La reparación del daño sufrido”, pp. 12-13.

<sup>48</sup> Ampliamente, por todos, YZQUIERDO TOLSADA, M., “La responsabilidad civil en el proceso penal”, 1105-1118 quien, no obstante, se posiciona a favor del modelo de adhesión, pues considera que tiene más ventajas que inconvenientes, *Ibid.*, p. 1230. Más recientemente en *Id.*, *Responsabilidad civil extracontractual*, p. 95.

<sup>49</sup> De forma similar, PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Comentario al artículo 1.902”, p. 1973, SILVA SÁNCHEZ, J. M., “¿Ex delicto?”, p. 3 y GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho penal*, p. 154.

la trascendencia de las consecuencias civiles en comparación con las penales.<sup>50</sup> Ciertamente, si se pone el foco en el Derecho penal, cabe preguntarse si este modelo resulta verdaderamente satisfactorio para los intereses propios de éste, por razones tales como condenar civilmente a terceros no intervinientes o irresponsables penales. En otras palabras, quizás el debate no debería plantearse, como se ha venido haciendo, en el sentido de responsabilidad civil *ex delicto* ¿sí o no?, sino más bien, responsabilidad civil *ex delicto* ¿por qué y para qué? Obviando el evidente fundamento de la economía procesal, y centrándonos exclusivamente en la función y sentido del Derecho y proceso penal ¿qué sentido tiene conceder una responsabilidad civil en aquellos casos en los que no se responde penalmente y, por tanto, no se salvaguarda el interés público, sino el enteramente privado? O mejor aún, ¿qué sentido tiene condenar a terceros no intervinientes en el hecho delictivo como responsables civiles? ¿o, por el contrario, concedérsela a terceros perjudicados? Si los hechos ya pueden tutelarse a través del Derecho civil, ¿qué sentido tendría tutelarlos también bajo los mismos criterios jurídicos en sede penal?

Por parte de la doctrina más clásica, la respuesta tradicional no sólo ha sido la completa separación entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, sino la afirmación de que, además, la reparación civil no atenuaba ni afectaba a la responsabilidad penal con carácter general.<sup>51</sup> Esto se debe a que el cumplimiento de la responsabilidad civil *ex delicto* no cumple, por sí sola, ninguna función penal explícita.<sup>52</sup> Por el contrario, es cierto que las recientes modificaciones legislativas han venido otorgando cada vez más importancia a la reparación del daño, pero, de acuerdo con las modificaciones españolas, esto más bien parece ser un indicador de que el comportamiento del reo está en línea con las funciones del Derecho penal. No se trata, por tanto, de un fin en sí mismo, sino de un medio o instrumento político-criminal que podrá parecer más o menos discutible. Únicamente la atenuante del artículo 21.5<sup>a</sup> CPesp tiene efectos prácticamente automáticos en este sentido, y con todo, maneja un concepto de “reparación” que no coincide exactamente con los contenidos de la responsabilidad civil. Al respecto, debe resaltarse además que, fuera del ámbito de la atenuante, no se exige la reparación en sí, sino el esfuerzo por reparar. En consecuencia, lo expuesto refuerza la idea de que el fundamento del modelo no es un interés penal, sino un interés de exclusiva economía procesal. Aunque aun así quedan muchas problemáticas del modelo por explicar.

Centrándonos ya en el exclusivo interés del perjudicado, cabe cuestionarse si el proceso penal es el lugar idóneo para hacer valer este tipo de pretensiones.<sup>53</sup> De una parte, si únicamente se busca el resarcimiento del daño, quizás fuera más conveniente acogerse a

---

<sup>50</sup> QUINTERO OLIVARES, G., “La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil”, p. 28.

<sup>51</sup> Por todos, CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal*, p. 809: “Ante todo debe tenerse presente que la reparación de los daños del delito no atenúa ni produce efecto alguno sobre la pena correspondiente al hecho punible en cuestión. El que malversa, el que hurta, el que estafa, aun cuando reintegren con posterioridad a la infracción todo o parte de lo malversado, hurtado o estafado, no obtendrán por ello atenuación alguna de la penalidad imponible, salvo en el caso de reparación de los efectos del delito a que se refiere la atenuante 9<sup>o</sup> del art. 9<sup>o</sup> (CP 1973).”

<sup>52</sup> Sobre esta idea de que la reparación del perjuicio no encaja completamente en el fundamento y el fin de las penas, QUINTERO OLIVARES, G., “La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil”, p. 30.

<sup>53</sup> Manifiestamente en contra, *Ibid.*, pp. 31-32.

un modelo de responsabilidad objetiva o por culpa presunta en sede civil, de acuerdo con el supuesto concreto. En cualquier caso, esta cuestión se trataría, más bien, de un problema de estrategia procesal, en función de las necesidades y recursos del perjudicado. De otra parte, debe resaltarse que el proceso penal no se instruirá con especial interés en la tutela de la pretensión privada, sino más bien en el esclarecimiento de los hechos que, posteriormente, se encajarán en la norma penal. Es decir, que los hechos se reconstruirán para analizarse desde el punto de vista del Derecho penal y no para fundar una pretensión de responsabilidad civil. Por ello, es posible que el daño que se busca resarcir supere la esfera estrictamente delictual y que, consecuentemente, la vía penal no sea la mejor opción. Téngase en cuenta que, como desarrollaremos *infra* en el apartado dedicado al nacimiento, el modelo de responsabilidad civil *ex delicto* exige que el daño se encuentre en relación de causalidad directa con los hechos subsumibles en el ilícito penal, por lo que si hay daños situados fuera de esta órbita, no se resarcirán. Adicionalmente, desde el punto de vista del Derecho penal, en principio, cabría objetar que el proceso punitivo no es el marco adecuado para que se promuevan acuerdos privados entre acreedores y deudores. Así, tal planteamiento excedería, por lo general, la función del proceso penal, aunque, por otro lado, bien es cierto que supeditar la ejecución de la condena penal al cumplimiento de la responsabilidad civil podría resultar coherente con su carácter de *ultima ratio*. No obstante, aun admitiendo su alineación con el principio penal de última ratio, son bien conocidos los abusos que se hacen de la acción privada en sede punitiva, obligando al causante a cumplir con sus obligaciones civiles bajo la amenaza de la respuesta penal del ordenamiento.<sup>54</sup> Igualmente, es manifiesta la distorsión que, en ocasiones, se hace del proceso penal, cada vez más disponible para las partes.<sup>55</sup>

Más allá de los problemas estrictamente procesales, y teniendo en cuenta el mencionado requisito de la apreciación del ilícito penal para entrar a valorar la responsabilidad civil, resultan innegables las interferencias mutuas entre la esfera de lo penal y la de lo civil. Así lo ha puesto de manifiesto SILVA SÁNCHEZ, quien ha observado que se tiende a afectar el análisis jurídico penal de los hechos en supuestos donde se aprecie la existencia de daños civiles particularmente relevantes, de tal forma que en estos casos se relajan los requisitos penales para poder concederle responsabilidad civil a los perjudicados.<sup>56</sup> Del mismo modo, la doctrina ha subrayado cómo las aplicaciones jurisprudenciales de la responsabilidad civil *ex delicto* alteran frecuentemente las reglas propias del Derecho de obligaciones, llegando, en múltiples ocasiones, a emplearlas indebidamente, ya sea por

---

<sup>54</sup> Ampliamente, desde el punto de vista del Derecho civil, YZQUIERDO TOLSADA, M., “Querellas chantajistas y derecho civil light”, *passim*., particularmente pp. 7-13.

<sup>55</sup> Sobre estas cuestiones, QUINTERO OLIVARES, G., “La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil”, pp. 29 y 32-33. En esta línea, señalando que es el Derecho penal el que se convierte en instrumento de política civil, RAMÓN RIBAS, E., “La responsabilidad civil derivada de delito”, pp. 94-77. Ampliamente, denunciando la instrumentalización del proceso penal en el caso italiano PISANI, M., “Il risarcimento del danno da reato nell’ordinamento italiano”, pp. 276-286.

<sup>56</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., “¿Ex delicto?”, p. 10. Ampliamente, desde el punto de vista del Derecho civil, YZQUIERDO TOLSADA, M., “La responsabilidad civil en el proceso penal”, pp. 1195-1198.



comodidad del juez penal, por desconocimiento de las instituciones o por satisfacer el objetivo de beneficiar a las víctimas.<sup>57</sup>

Finalmente, en cuanto a los problemas fenomenológicos propios del modelo, cabe destacar la constante ausencia de pagos,<sup>58</sup> lo cual explicaría el continuo interés del legislador por buscar nuevos responsables civiles, así como la flexibilidad de la jurisprudencia a la hora de aplicar los requisitos legales para que responda un tercero.<sup>59</sup> Fuera de la estricta órbita del Derecho penal, esta cruda realidad también explicaría el interés de los Estados en promover modelos asistenciales de reparación colectiva a las víctimas de los delitos.<sup>60</sup> Todo ello, entendemos, no en interés penal, sino en interés de los perjudicados. Sin embargo, desde el punto de vista exclusivamente penal, muchas son las dudas sobre las consecuencias penales que debe tener la satisfacción de la responsabilidad civil *ex delicto*. En esta línea, sin ir más lejos, en el caso de un menor que comete un delito y se condena, junto a éste, solidariamente a los padres como responsables civiles en virtud del artículo 61.3 LORRPM y teniendo en cuenta la exigencia de cumplimiento de la responsabilidad civil para el acceso a beneficios penales y penitenciarios ¿resulta razonable que repare un tercero pero que los mencionados beneficios los reciba el propio reo? Incluso en aquellos casos en los que el reo no resarce, ya sea por negativa o por imposibilidad material, no deja de ser sorprendente la exigencia del cumplimiento en este sentido, aun teniendo en cuenta que tal exigencia se evaluará junto a otros requisitos como decíamos, ya que puede llevar a verdaderos absurdos penales. Pero ¿y en el caso de la atenuante? ¿resulta razonable que repare un tercero y que se beneficie el reo?

En cualquier caso, y aceptando el modelo en su integridad, siguen siendo profundamente polémicas las notables diferencias de régimen jurídico entre la responsabilidad civil “pura” y la responsabilidad civil “ex delicto”, así como la ubicación de esta última en el

---

<sup>57</sup> Lamentándose de tal realidad, resaltando que el Derecho civil que debe conocerse es mucho más amplio que el contenido en las normas penales YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, pp. 95-96. *Vid.* también *Id.*, “La responsabilidad civil en el proceso penal”, pp. 1202-1230, donde cita multitud de ejemplos concretos del frecuente mal uso del Derecho civil por parte de la justicia penal. A lo largo de la obra de este autor se aduce frecuentemente el desconocimiento de las instituciones privadas como causa principal de la incorrecta aplicación y, por cuanto respecta a la responsabilidad civil *stricto sensu*, se ha alegado el erróneo entendimiento de la finalidad que estas normas persiguen, apreciando rasgos de “punitivización” de la responsabilidad civil. *Vid. Id.*, *Responsabilidad civil extracontractual*, pp. 96-98. *Amplius, Id.*, “La querrela por alzamiento de bienes”, pp. 274-287, *Id.*, “Querrelas chantajistas y derecho civil light”, pp. 10-21. Entre los penalistas, aportando ejemplos civiles y tributarios en esta línea, SILVA SÁNCHEZ, J. M., “¿Ex delicto?”, pp. 10-11.

<sup>58</sup> Ya lo denunciaba SÁNCHEZ TEJERINA, I., *Derecho penal español*, pp. 473-474.

<sup>59</sup> Críticamente, QUINTERO OLIVARES, G., “La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil”, pp. 28-29. Algo más recientemente, ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos*, pp. 445-447. Por los civilistas, YZQUIERDO TOLSADA, M., “La responsabilidad civil en el proceso penal”, pp. 1146-1147.

<sup>60</sup> Interesante resaltar que, a pesar de que se trata de una cuestión que no es estrictamente penal, la doctrina italiana sí se ha interesado frecuentemente por ella, *e. gr.* PISANI, M., “Per le vittime del reato”, *Id.*, “Solidarietà sociale e vittime del delitto”, BELLANTONI, G., “La riparazione alle vittime del reato” y CASAROLI, G., “La riparazione pubblica alle vittime del reato”. En España, por todos, *vid. e. gr.* POLAINO NAVARRETE, M., “Victimología y criminalidad violenta en España”, pp. 577-578, quien propuso una responsabilidad civil subsidiaria de segundo grado a cargo de la Administración.

Código Penal. Debido a que son problemas particularmente extensos, hemos decidido dedicarles un apartado propio a cada uno de ellos, que examinaremos a continuación.

#### 4.1. Diferencias con la responsabilidad civil prevista en el Código Civil

Desde el punto de vista de la coherencia del ordenamiento jurídico, la crítica más extendida al sistema de responsabilidad civil *ex delicto* es la dualidad normativa. En efecto, el sistema previsto en el Código Penal no sólo es regla especial frente a la general contenida en el Código Civil, sino que la altera significativamente en múltiples supuestos. Si, como decíamos *supra*, el fundamento principal del modelo es la economía procesal, quedaría por resolver la incógnita de qué explicación merecen los cambios en el fondo del asunto.<sup>61</sup>

La diferencia que más suele aducirse entre un régimen y otro es que, en caso de pluralidad de causantes, la regla general es la solidaridad en el Código Penal según el artículo 116.2 CPesp, mientras que, en sede civil, el estado de la jurisprudencia declara que la responsabilidad es mancomunada en supuestos de responsabilidad contractual y solidaria en casos de responsabilidad extracontractual – aunque comprobábamos en el capítulo II que existía controversia sobre este particular.<sup>62</sup> Sin embargo, se trata de una solución doctrinal que no es unánimemente aceptada.<sup>63</sup> Por el contrario, pareciera que en Italia no existe tal problema, ya que la obligación de la responsabilidad civil es siempre solidaria según los artículos 187 CPita y 2055 CCita. De otra parte, es bien conocida la diferencia del tratamiento de la responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores legales. En el Código Civil la culpa se presume, mientras que en el Código penal (arts. 118.1 1ª y 120 1ª CPesp) debe probarse. En el Código Civil la responsabilidad es directa, mientras que es subsidiaria en el artículo 118.1 1ª CPesp y solidaria en los artículos 120 1ª CPesp y 61.3 LORRPM.<sup>64</sup> En esta línea, también debe resaltarse la diferencia en la regulación de la responsabilidad civil del empresario por hechos cometidos por sus subordinados o la de los centros de enseñanza no superior. De un lado, esta responsabilidad es directa según

---

<sup>61</sup> Ya en los Códigos Penales anteriores, *e. gr.*, por CP 1973, *vid.* NAVAJAS LAPORTE, Á., “Algunas consideraciones”, n° 394-395, pp. 622-637, RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., “La responsabilidad civil derivada de delito”, pp. 526-527. Desde el punto de vista civil, difusamente, YZQUIERDO TOLSADA, M., “El perturbador artículo 1.092 del Código Civil: cien años de errores”, pp. 2112-2130. Denunciando las disfuncionalidades actuales, ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, p. 62.

<sup>62</sup> Véanse las referencias citadas *supra*. Por su parte, COBACHO GÓMEZ, J. A., “Artículo 109”, pp. 177-179 está a favor de la declaración de la mancomunidad de responsables en supuestos de responsabilidad civil “pura” de acuerdo con el principio de no presunción de la solidaridad previsto en el artículo 1137 CCesp.

<sup>63</sup> Así, de esta opinión, SANTA CECILIA GARCÍA, F., “La responsabilidad civil ‘ex delicto’”, p. 1017 e YZQUIERDO TOLSADA, M., “La responsabilidad civil en el proceso penal”, pp. 1136-1138. Ampliamente, con anterioridad, ALBADALEJO GARCÍA, M., “Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común”, pp. 360-372. Nuevamente, se trata de una cuestión doctrinal no resulta. Sobre la controversia solidaridad *versus* mancomunidad en supuestos de pluralidad de intervinientes en el marco de la responsabilidad civil, *vid.* GÓMEZ CALLE, E., “Los sujetos de la responsabilidad civil”, pp. 1006-1012. Todo ello, recordemos, en contraste con la solución jurisprudencial que veíamos *supra*, la cual entendía que en supuestos de responsabilidad civil extracontractual la responsabilidad es solidaria mientras que en contractual es mancomunada.

<sup>64</sup> Ampliamente sobre la problemática YZQUIERDO TOLSADA, M., “La responsabilidad civil en el proceso penal”, pp. 1119-1126. Más recientemente en *Id.*, *Responsabilidad civil extracontractual.*, pp. 80-81.

los párrafos 5 y 6 del artículo 1903 CCesp, mientras que, según el Código Penal, la responsabilidad sería subsidiaria (art. 118 3ª y 4ª CPesp).<sup>65</sup> Asimismo, resulta especialmente incongruente la importante diferencia en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. De un lado, el artículo 36.1 de la Ley 40/2015 establece que la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública es directa, mientras que, por otro lado, el artículo 121 CPesp señala que la responsabilidad civil *ex delicto* es subsidiaria.<sup>66</sup> Finalmente, también habría que sumar la problemática del plazo de prescripción, que presenta un periodo mucho más amplio en vía penal que en vía civil.<sup>67</sup>

A todo lo expuesto, también se le añaden los problemas en el contenido y es que, en puridad, y como desarrollaremos *infra* en el apartado de la restitución, esta modalidad de la responsabilidad civil *ex delicto* no forma parte de la responsabilidad civil “pura”.<sup>68</sup> En realidad, su inclusión o no dentro del concepto de la responsabilidad civil depende efectivamente del concepto de ésta que se maneje. De cualquier forma, y más allá de esta precisión terminológica, debemos resaltar nuevamente que nosotros hemos diferenciado sendas responsabilidades “pura” y “*ex delicto*” no sólo por la estructura de la norma sino también por el contenido de una y de otra. Así pues, y aunque resulte una terminología poco respetuosa con el contenido dogmático propio de la responsabilidad civil “pura”, hemos denominado responsabilidad civil *ex delicto* a todo el conjunto de modalidades compensatorias civiles previstas en el Código Penal. Quizás sería mucho más apropiado hablar de “consecuencias civiles” más que de responsabilidad civil en sede punitiva en línea con los planteamientos del Código Penal italiano. Sin embargo, quisiéramos de nuevo subrayar que nos hemos inclinado por esta nomenclatura por razones de respeto a

---

<sup>65</sup> Respectivamente, sobre tal contraste *Id.*, “La responsabilidad civil en el proceso penal”, pp. 1126-1131 y 1131-1133. También resaltando estas diferencias COBACHO GÓMEZ, J. A., “Artículo 109”, pp. 174-176.

<sup>66</sup> Se trata de una problemática que también se presentaba con la anterior Ley 30/1992 y que ha sido ampliamente denunciado por la doctrina. Críticamente, entre los civilistas, PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Los anteojos del civilista”, pp. 247-254, y “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual”, pp. 181-186, MONTÉS PENADÉS, V. L., “Artículo 121”, pp. 642-646, ROCA GUILLAMÓN, J., “Artículo 121”, pp. 834-836 e YZQUIERDO TOLSADA, M., “La responsabilidad civil en el proceso penal”, pp. 1133-1136. Entre los penalistas, MANZANARES SAMANIEGO, J. L., “La responsabilidad civil subsidiaria de los entes públicos”, “II. DERECHO VIGENTE”, párr. 7 y ss, QUINTERO OLIVARES, G., “La responsabilidad civil de las administraciones públicas”, p. 171 y MAGALDI PATERNOSTRO, M.ª J., “Artículo 121”, p. 936. Por su parte, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, J. R., “Responsabilidad civil del Estado”, pp. 242-244, aunque critica la decisión normativa, aprecia una evolución visible y siempre en una interpretación abierta del precepto por parte de la jurisprudencia en defensa de los intereses de la víctima para obligar a la Administración a asumir el deber de reparación. De cualquier forma, la subsidiaridad en estos casos es la misma opción que contempla expresamente el Código Penal italiano, *vid.* ROMANO, M., “Art. 197”, pp. 403-411.

<sup>67</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M., “La responsabilidad civil en el proceso penal”, pp. 1138-1146. Recientemente, resulta muy singular la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Pleno) 607/2020, de 13 de noviembre de 2020, más concretamente su Fundamento Jurídico Segundo, según el cual la responsabilidad civil *ex delicto*, una vez declarada, no prescribe ni caduca. Esta línea jurisprudencial resulta bastante controvertida, por lo que simplemente quisiéramos dejar la cuestión apuntada. Véanse el voto particular del Magistrado Martínez Arrieta en la propia sentencia y el comentario jurisprudencial de MUÑOZ CUESTA, J., “Imprescriptibilidad de la responsabilidad civil nacida del delito”, quien parece posicionarse a favor de esta novedosa línea.

<sup>68</sup> Por todos, YZQUIERDO TOLSADA, M., “La querrela por alzamiento de bienes”, pp. 277 y 281.

la terminología tradicional, para no confundir al lector y para poder diferenciarla del modelo previsto en el Código Civil.

#### 4.2. ¿Responsabilidad civil en el Código Penal?

Como hemos tenido ocasión de comprobar, la responsabilidad civil se introdujo en el primer Código Penal por motivos históricos, jurídicos y filosóficos. Desde entonces, se ha venido manteniendo en todos los Códigos Penales. En el caso de Italia, también hemos visto que la responsabilidad civil ha estado presente en los dos Códigos Penales, el Código Zanardelli y el Código Rocco. Ambos ordenamientos participan del mismo modelo acumulativo, basado en postulados filosóficos de tipo utilitario, comparten una estructura normativa *a maiore ad minus* y su contenido abarca la restitución y el resarcimiento *lato sensu*. En este orden de cosas, más allá de las consideraciones sobre la necesidad, conveniencia, fundamentos y contenidos del modelo, nos interesa ahora reflexionar acerca de la inclusión de un régimen de responsabilidad civil especial en el Código Penal.

En todo caso, no se trata de una problemática novedosa. Entre otros autores, ya algunos comentaristas decimonónicos como PACHECO o DE VIZMANOS y ÁLVAREZ MARTÍNEZ pusieron de manifiesto que nos encontramos ante una materia completamente civil y que, por consiguiente, era necesario reenviarla al Código Civil.<sup>69</sup> En la doctrina actual, la obra de PANTALEÓN PRIETO y de YZQUIERDO TOLSADA es, sin duda, la más representativa de la línea heredera de esta posición. Sus argumentos de tipo sistemático y lógico-conceptual no sólo se centran en el Código Penal, sino también en el artículo 1092 CCesp, que remite al Código punitivo la regulación de la responsabilidad civil *ex delicto*. Al respecto, se ha señalado que el problema no vino otorgado por los Códigos Penales de 1822, 1848 o 1870, sino por el legislador civil en 1889, al incluir el mencionado artículo.<sup>70</sup> Entienden que, aprobado el Código Civil, lo lógico habría sido vaciar esas normas en él o bien unificarlas, ya que, si la explicación de la ubicación es enteramente histórica debido a la ausencia de Código Civil, no tiene sentido mantenerlas en el Código punitivo una vez aprobado este primero. En este sentido, se basan en argumentos tales como la naturaleza de la norma, los fundamentos y finalidades de la responsabilidad y las incongruencias normativas entre uno y otro sistema. También es frecuente hacer mención a la parquedad de la legislación civil contenida en el Código Penal así como a la necesidad de una innovación en la técnica legislativa.<sup>71</sup>

Por su parte, PANTALEÓN PRIETO ha expuesto y contraargumentado algunas objeciones que pudieran hacerse a este planteamiento. En primer lugar, podría aducirse

---

<sup>69</sup> PACHECO, J. F., *El Código Penal concordado y comentado*, 1º ed., p. 279 y DE VIZMANOS, T. M. y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C., *Comentarios al nuevo Código Penal*, pp. 187-188. También en esta línea, SILVELA Y DE LE VIELLEUZE, L., *El Derecho Penal estudiado en principios*, pp. 240 y ss.

<sup>70</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M., “El perturbador artículo 1.092 del Código Civil”, p. 2110, en su nota al pie 4. También en *Id.*, *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, p. 30.

<sup>71</sup> DÍAZ ALABART, S., “La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos”, pp. 799-801, YZQUIERDO TOLSADA, M., “El perturbador artículo 1.092 del Código Civil”, pp. 2110-2111, PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Perseverare diabolicum”, p. 6, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, pp. 24-26 y DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, p. 275.

la necesidad y conveniencia de que los órganos jurisdiccionales penales deban seguir siendo competentes en materia de responsabilidad civil *ex delicto*. Al respecto, con acierto, señala que el mantenimiento de tal competencia no exige la regulación de la responsabilidad civil *ex delicto* en el Código Penal.<sup>72</sup> En segundo lugar, sobre si daría la impresión de que el legislador penal no se preocupa por las víctimas, considera que es falso, ya que tal eliminación no significa que éstas no puedan seguir solicitando indemnizaciones en el seno de procesos penales ni que el Ministerio Fiscal deje de ejercitar las acciones civiles en su interés. Únicamente cambiaría la localización.<sup>73</sup> En tercer lugar, acerca de si los preceptos del Código Civil se encuentran superados por la jurisprudencia, entiende que en tal caso sería una cuestión de reformar los preceptos del Código Civil, actualizándolos.<sup>74</sup> Finalmente, respecto a la “restitución”, entiende que tampoco debería cambiar nada, ya que los tribunales penales seguirían siendo competentes según el artículo 100 LECRIM.<sup>75</sup> En todo caso, nos resulta importante acentuar que este tipo de planteamientos no sólo han sido defendido por los civilistas, sino que, por el contrario, muchos han sido los penalistas que han defendido (y defienden) tal postura, en base a unos argumentos análogos a los expuestos.<sup>76</sup>

Por el contrario, un sector de la doctrina sigue defendiendo la actual ubicación. A favor de este planteamiento se aportan tres argumentos fundamentalmente. En primer lugar, se suele agregar que la ubicación, así como las diferencias de régimen, se basan actualmente en razones de política criminal. En segundo lugar, se pone de relieve la vinculación de la responsabilidad civil a fines y funciones penales – tales como la concesión de beneficios penales y penitenciarios –, lo cual, a juicio de los autores, justificaría su inclusión en el Código Penal. En tercer lugar, se acentúa la necesidad técnica de ubicar la responsabilidad civil en el Código Penal, para que los tribunales tengan a su disposición las bases normativas de la totalidad del fallo dentro de un mismo Código.<sup>77</sup>

---

<sup>72</sup> PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Perseverare diabolicum”, pp. 6-7.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 7, aunque considera criticable que sea el Ministerio Fiscal quien deba ejercitar de oficio las pretensiones indemnizatorias.

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>75</sup> *Ult. Loc Cit.*

<sup>76</sup> TERUEL CARRALERO, D., “Infracción penal y responsabilidad civil”, pp. 55-56, DÍAZ VALCÁRCEL, L. M., “Responsabilidad civil derivada del delito (I)”, pp. 24-25 - también en *Id.*, voz “Indemnización (Derecho Penal)”, en NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA, p. 276, SILVA MELERO, V., “En torno a las consecuencias civiles del delito”, pp. 1067-1068, RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., “La responsabilidad civil derivada de delito”, pp. 526-527. También en esta línea, NAVAJAS LAPORTE, Á., “Algunas consideraciones”, n° 392, p. 407. En la doctrina actual, ampliamente RAMÓN RIBAS, E., “La responsabilidad civil derivada de delito”, pp. 87-94.

<sup>77</sup> *Vid.* particularmente la obra de QUINTERO OLIVARES, G., “La responsabilidad civil y la reparación en la política criminal contemporánea”, pp. 16-17, *Id.*, “La función de la responsabilidad civil y del perjuicio en la política penal”, p. 3205 e *Id.*, “La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil”, pp. 23-27. También en *Id.*, y TAMARIT SUMALLA, J. M., “Título V - De la responsabilidad civil”, p. 592. Igualmente, ROIG TORRES, M., *La reparación del daño*, pp. 141-144, HORTAL IBARRA, J. C., “La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto*”, pp. 6-10. Entre los civilistas, más cercana a esta segunda corriente que a la primera, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M° B., *La reparación del daño ex delicto*, pp. 2-8.

5. Unas breves notas sobre el estado de la cuestión. Especial referencia a nuestro punto de vista sobre las controversias expuestas

En este primer apartado hemos tenido ocasión de realizar una primera aproximación a la problemática de la responsabilidad civil *ex delicto*. Se trata de una cuestión que reviste altos grados de complejidad y que merece el desarrollo de algunos de sus puntos principales en las páginas siguientes, no sin antes acentuar algunas nociones básicas que hemos examinado y que, desde nuestro punto de vista, deben tenerse en cuenta para el correcto entendimiento de la problemática de cara a la profundización en esta materia.

En primer lugar, nos encontramos frente a un modelo de acumulación de responsabilidades civiles y penales que se encuentra previsto en multitud de ordenamientos que comparten nuestra tradición jurídica; ordenamientos europeos y latinoamericanos. Las características principales del modelo son su carácter privado y su liquidación en el proceso penal. Igualmente, existen dos submodelos, aquél que remite a las leyes civiles y aquél que incluye en el Código Penal una regulación más o menos amplia (y especial) respecto a la legislación civil básica. En el caso de España, nuestro ordenamiento se encuadra en este segundo tipo, mientras que el ordenamiento italiano se encuadra en el primero. No obstante, ambos ordenamientos comparten algunos rasgos comunes. En los dos ordenamientos se exige la previa constatación de un ilícito penal – con los matices que realicemos *infra* – para entrar a valorar la responsabilidad civil *ex delicto*. Se emplea, *lato sensu*, una regla silogística *a maiore ad minus* o *a fortiori*. Ambos modelos, además, configuran un sistema diferenciado de la responsabilidad civil “pura” prevista en el Código Civil en base a dos características. Por un lado, en base a la estructura del supuesto de hecho generador de responsabilidad, que exige necesariamente, como decimos, la previa constatación de un ilícito penal para entrar a valorar la posible concurrencia de responsabilidad civil y, por otro lado, en base a la mayor amplitud del contenido de la obligación, que incluye la restitución. Por tanto, no es un modelo que se encuadre debidamente en el sistema de responsabilidad civil contractual o extracontractual, aunque su función es, en todo caso, reparatoria o compensatoria, de acuerdo con el principio de equiparación.

En segundo lugar, a pesar de ser un modelo diferenciado de la responsabilidad civil “pura”, no participa del concepto, ni del contenido ni de las funciones penales en sentido estricto, a pesar de que se prevea en sendos Códigos Penales. No obstante, nada impide que pueda llegar a desarrollar funciones político-criminales, aunque lo cierto es que tal posibilidad es más coaccionada que real, ya que la responsabilidad civil *ex delicto*, entendida con el debido rigor y el oportuno tecnicismo que la materia requiere, no deja de asociarse al delito y al Derecho penal más que artificialmente, pues sus fundamentos se basan en criterios exclusivamente jurídico-privados y en planteamientos de economía procesal. En tal sentido se nos plantea la siguiente cuestión, ¿resulta más conveniente una reparación idónea a los fundamentos del Derecho penal o una responsabilidad civil en interés del afectado? La respuesta dependerá de si se toma como punto de partida (o de llegada) las bases del Derecho penal o la tutela del interés privado de acuerdo con la exigencia de unidad del ordenamiento jurídico. Al respecto, quizás la encrucijada de la

completa satisfacción de los intereses netamente privados de los perjudicados civiles *versus* la ejecución de funciones penales sea una cuestión de índole más bien procesal. Por nuestra parte, sencillamente quisiéramos dejar el dilema aquí anotado.

En tercer lugar, aun aprobando los planteamientos propios del modelo, creemos que éste no es capaz de explicar, por sí solo, las notables diferencias de régimen sustantivo. En efecto, más allá de las controversias y de los problemas examinados, no se explican de forma convincente las disimilitudes con el régimen previsto en el Código Penal. Por nuestra parte, creemos que sería conveniente revisar tales diferencias y unificar los criterios jurídicos. No compartimos ninguno de los argumentos aportados por quienes defienden la actual ubicación. Primero, el hecho de que las diferencias de régimen se basen en razones de política criminal es ciertamente cuestionable, ya que para algunos supuestos resulta más ventajosa la vía no punitiva, por ejemplo, en supuestos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (art. 121 CPesp *cfr.* art. 36.1 Ley 40/2015), inimputables mayores de edad (art. 118.1 1ª CPesp *cfr.* 1903 CCesp), empresarios por los hechos cometidos por sus subordinados y centros de enseñanza no superior (art. 118 3ª y 4ª CPesp *cfr.* 1903 CCesp). Al respecto, quizás sí sea “político-criminalmente” justificable en España el hecho de que la obligación civil se entienda solidaria en supuestos de pluralidad de causantes (art. 116.2 CPesp *cfr.* 1137 CPesp) o la previsión legal de un plazo más amplio, sin embargo, tal razonamiento no parece explicarlo todo. A nosotros, al menos, no nos resulta del todo convincente. Quizás fuera necesario que se desarrollase con mayor detalle qué es lo que explica la política criminal en el Código Penal frente a la simple política jurídica contenida en el Código Civil. De otra parte, los fines y funciones penales tampoco justifican la inclusión de la responsabilidad civil en el Código Penal, ya que se puede hacer una simple remisión al Código Penal y seguir otorgando beneficios penales y penitenciarios. La experiencia comparada en Francia, Portugal, en algunos sistemas latinoamericanos y, con matices, en Italia, así lo demuestra. Por último, el argumento de la necesidad técnica de ubicar la responsabilidad civil en el Código Penal para que los tribunales tengan a su disposición las bases normativas de la totalidad del fallo dentro de un mismo Código nos resulta ciertamente insostenible por sí solo, ya que los tribunales se ven cada vez más asediados por las leyes penales en blanco. Por no hablar, por ejemplo, de los Juzgados de Menores, quienes deben hacer el esfuerzo de compaginar la Ley del Menor con los contenidos del Código Penal. Quizás este argumento vaya más bien referido a la necesidad de “simplificar” el Derecho civil para que los jueces penales no tengan que realizar complejos análisis *iusprivatistas*. No obstante, si tal es la necesidad, más bien esto sería un argumento en contra del modelo y a favor de la adopción de un modelo de reparación propiamente penal.

En todo caso, nos parece evidente que el verdadero problema no se encuentra en la mera ubicación, que es completamente irrelevante, sino en la disparidad normativa, que modifica abiertamente, y sin aparente justificación, las reglas más básicas del Derecho civil. Es por ello que creemos que las exigencias de coherencia del ordenamiento jurídico imponen la necesidad de revisar las diferencias normativas en el tratamiento de la responsabilidad civil. Por el contrario, más allá de que se esté a favor o en contra de este

modelo, lo cierto es que nos resulta incuestionable que esta concreta problemática, que tiene una evidente explicación histórica, no existiría si el Código Penal se limitase a reenviar la cuestión a la legislación civil.

## II. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE DELITO

### 1. Consideraciones iniciales

La problemática de la naturaleza de la responsabilidad civil derivada de delito ha sido una de las cuestiones más polémicas de la institución. Sobre ella se han vertido verdaderos ríos de tinta. No obstante, se trata de una cuestión completamente zanjada en la actualidad. Hoy, pocos son los autores que se posicionan en contra de la naturaleza privada.<sup>78</sup> No

---

<sup>78</sup> Por ejemplo, a favor de esta naturaleza, por la doctrina civilista: DÍAZ ALABART, S., “La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos”, pp. 796-798, DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, pp. 275-278 y 282-283, MONTÉS PENADÉS, V. L., “Artículo 109”, pp. 573-575, ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, pp. 58-59, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M<sup>o</sup> B., *La reparación del daño ex delicto*, p. 33, *Id.*, *El ilícito civil en el Código Penal*, pp. 3-5, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, pp. 27-29 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, pp. 73-76. De otra parte, ya entre los penalistas de finales del S. XIX y principios del XX, BINDING, K., *Die Normen und ihre Übertretung*, t. 1, p. 476, DE VIZMANOS, T. M. y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C., *Comentarios al nuevo Código Penal*, pp. 187-190, PACHECO, J. F., *El Código Penal concordado y comentado*, 6<sup>a</sup> ed., p. 277, GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código Penal de 1870*, t. 1, pp. 608-609, SILVELA Y DE LE VIELLEUZE, L., *El Derecho Penal estudiado en principios*, pp. 241-242 y DORADO MONTERO en el estudio preliminar de la obra de GAROFALO, R., *La indemnización a las víctimas del delito*, pp. 35-36 y en la voz “reparación del daño causado”, en ENCICLOPEDIA JURÍDICA ESPAÑOLA, pp. 253-254 y 260-261. Entre la doctrina clásica más reciente, ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, pp. 644-645, DÍAZ VALCÁRCCEL, L. M., “Responsabilidad civil derivada del delito (I)”, p. 24, FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código Penal*, t. 2, pp. 104-108, GALIANA URIARTE, F., “Problemas de la responsabilidad civil delictual”, pp. 200-201, GÓMEZ CALERO, J., “La responsabilidad civil derivada de acto ilícito penal”, n<sup>o</sup> 190-191, p. 605, GÓMEZ ORBANEJA, E., “La acción civil de delito”, p. 186, LUZÓN DOMINGO, M., *Derecho penal del Tribunal Supremo*, pp. 314-315, NAVAJAS LAPORTE, Á., “Algunas consideraciones”, n<sup>o</sup> 392, pp. 402-408, RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., “La responsabilidad civil derivada de delito”, pp. 512 y 519-521, SILVA MELERO, V., “El problema de la responsabilidad civil en el Derecho penal”, pp. 641-642 y TERUEL CARRALERO, D., “Infracción penal y responsabilidad civil”, pp. 36-37. Véase también la amplia obra sobre la materia de SOTO NIETO, F., especialmente *La responsabilidad civil derivada del ilícito culposo*, además de sus múltiples comentarios jurisprudenciales. En la doctrina nacional más actualizada, ALASTUEY DOBÓN, M<sup>a</sup> C., “Consecuencias jurídicas no penales”, p. 238 y en *Id.*, “La responsabilidad civil y las costas procesales”, p. 595, ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., “Artículo 109”, p. 1361, ALGARRA PRATS, E., “Artículo 114”, p. 335, BACIGALUPO SAGGESE, S., “Las consecuencias accesorias”, p. 265, BUSTOS RAMÍREZ, J. J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho Penal*, vol. 1, p. 236, COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal. Parte General*, pp. 967-968, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., “La responsabilidad civil ex delicto”, p. 936, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., “Artículo 121”, p. 389, CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español*, p. 13, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “La reparación de la víctima”, pp. 142-143, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Responsabilidad civil y costas procesales”, pp. 574-575, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho penal*, pp. 163-164, también en *Id.*, “La responsabilidad civil derivada de delito y su controvertida naturaleza”, pp. 241 y 253, GONZÁLEZ RUS, J. J., “El artículo 444 del Código penal”, pp. 391-393, GRACIA MARTÍN, L., “Introducción al sistema de las consecuencias jurídicas del delito”, pp. 38-39, ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho Penal*, p. 555, LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, pp. 150-151, LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M., *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, p. 77, MAGALDI PATERNOSTRO, M.<sup>a</sup> J., “Artículo 109”, p. 869, MAPELLI CAFFARENA, B., *Las*



obstante, como decíamos, en las siguientes líneas examinaremos con detalle las diferentes posturas en lo referente a la cuestión de la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto*.

## 2. Aproximaciones doctrinales superadas

### 2.1. Naturaleza jurídica penal

Una postura minoritaria defendió la naturaleza penal de la responsabilidad civil prevista en el Código Penal. El autor más representativo en este sentido es PUIG PEÑA, quien señaló que al Derecho penal le corresponde reparar “*el orden jurídico perturbado por el delito, restablecer el derecho lesionado en todas las esferas y puntos a donde la violencia llegó*”. De la misma forma, cita expresamente el artículo 1092 CCesp como ejemplo normativo de que el delito es el presupuesto para el nacimiento de la responsabilidad civil derivada de él.<sup>79</sup> Sin embargo, reconoce que esto no es óbice para que tal responsabilidad tenga carácter renunciable a voluntad del ofendido o perjudicado, ni para la subsistencia independiente de la acción civil en caso de extinción de la pena, haciendo mención a los artículos 115 y 116 LECRIM, pues entiende que la responsabilidad civil deriva de la penal, invocando los artículos 111 y 112 LECRIM. En consecuencia, la responsabilidad civil no podría declararse sin la previa estimación de la existencia de la penal, citando jurisprudencia al respecto.<sup>80</sup>

En la doctrina más reciente, hemos visto que BERISTAIN IPIÑA incluye, entre las sanciones penales y las medidas de seguridad, las “reparaciones penales”. Éstas, en palabras del autor, se definen como “*las prestaciones que la ley penal (mediante los órganos jurisdiccionales) impone al autor de un hecho antijurídico (y en algunos casos, a la autoridad) para compensar a la víctima y así lograr el restablecimiento del orden jurídico y la defensa de la sociedad*”.<sup>81</sup> Añade, igualmente, que estas reparaciones penales

---

*consecuencias jurídicas del delito*, pp. 457-458, MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, pp. 49-50, MORILLAS CUEVA, L., *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, pp. 142-143, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, pp. 587-589, MÚRTULA LAFUENTE, V., “Artículo 110”, p. 234, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Sobre el concepto de Derecho penal*, pp. 58-59 y 64-66, QUERALT JIMÉNEZ, J. J., “De algunas bases del Derecho penal español”, pp. 308-309, RAMÓN RIBAS, E., “La responsabilidad civil derivada de delito”, pp. 76-77, ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas*, pp. 76-80, también en *Id.*, *La reparación del daño causado por el delito*, pp. 86-87, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., “La responsabilidad civil derivada de delito”, p. 92, SANTA CECILIA GARCÍA, F., “La responsabilidad civil ‘ex delicto’”, pp. 1016-1018, SILVA SÁNCHEZ, J. M., “¿Ex delicto?”, p. 3 y ZURUBI DE SALINAS, F., “Las responsabilidades civiles en el Código Penal”, pp. 61-62. En la doctrina italiana, *e. gr.* ROMANO, M., “Art. 185”, p. 348. En cambio, con ciertos matices, planteando la naturaleza “esencialmente civil” QUINTERO OLIVARES, G., “La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil”, pp. 21-29 e *Id.*, “La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil”, pp. 21-23. De otra parte, MOLINA BLÁZQUEZ, C., “La responsabilidad civil en el Código Penal de 1995”, “I. INTRODUCCIÓN”, párr. 2º-5º, si bien consciente de la naturaleza privada, defiende la conveniencia de que se mantenga su naturaleza penal y su ubicación en el Código Penal. *Vid.* también HORTAL IBARRA, J. C., “La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil ex delicto”, pp. 12 y 25-26, como exponente de la tesis sobre naturaleza híbrida o mixta en la doctrina actual.

<sup>79</sup> Art. 1092 CCesp: “*Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal*”.

<sup>80</sup> PUIG PEÑA, F., *Derecho Penal*, p. 708.

<sup>81</sup> BERISTAIN IPIÑA, A., *Medidas penales en Derecho contemporáneo*, p. 62. *Vid.* sus esquemas en pp. 61-62, haciendo referencia expresa las nociones del “daño” y la “indemnización”.

presuponen el hecho antijurídico y tienden a reparar el daño-perjuicio causado a la víctima.<sup>82</sup> Como decíamos *supra*, para BERISTAIN IPIÑA, las reparaciones penales forman parte del concepto de Derecho penal y, sin ellas, éste no podría cumplir la misión que, a juicio del autor, tendría. Basándose en consideraciones victimológicas y en la misión preventiva y protectora del Derecho penal, BERISTAIN IPIÑA expone que la “indemnización civil *ex delicto*” (*sic.*) se regula cada vez más dentro del Derecho penal, superando las concepciones más clásicas, que se limitan a prestar atención al delito, la pena y al delincuente.<sup>83</sup> Considera, además que la víctima debe ser atendida por una reparación propia del Derecho penal, pues “*éste pretende la defensa de la sociedad mediante la resocialización del delincuente y la debida asistencia a las víctimas*”. Igualmente, entiende que, en muchos casos, “*la defensa (...) de la sociedad no puede lograrse sino por medio de la debida asistencia a las víctimas. Y, a veces, la resocialización del delincuente tampoco puede alcanzarse sin que éste colabore en la indemnización de los daños que produjo*”.<sup>84</sup>

Aún más recientemente, MOLINA BLÁZQUEZ considera que el resarcimiento del daño colabora con los fines penales de prevención general y especial, y de ahí que se postule un acercamiento entre el Derecho civil y el Derecho penal considerando la reparación como sanción autónoma, junto a la pena y a la medida. Por esta razón, entiende que sería conveniente mantener la naturaleza penal de la responsabilidad civil derivada del delito y, por tanto, su ubicación en el Código Penal.<sup>85</sup> Del mismo modo, esta autora considera que el legislador ha tenido en cuenta esta última tendencia señalando algunos efectos penales y penológicos.<sup>86</sup> Expuesta su posición, MOLINA BLÁZQUEZ considera que esta polémica acerca de la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto* debería haber sido resuelta por el legislador en la Exposición de Motivos del Proyecto, ya que es una importante cuestión de política criminal que condiciona la interpretación del instituto. Al respecto, añade, en su nota al pie número 4, que “*podría mantenerse que el silencio del legislador es el mejor argumento a favor de la naturaleza exclusivamente civil de esta normativa, pero entonces quedaría por explicar por qué el legislador después de haber remitido la regulación de la misma al CC(esp) en el Anteproyecto de Código Penal de 1990, ha vuelto a incluirla en los Proyectos de 1992 y 1994 y en el CP de 1995*”.<sup>87</sup>

## 2.2. Naturaleza jurídica mixta

En segundo lugar, una postura frecuentemente defendida ha sido la tesis de la naturaleza mixta de la responsabilidad civil *ex delicto*. Expondremos en las siguientes líneas sus posiciones por el estricto orden cronológico de sus contribuciones científicas más

---

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 63.

<sup>83</sup> *Ibid.*, pp. 90.

<sup>84</sup> *Ibid.*, pp. 90-91.

<sup>85</sup> MOLINA BLÁZQUEZ, C., “La responsabilidad civil en el Código Penal de 1995”, *I. INTRODUCCIÓN*”, párr. 2º-3º.

<sup>86</sup> *Ibid.*, párr. 4º.

<sup>87</sup> *Ibid.*, párr. 5º y nota al pie 4.

importantes. En todo caso, debemos resaltar que las apreciaciones de la mayoría de estos autores deben entenderse realizadas sobre el CPesp anterior.

En primer lugar, QUINTANO RIPOLLÉS cuestiona la tradicional dualidad entre responsabilidad criminal y responsabilidad civil e, igualmente, pone en duda la precisión terminológica de la responsabilidad civil prevista en el Código Penal.<sup>88</sup> En este sentido, reconoce la transmisibilidad activa y pasiva como criterio de distinción frente a la pena. Sin embargo, ello “no deja de ser óbice para que en el propio Código se regule la susodicha ‘responsabilidad civil’ con un criterio punitivo, de sanción y retribución, que resalta con singular crudeza en múltiples ocasiones”. Este autor se refiere al instituto de nuestro interés como “efectiva sanción pecuniaria”.<sup>89</sup> En este orden de cosas, QUINTANO RIPOLLÉS confiesa la imposibilidad de resolver la disyuntiva de la naturaleza civil o penal de la institución. Consecuentemente, propone concederle una naturaleza mixta o *sui generis* ya que, en su opinión, la responsabilidad civil *cuasicriminal* comparte características civiles y penales. Así, considera que otorgándole la referida denominación se evitarían confusiones.<sup>90</sup> En este orden de cosas, entiende que su naturaleza es criminal en su exigencia material y procesal, pero privada en su extinción, renunciabilidad y su carácter ultrapersonal.<sup>91</sup>

En un sentido similar, GIL ESTELLÉS señala, en resumidas cuentas, que esta responsabilidad civil es patrimonial en su origen y penal en su ejercicio y desarrollo. De una parte, el autor reconoce que se aprecian sin dificultad todas las características propias de las normas de Derecho civil. Sin embargo, resalta, a favor de la naturaleza penal, el hecho de que se encuentre prevista y declarada expresamente en el Código Penal, que tenga su origen en los ilícitos de máxima gravedad así como que deba declararse en el propio proceso penal o después de su sustanciación. De la misma forma, entiende que tal responsabilidad está establecida con un paralelismo elocuente respecto a la responsabilidad criminal y que, junto a ella, tiende a la defensa social. Respecto a la potestad de renuncia, GIL ESTELLÉS contraargumenta con que también las pretensiones punitivas privadas que se derivan de ciertos delitos pueden ser objeto de renuncia eficaz sin que quepa negarles verdadero carácter penal por ello. También refuerza su argumentario en este último sentido señalando el mandato legal del artículo 108 LECRIM, por el que debe mantenerse de oficio la acción civil por el Ministerio Fiscal. Finalmente, subraya que la responsabilidad civil *ex delicto* tiene su origen en el hecho delictivo, a pesar de que pueda declararse posteriormente en sede civil.<sup>92</sup> Por su parte, REYES MONTERREAL advierte que la acción civil es de índole privada, pero por su nacimiento, ejercicio y depuración es penal, “por cuanto el hecho originador es la

---

<sup>88</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A., “La “acción tercera” o “cuasicriminal”, p. 937.

<sup>89</sup> *Ibid.*, pp. 937-938.

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 939.

<sup>91</sup> *Id.*, *Compendio de Derecho Penal*, p. 484. También en *Curso de Derecho Penal*, pp. 550-551. Posteriormente, en *Id.*, *Comentarios al Código Penal*, p. 291 afirmó que la responsabilidad civil derivada del delito tiene su origen en el artículo 1101 CCesp, aunque se regula en CPesp para facilitar la reparación.

<sup>92</sup> GIL ESTELLÉS, C., *La responsabilidad civil derivada de la penal*, pp. 35-36

*infracción de este tipo y sin la existencia del delito mismo o ante la eventualidad de una sentencia absolutoria, carece de viabilidad el ejercicio de tal acción civil.”*<sup>93</sup>

En la doctrina actual, resulta de novedoso interés la postura de HORTAL IBARRA, quien considera que el debate sobre la naturaleza de la responsabilidad civil *ex delicto* no se encuentra totalmente cerrado y, consecuentemente, cuestiona su naturaleza única y exclusivamente civil. Para ello, se basa en tres argumentos. En primer lugar, resalta los efectos de que se repare el daño, ya que existen importantes consecuencias penales y penitenciarias subordinadas a tal comportamiento, como la atenuante, la suspensión, la sustitución y algunos beneficios penitenciarios.<sup>94</sup> El autor incide particularmente en las consecuencias negativas para quien “*no sufraga voluntariamente la reparación civil dimanante del ilícito penal cometido*”. De ahí que, a su juicio, la responsabilidad civil *ex delicto* cumpla, además de la función reparadora-compensadora, una función preventivo-disuasoria en la medida en que se motiva la reparación negando unos beneficios si no se procede de tal forma.<sup>95</sup> En segundo lugar, cuestiona la tradicional negativa de que el delito no es fuente de la responsabilidad civil *ex delicto*. Concretamente, se centra en tres argumentos que pretende rebatir. Primero, que la responsabilidad civil *ex delicto* deriva del daño producido como consecuencia de la comisión de un delito, no de la infracción penal. Al respecto, HORTAL IBARRA considera que si bien puede defenderse que el fundamento de esta responsabilidad es el daño, se trata de un hecho cuya importancia ha llevado a su elevación a la categoría de delito. Circunstancia que añadiría un plus al daño en sí mismo producido, lo cual, a su juicio, explicaría por qué en casos de muerte se conceden indemnizaciones más elevadas en vía penal que en civil.<sup>96</sup> Segundo, que la responsabilidad civil *ex delicto* sólo surge en aquellos supuestos en los que el delito comporta un daño o perjuicio efectivo a la víctima, de ahí que no quepa en los supuestos de peligro y tentativa. Tercero, que surge incluso cuando no hay delito material, entendido como hecho típico, antijurídico y culpable, haciendo énfasis en los supuestos de estado de necesidad y error previstos en los artículos 118.1. 3ª y 118.2 CPesp. En cuanto a estos dos argumentos, hace en realidad un tratamiento conjunto, pues se refiere, *lato sensu*, a la problemática del nacimiento. En resumidas cuentas, HORTAL IBARRA, por un lado, defiende el nacimiento de la responsabilidad civil en supuestos de delitos de peligro y tentativa aportando ejemplos, y por otro, señala la necesidad de entender el concepto “delito” en lo que se refiere a la responsabilidad civil en vía punitiva, en sentido amplio, como un hecho objetivamente típico.<sup>97</sup> En tercer lugar, defiende el interés público de la responsabilidad civil *ex delicto* basándose en el papel procesal del Ministerio Fiscal y en la facultad de reserva que contemplan los artículos 108 LECRIM y 109.2 CPesp.<sup>98</sup>

---

<sup>93</sup> REYES MONTERREAL, *Acción y responsabilidad civil*, p. 43. También en *Ibid.*, p. 45.

<sup>94</sup> HORTAL IBARRA, J. C., “La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto*”, pp. 13-17.

<sup>95</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>97</sup> *Ibid.*, pp. 20-23.

<sup>98</sup> “*En efecto, si la víctima puede disponer de la acción civil derivada del delito hasta el punto de renunciar a ella es, precisamente, porque, también en la reparación del daño ex delicto prima el interés privado de la víctima en obtener -o no- la correspondiente compensación por el “mal” que se le ha irrogado. De ahí*

### 3. La naturaleza íntegramente privada

Pasemos ahora a exponer los argumentos que, a nuestro juicio y de acuerdo con la doctrina más representativa, justificarían por completo la naturaleza privada de la responsabilidad civil prevista en el Código Penal.

#### 3.1. El diferenciado tratamiento normativo

En primer lugar, en el caso de España, la cuestión sobre la naturaleza jurídica de la institución de nuestro interés ha sido aparentemente resuelta por la Disposición Final Sexta del Código Penal, que establece: “*El Título V del Libro I de este Código (entiéndase, el referente a la responsabilidad civil derivada del delito) (...) tiene(n) carácter de Ley ordinaria*”. De esta forma, algunos autores han entendido que el legislador ha cristalizado indirectamente en la propia norma el carácter privado de la institución al declarar que tales disposiciones son Leyes ordinarias.<sup>99</sup> Sin embargo, lo cierto es que el legislador no llega a señalar expresamente que la institución es de naturaleza privada, simplemente establece que los preceptos que la prevén tienen “*carácter de Ley ordinaria*”. En este sentido, el razonamiento de que, al ser Ley ordinaria no es ley penal, no será un argumento que convenza a toda la doctrina, ya que tal cuestión nos remite a la clásica problemática de la reserva de Ley Orgánica en materia penal. Es decir, parte importante de la doctrina considera que la ley penal no está totalmente reservada a Ley Orgánica y que, por tanto, es posible que una ley penal esté materializada, por ejemplo, a través de una Ley ordinaria. Consecuentemente, a pesar de lo expuesto en la Disposición Final Sexta del Código Penal, no se declararía definitivamente su carácter no penal en opinión de buena parte de la doctrina. Por el contrario, otros autores sí consideran que la ley penal está exclusivamente reservada a Ley Orgánica, por lo que tal declaración establecería indirectamente su carácter no penal. En opinión de este segundo grupo de autores, en materia penal rige, en todo caso, el principio de reserva de Ley Orgánica.<sup>100</sup>

A pesar de todo ello, lo cierto es que la gran mayoría de las reformas realizadas al Código Penal se han materializado, precisamente, a través de una Ley Orgánica – incluidas

---

*que, consecuentemente, el Ministerio Fiscal pierda en estos casos su legitimación activa en consonancia con la decisión tomada por la propia víctima. (...) El ejercicio conjunto por el Ministerio Fiscal sólo puede fundamentarse en la coexistencia de un interés público que trascendería al privativo de la víctima y que sólo decaería cuando ésta última ha optado por la transacción, renuncia o reserva expresa de la acción civil derivada de delito”, Ibid., p. 24.*

<sup>99</sup> Así lo entiende RAMÓN RIBAS, E., “La responsabilidad civil derivada de delito”, pp. 77-78.

<sup>100</sup> Como exponemos en el texto, la cuestión de la exigencia de Ley Orgánica en materia penal no es una cuestión pacífica en doctrina. De una parte, entre los defensores de tal postura, ARROYO ZAPATERO, L., “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, p. 30, CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español*, pp. 175-179, BUSTOS RAMÍREZ, J. J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho Penal*, vol. 1, pp. 83-84, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, pp. 93-96 y ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho Penal*, pp. 62 y 116-117. Por el contrario, favorables a una reserva relativa de Ley Orgánica, únicamente en tanto en cuanto se afecten Derechos fundamentales a través de la ley penal, CERESO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español*, t. 1, pp. 187-188, MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, pp. 120-121, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. y FAKHOURI GÓMEZ, Y., “Principios del Derecho penal”, pp. 64-65 y POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho Penal*, pp. 78-79.

algunas modificaciones de los artículos referidos a la responsabilidad civil (*vid.*, artículo único. 55 a 59 LO 1/2015 y artículo único. 29 LO 5/2010). Asimismo, se han modificado algunos preceptos del Código Penal a través de Ley ordinaria en dos ocasiones. De una parte, la Ley 4/2015 añadió el apartado 2º del artículo 126 CPesp, con un contenido claramente procesal y, de otra parte, la Ley 8/2021 modificó los artículos 118.1. 1ª y 120 1ª CPesp – relativos a la responsabilidad civil – y la Disposición Adicional Primera CPesp – de carácter procesal. Por lo tanto, se puede afirmar, hasta donde nos alcanza el conocimiento, que el legislador español ha respetado *de facto* el pretendido principio de reserva de Ley Orgánica en materia penal, modificando el Código a través de Leyes Orgánicas fundamentalmente, excepto en lo relativo a la responsabilidad civil y al Derecho procesal, donde ha empleado Leyes ordinarias. No obstante, cabe resaltar que ha llegado a modificar también algunos artículos relativos a la responsabilidad civil a través de Ley Orgánica.

Por lo tanto, como decíamos, lo cierto es que el legislador no llega a señalar expresamente que la institución es de naturaleza privada, simplemente establece que los preceptos que la prevén tienen “*carácter de Ley ordinaria*”.<sup>101</sup> Si nos fijamos atentamente en el resto de los preceptos también declarados “Ley ordinaria” por la Disposición Final Sexta, encontramos tanto materias propiamente civiles como medidas competenciales o procesales.<sup>102</sup> De una parte, en el ámbito de las materias civiles declaradas Ley ordinaria, se señala la obligación de dictaminar la filiación y alimentos, si procede, como consecuencia de delitos contra la libertad sexual (art. 193 CPesp) y se establecen reglas especiales de responsabilidad civil en algunos delitos (arts. 212 CPesp en sede de calumnias o injurias a través de medios informativos, y 272 CPesp en delitos relativos a la propiedad intelectual). De otra parte, encontramos las previsiones procesales, las cuales aparecen contenidas en el artículo 233.3 CPesp, la Disposición Adicional Primera y la Disposición Final Primera CPesp, modificando la LECRIM.

En cualquier caso, se comparta o no el principio de reserva de Ley Orgánica, lo cierto es que si se observa detenidamente la actividad del legislador, nos resulta evidente comprobar como éste ha venido diferenciando los contenidos de las materias procesales y civiles de las manifiestamente penales. En este sentido, las escasas modificaciones realizadas a través de Ley ordinaria sólo han alterado preceptos de un claro carácter civil o procesal. Es cierto que también se han reformado este tipo de preceptos a través de Leyes Orgánicas pero, en cualquier caso, ello no es un requisito de forma obligatorio en tales órdenes. Únicamente reforzarían el consenso parlamentario y, por tanto, su legitimidad democrática. Debemos subrayar al respecto que tal realidad no es una

---

<sup>101</sup> *Vid.*, QUERALT JIMÉNEZ, J. J., “Código Penal y Ley Orgánica”, p. 83, quien señala expresamente que la responsabilidad civil no deberá regularse por Ley Orgánica.

<sup>102</sup> En este sentido, *vid.* la interesante reflexión que aporta YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, p. 498, quien señala que al legislador se le ha olvidado incluir la identificación de algunos preceptos con carácter de ley ordinaria al ser relativos al resarcimiento. Concretamente, los artículos 216 y 288 CPesp, los cuales, en el momento de la aprobación del Código, comprendían la reparación del daño a través de la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria en sede de calumnias, injurias o delitos relativos a la propiedad intelectual, industrial, al mercado y a los consumidores. Igualmente, entiende que deberían haberse incluido los artículos 227.3 y 260.3 CPesp, sobre la reparación en abandono de familia e insolvencias punibles.

cuestión reciente, máxime teniendo en cuenta la cercanía en el tiempo de las modificaciones realizadas a través de las dos Leyes ordinarias. Por el contrario, esta conciencia del legislador en la discriminación de las materias previstas en el Código Penal ya se encontraba presente en el momento de la tramitación parlamentaria y posterior aprobación de esta norma. En efecto, prueba inequívoca de tal realidad es, a nuestro juicio, que ya en el Proyecto de nuestro actual Código Penal la Disposición Final Quinta (actual Sexta) declaraba el carácter ordinario de las normas relativas a la responsabilidad civil.<sup>103</sup> Una vez publicada la iniciativa en sede parlamentaria, se requeriría a la Ponencia de la Comisión de Justicia e Interior justificar el carácter orgánico u ordinario de los preceptos, particularmente en lo que concernía a la mencionada Disposición Final.<sup>104</sup> En este sentido, las conclusiones del criterio razonado de la Ponencia sobre tal cuestión señalarían expresamente: “Únicamente las normas del Código Penal que no tengan carácter penal sino procesal o civil -a no ser que en particular desarrollen su derecho fundamental- deben tener el carácter de ley ordinaria”.<sup>105</sup>

Finalmente, si todavía se defiende el carácter penal del instituto, a pesar de lo aquí expuesto, quedarían algunas preguntas sin resolver. En primer lugar, ¿por qué iba el legislador a declarar expresamente el carácter de Ley ordinaria de ciertos preceptos diferenciándolos del resto de artículos del Código? Igualmente, ¿existe alguna otra explicación a las explícitas declaraciones de la Ponencia que no sea el carácter privado de la institución? Por último, y más importante ¿por qué sus preceptos son, efectivamente, Ley Ordinaria? En este sentido, más allá de que efectivamente se comparta o no el principio de reserva exclusiva de Ley Orgánica, lo cierto es que nos resulta incontestable el trato diferenciado que ha venido realizando el legislador en esta materia, ejemplarizado en la propia Disposición Final Sexta, en los documentos parlamentarios, en el respeto *de facto* al referido principio y en la efectiva modificación de los contenidos de nuestra institución a través de ley ordinaria. El argumento del diferenciado tratamiento normativo por parte del legislador resulta una evidencia que debe tenerse en cuenta. No es, ciertamente, el único argumento convincente, ya que desarrollaremos otros razonamientos en las siguientes líneas, pero sí resulta un argumento importante. De hecho, este argumento del trato diferenciado no sólo es aplicable respecto al Código Penal, que es, como sabemos, la Ley penal por antonomasia, sino también a la LORRPM y al CPM. De una parte, la Disposición Final Sexta de la LORRPM declara la naturaleza ordinaria de algunos preceptos de la propia Ley: todos ellos de carácter procesal, salvo, precisamente, las normas relativas a la responsabilidad civil, acentuándose también en sede de menores esta realidad diferenciada. Igualmente, las disposiciones de la LORRPM se han modificado siempre a través de Ley Orgánica, incluidos algunos artículos declarados Ley ordinaria, sin que nos conste ninguna modificación a través de este último tipo de leyes. En lo referente al Reglamento de desarrollo de la LORRPM, éste nos resulta más bien de carácter procesal o, incluso, administrativo, ya que la única parte

---

<sup>103</sup> *Vid.*, Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados, serie A: Proyectos de Ley. Nº 77 – 1, 26 de septiembre de 1994, p. 90.

<sup>104</sup> *Ibid.*, p. 1.

<sup>105</sup> *Vid.*, Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados, serie A: Proyectos de Ley. Nº 77 – 10, 26 de junio de 1995, pp. 663 – 664.

remotamente penal del Reglamento se encuentra referida a la ejecución de las medidas, cuestión que ya se encuentra contemplada por la LORRPM y que resulta ampliada en el sentido que aquí señalamos. De otra parte, la Disposición Final Séptima del CPM declara expresamente el carácter de Ley ordinaria de las Disposiciones Finales Tercera y Cuarta, relativas a la declaración de suspensión de empleo en supuestos de privación de libertad por condena en sentencia firme mientras el militar o guardia civil se encuentre privado de libertad. Todo ello, sin perjuicio de la correspondiente pena, por lo que se declara indirectamente el carácter administrativo de tal disposición. Finalmente, también resulta de interés hacer mención a la LOGP y al Reglamento de desarrollo de ésta. Al respecto, debe subrayarse que el Derecho Penitenciario se considera una disciplina autónoma, por lo que sus normas no son propiamente penales, a pesar de regularse tanto por Ley Orgánica como por un Real Decreto.<sup>106</sup> En definitiva, no queremos aquí discutir ni analizar el mencionado principio de exclusiva reserva de Ley Orgánica en materias penales, sino resaltar el especial interés que ha mostrado el legislador en deslindar las leyes civiles, procesales y administrativas de las manifiestamente penales reguladas tanto dentro como fuera del Código Penal.

Por el contrario, el caso italiano resulta mucho más simple. El propio artículo 185 CPita, después de mencionar cada una de las instituciones contenidas en este especial sistema de responsabilidad, *restituzioni* y *risarcimento*, remite expresamente a su regulación privada – *a norma delle leggi civili* -. *In claris non fit interpretatio*.

### 3.2. La irrelevancia de la ubicación en el Código Penal

Uno de los argumentos frecuentemente aducidos por quienes defienden una concepción penal o mixta de la responsabilidad civil *ex delicto* es su ubicación en el Código Penal. Frente a ello cabe contraargumentar tajantemente que tal realidad es irrelevante de cara a su naturaleza jurídica. Por el contrario, la naturaleza jurídica de una institución no viene completamente determinada por el lugar en el que se regula. No se trata, por tanto, de un argumento que presente gran solidez. En primer lugar, hemos visto que la ubicación de la responsabilidad civil en el Código Penal responde fundamentalmente a un criterio histórico o, según algunos autores, incluso político-criminal en la actualidad. De la misma forma, hemos comprobado cómo hay autores que defienden su remoción del Código Penal debido, ante todo, al hecho de que no se trata de una institución de carácter punitivo. En este sentido, nos remitimos a las consideraciones y exposiciones realizadas *supra*. En segundo lugar, hemos visto en el apartado anterior cómo en el Código Penal se regulan materias abiertamente civiles y procesales. Es más, hemos tenido ocasión de señalar alguna cuestión civil, procesal y administrativa que se prevén en otras leyes penales. Por consiguiente, el argumento de la mera ubicación de la responsabilidad civil en el Código Penal para defender una naturaleza punitiva o mixta es completamente inconsistente.<sup>107</sup>

---

<sup>106</sup> Por todos, CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho penitenciario*, pp. 12-15.

<sup>107</sup> Rechazando el argumento, con amplio apoyo jurisprudencial y doctrinal ROIG TORRES, M., *La reparación del daño*, pp. 91-93. De la misma opinión, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Sobre el concepto de Derecho penal*, pp. 61-62, ALASTUEY DOBÓN, M<sup>a</sup> C., “La responsabilidad civil y las costas



### 3.3. Sobre la incorrección del delito como presupuesto del nacimiento

Otro de los argumentos frecuentemente aducidos para justificar la naturaleza penal o mixta de la responsabilidad civil *ex delicto* es que ésta nace del delito. Aunque la problemática del nacimiento se desarrollará detenidamente *infra*, cabe hacer algunas consideraciones previas. Es doctrina consolidada que la responsabilidad civil *ex delicto*, al igual que la responsabilidad civil “pura”, surge del daño privado.<sup>108</sup> No existe una correlación necesariamente directa ni automática con el delito o con la responsabilidad penal, como puede dar a entender algún precepto concreto, por ejemplo, la lectura de los artículos 109.1 o 116.1 CPesp. No toda ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a responder civilmente. Los presupuestos del nacimiento de cada una de las responsabilidades son distintos. Veámos en el capítulo anterior cómo la responsabilidad civil surge de la constatación del ilícito civil. Tal supuesto de hecho presenta una estructura compuesta por la acción u omisión, la causalidad, el daño y la imputación. Por el contrario, la responsabilidad penal surge de la comprobación de su particular supuesto de hecho, el delito en sentido material, en cuanto acción, típica, antijurídica, culpable y punible.

Ahora bien, en lo que respecta a la obligación civil derivada de delito, no es que el daño sea requisito del tipo ni consecuencia del delito, se trata de un plano jurídico totalmente diferenciado del plano penal. Como veremos, la estructura del supuesto de hecho de la norma de responsabilidad civil *ex delicto* exige la concurrencia conjunta del ilícito penal y el ilícito civil, pero esto no quiere decir que uno cause al otro. El ilícito penal es un requisito normativo previo que se impone por la norma para valorar si concurren los presupuestos del ilícito civil. El mismo supuesto de hecho que se ha tenido en cuenta para la calificación jurídico-penal será nuevamente considerado para analizarse desde el punto de vista del Derecho de daños. El ilícito civil y el ilícito penal son, como hemos dicho, estructuras diferenciadas de supuestos de hecho generadores de responsabilidad y, asimismo, diferentes son también sus correspondientes consecuencias jurídicas. No hay ninguna relación material ni formal entre ambas, pertenecen a planos jurídicos distintos. Otra cuestión es que la norma *ex delicto*, con una estructura diferenciada de la norma penal y de la norma de responsabilidad civil “pura”, exija uno y otro ilícito, pero ni la concurrencia conjunta ni el orden sistemático impuesto por la norma a la hora de resolver el supuesto equivalen a demostrar la causalidad entre uno y otro. Nos remitimos a los matices desarrollados *infra*. Cuando fallece uno de los miembros de un matrimonio realizado conforme al Derecho Canónico en España (y, por tanto, al que se le han

---

procesales”, p. 527, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “La responsabilidad civil derivada de delito y su controvertida naturaleza”, pp. 245-246, *Id.*, *Introducción al Derecho penal*, pp. 157-158 y QUINTERO OLIVARES, G., “La responsabilidad civil y la reparación en la política criminal contemporánea”, p. 16. Entre los civilistas, PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Perseverare diabolicum”, *passim*. Ampliamente, YZQUIERDO TOLSADA, M., “La responsabilidad civil en el proceso penal”, pp. 1106-1150.

<sup>108</sup> Por todos, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Sobre el concepto de Derecho penal*, p. 65, RAMÓN RIBAS, E., “La responsabilidad civil derivada de delito”, pp. 76-77 y GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “La responsabilidad civil derivada de delito y su controvertida naturaleza”, p. 246. También en *Id.*, *Introducción al Derecho penal*, pp. 158-159. Con múltiples referencias jurisprudenciales, ROIG TORRES, M., *La reparación del daño*, pp. 95-96. *Vid.* los matices realizados *infra*, en el apartado del nacimiento.

reconocido efectos civiles), se disuelve la sociedad de gananciales en el plano civil y se disuelve también la unión matrimonial en la esfera eclesiástica. Este último ejemplo no quiere decir que la disolución del matrimonio canónico conlleve la liquidación de la sociedad de gananciales, ni viceversa. Estamos ante una misma circunstancia puramente fáctica que condiciona dos respuestas del ordenamiento en planos diferenciados. Traducido al lenguaje jurídico, nos encontramos frente a un mismo supuesto de hecho que ha generado dos consecuencias jurídicas en sendas esferas del ordenamiento. De la misma forma, hace falta discriminar con altos niveles de rigurosidad técnica ambas esferas civiles y penales tanto en el ámbito del supuesto de hecho como en el de las correspondientes responsabilidades penales y/o civiles. Insistimos, son ilícitos, criterios de imputación y responsabilidades bien diferenciadas.

Para reafirmarnos en nuestra postura y en compromiso con el rigor técnico y correcto entendimiento del estado actual de la ciencia, quisiéramos finalizar este apartado rebatiendo los argumentos expuestos por HORTAL IBARRA. Para cuestionar la naturaleza enteramente civil de nuestra institución, el autor se centra en los tres argumentos expuestos *supra*. En primer lugar, señalaba que, aunque puede defenderse el daño como fundamento de la responsabilidad civil, se trata de un hecho criminalizado como delito, lo cual aporta mayor ilicitud al daño en sí mismo producido. Este hecho explicaría, a su modo de ver, por qué en casos de muerte se conceden indemnizaciones más altas en vía penal que en vía civil. Al respecto, como decíamos, el concepto normativo de “daño”, está bien diferenciado del criterio penal de “lesión o puesta en peligro del bien jurídico”. De hecho, veíamos *supra* cómo la criminalización actual de ciertos comportamientos se aleja cada vez más, no ya del abstracto y etéreo concepto de bien jurídico penal más o menos delimitado, sino del criterio categórico y enteramente visible de daño civil tradicional. En tal sentido, no es que se haya tomado un daño civil y se haya elevado a la categoría de delito a la hora de la criminalización de algún comportamiento, sino más bien que, con base en tal planteamiento, se están entremezclando distintas categorías normativas bien diferenciadas. La estructura de la norma *ex delicto*, ciertamente, exige la constatación de un ilícito penal previo a la valoración de los hechos por el Derecho civil, pero fuera de eso, no hay ninguna influencia penal en cualquiera otra de las características de la institución. Como veremos, se exige este requisito para, de alguna forma, relacionarlo con el objeto del proceso penal y no privatizar en exceso la justicia punitiva. Pero, insistimos, fuera de ese requisito de la estructura de la norma, no hay ningún rasgo de “punitivización” de la institución. Es enteramente privada. En cuanto a las indemnizaciones, ciertamente se trata de una cuestión muy interesante, aunque lo cierto es que se trata de una desavenencia que no tiene (ni debería tener si se manejan adecuadamente las instituciones privadas) una convincente explicación *a priori*, ya que, tanto en vía penal o civil, la responsabilidad civil se basa en los mismos criterios de nacimiento y de medición expuestos *supra*, que no es otro que el daño efectivamente causado. Por el contrario, se debe quizás a la falta de coordinación o existencia de algún Pacto o Acuerdo no jurisdiccional para establecer unos mínimos y máximos entre las diferentes Salas, o, más bien, a la apreciable tendencia a la punitivización de las instituciones privadas que los civilistas llevan harto tiempo

denunciando. De todos es conocida la falta de rigor con la que muchas veces los tribunales penales abordan cuestiones de responsabilidad civil.<sup>109</sup>

En segundo lugar, HORTAL IBARRA denuncia la incoherencia de la negativa a apreciar el nacimiento de la responsabilidad civil *ex delicto* en aquellos supuestos de delitos de peligro y de tentativa. Lo cierto es que en este punto el autor tiene toda la razón. El hecho de haber analizado un supuesto de delito de peligro o cualquiera en grado de tentativa no tiene por qué conllevar necesariamente la ausencia de daño o responsabilidad civil. Aunque bien es cierto que los delitos de peligro o en grado de tentativa no producirán un daño civil en todo caso, podrían perfectamente llegar a producirlo.<sup>110</sup> Es necesario atender a los criterios propios del Derecho de daños y desplazar a un lado la perniciosa influencia de los planteamientos penales cuando nos enfrentemos a un supuesto de responsabilidad civil *ex delicto*. Desarrollaremos esta postura *infra*. Por el momento, subrayaremos nuevamente que el criterio lesión o puesta en peligro del bien jurídico o, ya siquiera, consumación o agotamiento del delito no tiene ninguna relación con los criterios del ilícito civil como supuesto generador de la responsabilidad privada. La doctrina clásica en tal sentido no es la correcta.<sup>111</sup> De la misma forma, todo lo expresado respecto a este segundo argumento es trasladable a la tercera de las observaciones realizadas por el autor, en tanto que la responsabilidad civil surge incluso cuando no hay delito material. Nuevamente, hacemos hincapié en que estamos ante diferentes planos jurídicos. En cualquier caso, y en congruencia con lo expuesto, seguimos sin entender cómo, a juicio de este autor, estos dos últimos argumentos desvirtuarían el carácter civil de la institución. A nuestro modo de ver, más bien, lo refuerzan.

#### 3.4. La fragilidad de los argumentos estrictamente procesales

El tercero de los argumentos más frecuentemente aducidos a favor de la naturaleza penal o mixta de la responsabilidad civil *ex delicto* tiene que ver con los caracteres procesales de la institución, fundamentalmente la vía en la que ésta se materializa. Al respecto, subrayaremos que la cuestión procesal poco o nada aporta a la naturaleza jurídica de la institución de carácter material. Es totalmente irrelevante el hecho de que una institución

---

<sup>109</sup> Por todos, YZQUIERDO TOLSADA, M., “La responsabilidad civil en el proceso penal”, p. 1107.

<sup>110</sup> De la misma opinión, QUINTERO OLIVARES, G., “La función de la responsabilidad civil y del perjuicio en la política penal”, p. 3206.

<sup>111</sup> Por todos, FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código Penal*, t. 2, pp. 108-109 y t. 2, p. 382, DÍAZ VALCÁRCEL, L. M., “Responsabilidad civil derivada del delito (I)”, pp. 41-43 y ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, pp. 648-649. Explícitamente, RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal Español*, pp. 1038-1039, “*Un delito de homicidio en grado de tentativa en que el sujeto no ha conseguido herir a su presunta víctima, no dará lugar a que se pueda reclamar responsabilidad alguna por el concepto en cuestión*”. Cfr. los dos ejemplos y planteamientos de HORTAL IBARRA, J. C., “La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto*”, pp. 20 y 21, “*Alberto, pasea tranquilamente por la acera y evita, gracias a su gran condición física, ser atropellado por Berto, quien a los mandos de su flamante motocicleta había invadido, momentos antes, dicho espacio público a toda velocidad*” y “*Alberto dispara a Berto en dos ocasiones a una distancia de unos 10 metros al tiempo que grita “te mataré hijo de Satanás”*”. Sin embargo, Berto resulta ileso gracias a la mala puntería de Alberto”. Por nuestra parte, consideramos, de acuerdo con el segundo autor, que estos hechos concretos generarían, efectivamente, responsabilidad civil por haber causado un daño moral. En esta línea, CÓRDOBA RODA, J., “Artículo 19”, pp. 956-957, ROIG TORRES, M., *La reparación del daño*, pp. 123-126 y QUINTERO OLIVARES, G., “La responsabilidad civil y la reparación en la política criminal contemporánea”, pp. 18-19.

de naturaleza privada se examine en un proceso penal.<sup>112</sup> El hecho de tal realidad en el proceso español se debe al tradicional interés por facilitar la obtención de la reparación privada de los daños causados, evitando que el perjudicado tenga que acudir, además de a la vía punitiva, a la vía civil. En ningún caso tal característica cambiaría la naturaleza de la responsabilidad civil *ex delicto*. Es por ello por lo que consideramos que tales argumentos carecen de la suficiente solvencia como para ser tenidos en cuenta. Concretamente, nos generan cierta perplejidad las aseveraciones de HORTAL IBARRA cuando cuestiona la naturaleza jurídica privada de la responsabilidad civil *ex delicto* aduciendo el interés público basándose en el papel procesal del Ministerio Fiscal y en la facultad de reserva de los artículos 108 LECRIM y 109.2 CPesp. Ciertamente, no cabe duda de que la intervención del Ministerio Fiscal es, con carácter general, siempre una participación en defensa del interés público. Sin embargo, nuevamente, tal intervención poco o nada tiene que decir sobre la naturaleza de una institución. En concreto, de todos es conocido que el Ministerio Fiscal interviene en varios órdenes jurisdiccionales, particularmente, en lo que a nosotros interesa, también en la jurisdicción civil, por ejemplo, en todos los procesos relativos al Derecho de familia, especialmente custodias y divorcios, en las que haya hijos menores de edad (*vid.*, art. 749.2 LEC). En este orden de cosas, creemos que nadie considerará que, *e. gr.* por pedir la custodia para un progenitor o para el otro, tal institución dejaría de tener carácter enteramente civil. Lo mismo ocurre respecto al rol procesal del Ministerio Fiscal en sede penal respecto a la responsabilidad civil *ex delicto*. En otras palabras, la defensa de las esferas privadas es también un interés público. En este sentido, y con gran acierto, se ha expresado SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS cuando ha indicado que la responsabilidad civil derivada de delito tutela un interés privado, pero de relevancia social.<sup>113</sup> La intervención activa del Ministerio Fiscal en lo que respecta a nuestra institución pretende facilitar la condena y obtención de la responsabilidad civil por razones utilitarias, no cambiar su naturaleza. A nuestro juicio, es incorrecto confundir el interés público con la naturaleza pública.

### 3.5. Los pretendidos paralelismos entre Derecho penal, responsabilidad penal y responsabilidad civil

Habiendo empleado tanto esfuerzo en delimitar las esferas de los ilícitos penales y los civiles así como las responsabilidades penales y civiles, seguramente el lector ya comprenderá que los pretendidos paralelismos entre sendas instituciones no existen. En efecto, son realidades y planos jurídicos bien diferenciados. Sin embargo, ello no quiere decir que no haya interrelaciones o puntos de conexión entre ambas esferas. Más bien todo lo contrario. La responsabilidad civil *ex delicto* debe contemplarse desde el punto de

---

<sup>112</sup> Por todos, GONZÁLEZ RUS, J. J., “El artículo 444 del Código penal”, p. 393 y RAMÓN RIBAS, E., “La responsabilidad civil derivada de delito”, pp. 77-78.

<sup>113</sup> SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M<sup>o</sup> B., *La reparación del daño ex delicto*, p. 112. También en este sentido, MAGALDI PATERNOSTRO, M.<sup>a</sup> J., “Artículo 109”, pp. 879-881. Profundizando en esta línea, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, pp. 16-17 indica que respecto a muchos delitos, la mejor forma de atender al interés social es atender al interés particular de la víctima de un delito. Con anterioridad, en Italia, defendiendo que el resarcimiento tiene una función social ANTOLISEI, F., *L’offesa e il danno nel reato*, p. 147.

vista de la economía procesal fundamentalmente. De forma subsidiaria, desde la política criminal, como un instrumento de carácter privado que amplía la reacción jurídica prevista por el ordenamiento tras la constatación de un delito. Empleando las palabras de MIR PUIG, nos encontramos frente a “*un arma civil a utilizar en el tratamiento del delito*”.<sup>114</sup> En este sentido, son bien conocidos los efectos penales y penitenciarios de su satisfacción, pero debe siempre tenerse en cuenta que pertenecen a dos planos jurídicos divergentes. Por tanto, teniendo presente tal realidad, pasaremos ahora a refutar tres argumentos esgrimidos a favor de la naturaleza penal o mixta de la responsabilidad civil *ex delicto*.

En primer lugar, recordaremos como PUIG PEÑA y BERISTAIN IPIÑA han asignado a la pena y/o al Derecho penal una función reparadora. Pues bien, simplemente no hay una función inherente a la pena, medida de seguridad o al Derecho penal en tal sentido.<sup>115</sup> Cuando examinamos las funciones de la responsabilidad civil en el capítulo anterior, mencionamos que la función de la responsabilidad civil no es estrictamente preventiva ni punitiva, ya que no tiene expresamente asignada tales funciones. Todo ello, a pesar de que en algunos casos bien pudiera disuadir y amonestar incluso más aún que la propia pena. De la misma forma, ni la pena, ni la medida ni el Derecho penal tienen asignada función reparatoria alguna. Por el contrario, contribuyen a solventar el conflicto y, en base a principios inspiradores tales como el de reinserción, humanidad de las penas, etc, bien pudieran contribuir (o, más bien, dar la sensación de que contribuyen) a restaurar el orden jurídico alterado. Sin embargo, lo cierto es que esta última rama del Derecho únicamente tiene como objeto el castigo de comportamientos especialmente nocivos para la sociedad. A partir de aquí surgen los desacuerdos sobre para qué se castiga y se aboga por una u otra teoría sobre la función de la pena. En todo caso, como decíamos, la reparación no es función ni de la pena ni del Derecho penal. En este sentido, cabe señalar que “restablecer el derecho lesionado” o “restablecer el orden jurídico”, en palabras de PUIG PEÑA y BERISTAIN IPIÑA respectivamente, no es función, ni siquiera, de la responsabilidad civil, ya que, como expusimos en el capítulo anterior, la reposición del *statu quo ante* resultará en múltiples ocasiones imposible. Es por esta razón por la que multitud de civilistas han rechazado tal función y, en su lugar, abogan por una función de tipo compensatorio o reparatorio.

En segundo lugar, cabe rechazar la concepción de la responsabilidad civil *ex delicto* como sanción autónoma o respuesta penal como han propuesto MOLINA BLÁZQUEZ, BERISTAIN IPIÑA y QUINTANO RIPOLLÉS. Si bien en el párrafo anterior hacíamos mención a la “privatización” del Derecho penal en el sentido de pretender otorgarle la función reparatoria propia del Derecho privado, en esta ocasión se ha aspirado a “punitivizar” la responsabilidad civil *ex delicto*, con miras a elevar tal institución a la categoría de reacción penal del ordenamiento. Tal confusión se debe, en nuestra opinión,

---

<sup>114</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, pp. 50-51.

<sup>115</sup> Por todos, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, p. 619. En lo referente a la responsabilidad civil *ex delicto*, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “La responsabilidad civil derivada de delito y su controvertida naturaleza”, p. 247, y en *Introducción al Derecho penal*, p. 159. Vid. también, ROIG TORRES, M., *La reparación del daño*, pp. 99-100.

a no haber delimitado con precisión los diferentes planos jurídicos y sus correspondientes instituciones. Como hemos tenido ocasión de desarrollar en el primer capítulo de nuestro trabajo, el modelo latino de responsabilidad civil *ex delicto* no es el modelo germánico de la tercera vía. La responsabilidad civil no es ni sanción autónoma ni respuesta penal. No tiene carácter sancionatorio o punitivo alguno. Nuevamente, los planos de las responsabilidades civiles y penales son distintos en todas sus características principales.

Finalmente, en tercer lugar, someteremos a crítica los argumentos referidos a los efectos penales de la (no) reparación aportados por HORTAL IBARRA. Lo primero que debe decirse al respecto es que el hecho de que se le reconozcan efectos penales a la reparación no quiere decir que ésta sea una institución penal, sino que, precisamente, la ley penal reconoce legítima ciertas consecuencias en su seno.<sup>116</sup> En efecto, la concesión de beneficios penitenciarios es trata de una cuestión que pertenece más a la esfera del Derecho punitivo que al ámbito del Derecho civil. Es por esta razón por la que debe rechazarse tal argumento. La finalidad principal de la responsabilidad civil *ex delicto* en sí no es otorgar efectos penales o penitenciarios respecto a la pena, sino, simplemente, constreñir a reparar el daño causado. En esta línea, debe remarcarse la finalidad reparatoria o compensatoria frente a las pretendidas finalidades preventivas o punitivas tal y como hemos expuesto en el capítulo anterior. Es más, los efectos penales o penitenciarios previstos en este sentido no exigen la plena satisfacción de la obligación civil para que éstos se desplieguen. Si se examinan los artículos correspondientes se comprobará tal hecho. Por ejemplo, de forma muy resumida, el artículo 21 5ª CPesp, respecto a la atenuante, declara que es necesario: “*haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos*”. Igualmente, respecto a la suspensión, el artículo 80.1 párrafo 2ª CPesp menciona varias circunstancias a tener en cuenta para concederla, entre las que destaca “*en particular su esfuerzo para reparar el daño causado*”. Lo mismo entienden las reglas especiales contenidas en los artículos 80.2 y 80.3 CPesp, así como el artículo 86.1 d) CPesp respecto a la revocación de la suspensión. En cuanto al tercer grado, el artículo 72.5 LOGP exige, entre otros requisitos, haber “*satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito*” y acto seguido señala “*considerando (...) las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil*”. De la misma forma, el artículo 90.1 CP remite, con carácter general, a los criterios señalados en el artículo 72.5 LOGP para otorgar la libertad condicional. En un sentido similar se pronuncian las reglas especiales de los artículos 90.2 y apartados siguientes LOGP. Por lo expuesto, pareciera evidente, al menos a nuestro juicio, que no se exige la efectiva reparación, sino más bien el esfuerzo y/o el interés por reparar, el cual sería absolutamente irrelevante de acuerdo con los postulados de la responsabilidad civil. El Derecho penal hace un tratamiento, cuanto menos, particular de la responsabilidad civil *ex delicto* a la hora de otorgar beneficios penales y/o penitenciarios.

---

<sup>116</sup> En esta línea, YZQUIERDO TOLSADA, M., "Querellas chantajistas y derecho civil light", pp. 10-11.

### 3.6. Otros argumentos de especial relevancia.

Como hemos podido comprobar, no existen argumentos sólidos que pongan en duda la naturaleza jurídica enteramente privada de la responsabilidad civil *ex delicto*. Lo cierto es que, además de los argumentos examinados, existen otros que reafirman este carácter, que vienen a corresponderse con aquellos rasgos que hemos expuesto en el capítulo anterior. Todos ellos también apreciables en el modelo *ex delicto*. Quizás uno de los argumentos más convincentes en este sentido iusprivatístico es su carácter transmisible y disponible, cualidad que es simplemente impensable en sede penal.<sup>117</sup> A todo ello habría que añadir el elemento de la asegurabilidad, cuestión que no cabe en el Derecho punitivo.<sup>118</sup> También es de vital importancia hacer valer que la responsabilidad civil se extingue igual que el resto de las obligaciones civiles, de una forma bien diferenciada de aquellas causas que extinguen la responsabilidad penal.<sup>119</sup> Al respecto, algunos autores han considerado que el juego de remisiones internas avala la naturaleza privada del instituto, en el sentido de que el artículo 1089 CCesp la cita entre las obligaciones civiles, a pesar de que el artículo 1092 la reenvíe al Código Penal. Con acierto, se ha dicho que las lagunas de este régimen deberán subsanarse de acuerdo con los preceptos del Código Civil,<sup>120</sup> cuestión que, por otro lado, resulta verdaderamente clara en el caso de Italia como hemos comprobado *supra*.

### 4. Recapitulación y consecuencias

Por todo lo expuesto, podemos concluir que la responsabilidad civil *ex delicto* es una institución de carácter y naturaleza privada cuyo régimen jurídico es el correspondiente a las normas propias de esta rama del Derecho. A pesar de que aparece regulada en el Código Penal, se trata de una institución privada cuyos presupuestos se han configurado normativamente como ley ordinaria. En esta línea, han venido recibiendo un tratamiento diferenciado por el legislador respecto a los preceptos propiamente penales, no ya en el propio Código Penal, sino en otras leyes penales como la LORRPM. Del mismo modo, su *causa efficiens* por antonomasia, o presupuesto más básico generador de responsabilidad – con los matices propios de la estructura de la norma *ex delicto* que ampliaremos *infra*, no es el delito, sino el ilícito civil, basado fundamentalmente en la idea de daño. Debido a su configuración como institución de Derecho privado, no tiene una función claramente preventiva o punitiva en nuestro sistema, sino que su función es resarcitoria, reparatoria o compensatoria. Se extingue igual que el resto de las

---

<sup>117</sup> Ya en SILVA MELERO, V., “Analogías y diferencias”, pp. 448-449. También OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Sobre el concepto de Derecho penal*, p. 65-66 y GÓMEZ CALERO, J., “La responsabilidad civil derivada de acto ilícito penal”, n° 193-194, pp. 878-884. En la doctrina actual, por todos, PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual”, p. 168, IZQUIERDO MARTÍN, P., “Irresponsabilidad penal y responsabilidad civil”, p. 205.

<sup>118</sup> Por todos, GONZÁLEZ RUS, J. J., “El artículo 444 del Código penal”, p. 393 y PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual”, p. 168.

<sup>119</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Sobre el concepto de Derecho penal*, pp. 65-66. Particularmente sobre este punto CAVANILLAS MÚGICA, S., “Extinción de la responsabilidad civil ex delicto”, pp. 131-135. Téngase también presente el antiguo artículo 117 CP 1973.

<sup>120</sup> Por todos, GONZÁLEZ RUS, J. J., “El artículo 444 del Código penal”, pp. 391-392 y GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho penal*, p. 158.

obligaciones civiles y es, además, transmisible y asegurable. Igualmente, se trata de un instituto que no aparece regido por el principio de personalidad, por lo que es posible que sea designado responsable una persona que no haya causado directa o inmediatamente el daño con su comportamiento activo u omisivo.<sup>121</sup>

Del mismo modo, teniendo en cuenta la referida conclusión, pueden extraerse una serie de importantes consecuencias provisionales. En primer lugar, el resultado más evidente es que no se trata de normas penales.<sup>122</sup> Por ello, desaparecen ciertas garantías que deben tenerse en cuenta en este último ámbito, tales como la presunción de inocencia, el principio acusatorio, la prohibición de la analogía *in malam partem*, la regla general de la retroactividad de las disposiciones favorables, etc. En este sentido, hay cambios importantes. Por ejemplo, puede presumirse la responsabilidad civil de un sujeto, como por ejemplo en el caso de los padres cuyos hijos menores de edad cometen algún ilícito civil apreciado en sede delictual (*vid.*, art. 61.3 LORRPM). Del mismo modo, es perfectamente aplicable la analogía para ampliar las esferas de responsabilidad civil en el caso de que un supuesto no se encuentre expresa y estrictamente contemplado en la norma. También, en lo que se refiere a la retroactividad, debe atenderse el principio general de la irretroactividad consagrado en el artículo 2.3 CCesp, por el que se entiende que las disposiciones normativas no son retroactivas salvo que se disponga lo contrario.<sup>123</sup> En todo caso, entendemos que estas consecuencias se aplicarían una vez constatado el ilícito penal y, sobre todo, a partir del análisis de los hechos desde el punto de vista del Derecho civil. Ciertamente, todas ellas requerirían de ulterior desarrollo en uno y otro plano, aunque puede concluirse provisionalmente que las garantías enteramente penales únicamente se aplicarían en el primer análisis. A la hora de examinar el supuesto civilmente, se estaría, en principio, a lo aquí descrito. Todo ello partiendo de la base de que la reconstrucción de los hechos se hará de acuerdo con las exigencias penales. Finalmente, en lo que se refiere a sus caracteres procesales más básicos, la responsabilidad civil *ex delicto* está sometida a los principios de rogación y congruencia, por lo que debe precisarse el contenido de lo que se solicita y no es posible condenar más allá de lo que se ha requerido.<sup>124</sup>

---

<sup>121</sup> De una parte, adhiriéndose a las críticas sobre la naturaleza penal SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., “La responsabilidad civil derivada de delito”, pp. 90-91. De otra parte, considerando que debe seguir reteniéndose la separación entre Derecho penal y Derecho civil en esta sede, ROMANO, M., “Risarcimento del danno da reato”, pp. 882-883 y pp. 887-888.

<sup>122</sup> MARAVER GÓMEZ, M., “Vigencia temporal de la ley penal”, pp. 131-132, “*las leyes sobre responsabilidad civil derivada de delito (...) no son propiamente “leyes penales”.*”

<sup>123</sup> *Ult. Loc. Cit.*, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, pp. 135-136 y CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., “Artículo 121”, p. 389. Con reseñas jurisprudenciales, MÁRQUEZ DE PRADO PÉREZ, J., “Efectos de la Responsabilidad civil ex delicto”, p. 162.

<sup>124</sup> ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., “Artículo 109”, pp. 1362-1363 y CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., “La responsabilidad civil ex delicto”, p. 936.



### III. LA CUESTIÓN DEL NACIMIENTO

#### 1. Consideraciones previas

En los apartados anteriores hemos tenido ocasión de realizar una aproximación general a la estructura y caracteres principales del modelo de responsabilidad civil *ex delicto* así como una breve reflexión sobre su naturaleza jurídica. Son, en el fondo, dos cuestiones teóricas que no presentan un contenido excesivamente positivizado, sino que tienen ciertos matices de abstracción conceptual. Por el contrario, las tres problemáticas que se estudiarán a continuación, el nacimiento, el contenido y los sujetos, resultan bastante más apegadas a la literalidad de la norma y son, realmente, cuestiones de un carácter mucho más positivizado que las anteriores.

En este sentido, lo primero que debe resaltarse con gran insistencia sobre las problemáticas que trataremos en las próximas páginas es que, en realidad, las reglas de responsabilidad civil previstas en el Código Penal no tienen mucho interés para el Derecho privado, pues constituyen la adaptación de unos conceptos que ya se encuentran firmemente asentados en el Derecho civil. Sin perjuicio de los contenidos que desarrollaremos *infra* cuando examinemos la estructura de la norma, acentuaremos aquí que las disposiciones contenidas en el Código Penal suponen una suerte de postulados civiles que son consiguientes al argumentario jurídico-penal. Es decir, que se asocian unas reglas civiles ulteriores a la resolución del caso conforme al Derecho penal, las cuales se traducen *lato sensu* en la declaración de que el sujeto responda o no responda civilmente. En el fondo, se trata de un silogismo condicional muy básico – si *p* entonces *q* –, por lo que, en realidad, lo que hacen estas normas es simplificar enormemente el trabajo del penalista. Como veíamos, este sistema tiene la ventaja de reducir considerablemente la materia civilista que debe estudiarse para solucionar los diferentes casos de responsabilidad civil en la vía penal. No obstante, tiene el grave inconveniente de la tendencia del penalista a desvirtuar en múltiples ocasiones las instituciones civiles, ocasionando frecuentemente un auténtico caos conceptual y metodológico, debido, entre otras razones, a la excesiva simplificación del Derecho civil. Por tanto, quizás sea éste otro buen argumento para remitir la cuestión al Código Civil, ya que, como decíamos, el Derecho civil que debe conocerse es considerablemente más amplio que el previsto en el Código Penal, por lo que se incentivaría su estudio de esta forma.

En este orden de cosas, cuando se examina atentamente la doctrina jurídico-penal en materia de responsabilidad civil *ex delicto*, es frecuente encontrar reflexiones e hipótesis altamente complejas y confusas a lo largo de la obra de los diferentes autores. Esta realidad no se aprecia únicamente en la problemática del nacimiento, sino que se advierte de forma constante en la totalidad del tratamiento de la responsabilidad civil *ex delicto*. Para la referida doctrina parece metodológicamente correcto tratar el tema partiendo del contenido de los artículos del Código Penal y hacer una breve referencia a los artículos más generales del Código Civil. Todo ello sin profundizar mucho en contenidos iusprivatistas. No en vano, y como hemos puesto de manifiesto, es el penalista quien se ocupa generalmente de estos temas *ex delicto*. Es este estudioso el que se aproxima al

tema desde la estrecha visión de la institución como mera consecuencia jurídica del delito, la cual es, además, un área del Derecho penal altamente positivizada y que, en el fondo, tiene poco contenido dogmático. Dicho en otras palabras, el penalista tiende a aplicar los razonamientos propios de las consecuencias jurídicas de su campo de estudio en la aproximación a la materia de nuestro interés. Este hecho genera auténtico asombro, ya que aunque se defiende insistentemente la naturaleza privada de la institución, se siguen razonando (y justificando) sus contenidos materiales como si fuera una materia íntimamente relacionada con el Derecho penal. Por el contrario, lo cierto es que, como venimos defendiendo, nos encontramos ante una institución enteramente privada y, consecuentemente, es necesario aplicar los procedimientos metodológicos y aproximaciones conceptuales propios de esta rama del Derecho. En este punto del trabajo, habiendo examinado tal metodología iusprivatista y conociendo bien los razonamientos propios del Derecho civil, nos es oportuno poner de manifiesto nuestro frontal rechazo a esta serie de consideraciones que intentan, de algún modo, explicar la materia desde unos planteamientos que entrelazan Derecho civil y Derecho penal, cuando la cuestión puede explicarse, sencillamente, desde una buena base civilista. Al respecto, nuevamente, debe subrayarse que no hay relación directa entre tales planos jurídicos. En el modelo *ex delicto*, lo que hay es un forzado silogismo que entiende que, comprobado el delito, existirá, en principio, responsabilidad civil, pero, como veremos, hay multitud de excepciones.

En virtud del referido caos metodológico y conceptual, en lugar de dilucidar primero el estado de la ciencia y, posteriormente, expresar nuestra opinión como hemos hecho en la mayoría de los apartados de este trabajo, procederemos directamente a exponer nuestros planteamientos personales sobre el estado de la cuestión. Creemos que así se respetará mejor el hilo conductor de este trabajo y que el resultado final lo agradecerá en claridad expositiva. Como bien podrá intuirse, la tesis que aquí mantenemos no es otra que la separación total entre los planos de lo penal y lo civil, así como la irrelevancia de la estricta literalidad de los preceptos normativos relativos al nacimiento. En todo caso, también quisiéramos acentuar que en este apartado haremos referencia exclusivamente a la responsabilidad por hecho propio.

## 2. Sobre la necesidad de separar radicalmente los planos penales y civiles

Como decíamos, en esta problemática reina el más absoluto caos doctrinal y jurisprudencial. Para la correcta exposición y el adecuado entendimiento, consideramos que es indispensable examinar la cuestión partiendo de las nociones más básicas del Derecho en abstracto. Desde una primera aproximación, tengamos en cuenta que los razonamientos jurídicos más básicos pasan por un total de tres fases. La primera, la constatación de una realidad o circunstancia en el mundo físico, producto de la naturaleza o del ser humano. La segunda, el encuadramiento o subsunción de esa realidad en el supuesto de hecho de la norma. La tercera, los efectos jurídicos asociados a la verificación o incumplimiento del supuesto de hecho de la norma, es decir, las consecuencias jurídicas propiamente dichas. Igualmente, podría añadirse una cuarta, relativa a la ejecución material de las consecuencias jurídicas previstas en la norma. En todo caso, parece

evidente que es la propia norma la que determina cuál es su supuesto de hecho y las consecuencias jurídicas que de él se derivan. Es a partir de la propia norma cuando se ubican sistemáticamente los planos jurídicos, que tienden a corresponderse con la tradicional división del ordenamiento en ramas, los cuales no son compartimentos estancos y herméticos, sino que se interrelacionan frecuentemente entre sí.

Aplicando este razonamiento abstracto a la temática de nuestro interés y relacionándolo con el hilo conductor, en el capítulo anterior hemos identificado dos supuestos de hecho y dos consecuencias jurídicas, con sus correspondientes notas definitorias. Así, en el plano penal hemos identificado el delito material, compuesto por la acción típica, antijurídica, culpable y punible a la que hemos asociado la pena o medida de seguridad. Este plano penal viene diferenciado del civil, que asocia el supuesto de hecho al ilícito civil, el cual, por un lado, aparece integrado por la acción, el daño, la causalidad y la imputación, y por otro, su verificación lleva aparejada la consecuencia jurídica que hemos identificado como responsabilidad civil. Por tanto, la responsabilidad civil tal y como la conocemos, no se encuentra prevista como consecuencia jurídica del delito, sino como consecuencia jurídica del ilícito civil. La idea de daño, que es el elemento central de la institución civil de nuestro interés, como veíamos, es totalmente ajena al plano penal, ya que se trata de una noción propia del Derecho privado. Otra cuestión es la idea de lesión o puesta en peligro, que sí integra las nociones del Derecho punitivo, pero que viene diferenciada del daño en contenidos y en el plano jurídico al que pertenece. El daño como tal no puede ser jamás ni consecuencia ni elemento de un delito, al menos si se examinan con rigor tales nociones.

Esta aproximación que estamos realizando contrasta diametralmente con la tradicional tesis defensora de que ciertos delitos “generan” automáticamente responsabilidad civil, el homicidio, el hurto, las lesiones, etc.<sup>125</sup> Sin embargo, esto no es técnicamente correcto. Por el contrario, lo que ocurre es que existe una serie de ilícitos penales que, examinados desde el plano civil, su ejecución parece siempre encontrar la verificación de una realidad que se identifica claramente con un daño privado, pero esto no es más que una aparente unidad, ya que el tipo y el daño no integran ni el mismo supuesto de hecho ni la misma consecuencia jurídica. Pensemos por ejemplo en el caso del homicidio de un vagabundo,

---

<sup>125</sup> El ejemplo más claro en este sentido de renombrado penalista que asocia responsabilidad civil y delito en este sentido es, sin duda, ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, pp. 648-649 quien menciona literalmente los “delitos que han lugar a responsabilidad civil” citando otros ejemplos que, a su juicio, no la generarían. También en esta línea, FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código Penal*, t. 2, pp. 108-109 y t. 2, p. 382, DÍAZ VALCÁRCEL, L. M., “Responsabilidad civil derivada del delito (I)”, pp. 41-43 y RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal Español*, pp. 1038-1039. Más acertada nos resulta la aproximación que realizan CÓRDOBA RODA, J., “Artículo 19”, pp. 956-957, ROIG TORRES, M., *La reparación del daño*, pp. 123-126 y QUINTERO OLIVARES, G., “La responsabilidad civil y la reparación en la política criminal contemporánea”, pp. 18-19. Por otro lado, entre la doctrina italiana, quizás el ejemplo más paradigmático de esta postura podría ser la concepción de ANTOLISEI, F., *L’offesa e il danno nel reato*, pp. 49-53, quien indica expresamente que el daño es un efecto del delito. Sin embargo, con posterioridad, FROSALI, R. A., *Reato, danno e sanzioni*, pp. 104-116 indicaría que el daño resarcible a veces se encuentra insertado en el propio delito mientras que en otras ocasiones es una consecuencia del mismo. En tal sentido, negó una absoluta separación entre la ofensa penal y el daño civil. En la doctrina actual, por todos, FONDAROLI, D., *Illecito penale e riparazione del danno*, pp. 147-148 se posiciona en una línea asimilable a la primera postura.

sin familia ni amigos, que vive en la calle. ¿A quién se le genera el derecho a obtener responsabilidad civil si, de acuerdo con las jurisprudencia, en tales casos son beneficiarios sus seres más cercanos? No siempre hay responsabilidad civil en tales delitos. Deben examinarse atentamente los requisitos propios de la responsabilidad civil. Lo mismo puede decirse que los delitos que “no generan” responsabilidad civil, por ser de peligro abstracto o encontrarse en grado de tentativa.<sup>126</sup> Tal planteamiento dejaría entrever, desde nuestro punto de vista, que no se conocen en profundidad las instituciones civiles de nuestro interés, ya que el análisis civil del supuesto concreto no aparece vinculado por el examen penal de los mismos hechos más allá del propio sustento fáctico y de la exigencia del supuesto de hecho de la norma *ex delicto*. Piénsese, por ejemplo, en los delitos de tentativa de homicidio o agresión sexual. Nos resulta evidente, en principio y cuanto menos, el daño moral, pero hay que constatarlo en todo caso ¿Y en los delitos de peligro abstracto? También en este caso, deben examinarse los hechos y encuadrarlos en los elementos generadores de responsabilidad civil. No cabe rechazar su nacimiento sistemáticamente.<sup>127</sup> Por lo tanto, de acuerdo con la abstracta aproximación que hemos realizado hace pocas líneas, el comportamiento del sujeto se analizará desde uno u otro plano, se subsumirá en uno u otro supuesto de hecho y generará (o no) las correspondientes consecuencias jurídicas. No hay una relación de interdependencia más allá de su origen en el mundo físico. En lo que respecta al mundo jurídico son dos supuestos que deben ser claramente diferenciados. El delito, por sí solo, no genera responsabilidad civil. Deben reexaminarse los hechos desde el plano civil, analizándolos desde la perspectiva del Derecho privado.<sup>128</sup>

Los ejemplos que pueden ponerse para reflejar esta reacción conjunta entre los diferentes planos jurídicos ante un mismo hecho son múltiples. Véase, *e. gr.*, un comportamiento reprochable de un funcionario público que genera, por un lado, una sanción laboral y, por el otro, la correspondiente pena. También, como decíamos, el fallecimiento de uno de los miembros de un matrimonio realizado conforme al Derecho Canónico. Esta misma circunstancia genera la disolución de la unión tanto en la esfera civil como en la eclesiástica. Son dos planos diferenciados. Igualmente, este último supuesto generaría otras consecuencias jurídicas previstas en el plano civil, tales como la partición del caudal hereditario o la declaración de orfandad de los hijos. En esta línea, no cabría decir que la

---

<sup>126</sup> *Vid.* nota anterior.

<sup>127</sup> Véanse los ejemplos acertadamente aportados por HORTAL IBARRA en la nota *supra*.

<sup>128</sup> Cercano a nuestra postura, aunque con el matiz de que la responsabilidad civil no surge del delito, sino del hecho, por todos, QUINTERO OLIVARES, G., “La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil”, p. 38. A pesar de que, en el fondo, parecieran planteamientos análogos no podemos obviar que, desde nuestro punto de vista, la exposición del autor no presenta la suficiente sistematicidad como para identificarse totalmente con nuestra propuesta. No es que la responsabilidad civil se genere del hecho. La responsabilidad civil surge del ilícito civil, el cual es el supuesto de hecho que genera la responsabilidad civil. El hecho en sí, es decir, los acontecimientos estrictamente fácticos, se subsumirán en el mencionado supuesto de hecho, y si se verifican sus elementos, se generará responsabilidad civil. A nuestro modo de ver, la sistematicidad debe presentarse estrictamente en el siguiente orden: hechos, supuesto de hecho normativo y consecuencia jurídica. Más acertadas en este sentido nos resultan las aproximaciones realizadas en NAVAJAS LAPORTE, Á., “Algunas consideraciones”, n° 392, pp. 404-405 y 408 e *Id.*, “Algunas consideraciones”, n° 393, p. 493 y SILVA SÁNCHEZ, J. M., “¿Ex delicto?”, pp. 7-8, aunque sin identificarse plenamente con nuestra postura.

disolución del matrimonio canónico ha causado la declaración de orfandad de los hijos o la partición del caudal hereditario, sino más bien, que la muerte de uno de los cónyuges (*factum* – supuesto de hecho) conlleva la disolución del matrimonio en la esfera civil (consecuencia jurídica) y que, a su vez, esta disolución del matrimonio (supuesto de hecho) ha sido la causa directa de la partición del caudal hereditario (consecuencia jurídica), ubicadas en el mismo plano. Por lo expuesto, el punto de partida será el que se tome conforme a la norma jurídica que se tenga en cuenta, en nuestro caso, las relativas a la responsabilidad civil *ex delicto*. Ténganse en cuenta los matices referidos *infra* a la estructura de tal norma y que, procesalmente, la reconstrucción del *factum* para su subsunción en los supuestos de hecho se hará desde el punto de vista del Derecho penal, esto es, para encajarlos en las distintas categorías de la teoría del delito. En todo caso, lo que aquí se reclama es mayor rigor a la hora de analizar la responsabilidad civil *ex delicto*, partir de los hechos probados y estudiarlos desde el punto de vista del Derecho civil. A pesar de todo, se trata de una cuestión que se ve realmente perjudicada por dos puntos importantes. De un lado, la frecuente aproximación del penalista conforme a los postulados de la ciencia que estudia, más concretamente, su apego al principio de legalidad penal a la hora de estudiar Parte Especial y consecuencias jurídicas del delito, y, sobre todo, los problemas de redacción de los preceptos del Código Penal.

## 2.1. La confusa redacción de los preceptos del Código Penal.

Como bien puede ya intuirse, el nacimiento de la obligación civil *ex delicto* siempre ha sido una problemática especialmente controvertida. En este sentido, la aproximación doctrinal tradicional así como las normas especiales que se han venido conteniendo en los diferentes Códigos Penales históricos no han contribuido a su aclaración, sino más bien a todo lo contrario. Estudiemos a continuación algunos ejemplos normativos para constatar el nivel de confusión.

### A. Examen de las disposiciones normativas españolas

En primer lugar, ya el Código Penal de 1822 establecía una serie de cláusulas generales excesivamente abierta, con una redacción confusa y sin separar debidamente los caracteres de la institución:

*Art. 27 CP 1822: “Además de los autores, cómplices, auxiliares y receptadores de los delitos, las personas que están obligadas á responder de las acciones de otros serán responsables, cuando estos delincan ó cometan alguna culpa, de los resarcimientos, indemnizaciones, costas y penas pecuniarias que correspondan; pero esta responsabilidad será puramente civil, sin que en ningún caso se pueda proceder criminalmente por ella contra dichas personas responsables.”*

*Art. 93 CP 1822: “Tambien se debe imponer de mancomun á los reos cómplices, auxiliares y fautores, sin perjuicio de que se pueda gravar á unos mas que á otros, como queda espresado, el resarcimiento de todos los daños, y la indemnizacion de todos los perjuicios que hayan resultado del delito, asi contra la causa pública como contra los particulares; y lo que aquellos no puedan pagar lo satisfarán también de mancomun , con la misma circunstancia , los receptadores y encubridores. Del*

*propio modo se hará en todos los casos la restitucion libre de lo robado ó sustraído, y la reparacion de lo dañado, destruido ó alterado, siempre que se pueda verificar.”*

Como bien puede comprobarse, el legislador no terminaba de separar nítidamente la responsabilidad civil de la penal. Tampoco quedaba clara la delimitación entre la responsabilidad civil por hecho propio y la responsabilidad civil por hecho ajeno. Por el contrario, el legislador fundió las mencionadas categorías dentro de un mismo artículo, aunando los diferentes planos jurídicos y los dos supuestos de responsabilidad civil. No es de extrañar que esta fórmula fuera modificada en el siguiente Código Penal, adoptando una particular cláusula en 1848 que perduraría hasta el Código anterior al nuestro, durante casi 150 años. La fórmula empleada fue: “*Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente*”.<sup>129</sup> Si se examinan atentamente los contenidos de esta clásica disposición, se evidencian dos cosas de forma clara. Primero, que la estructura de la norma requiere de la previa declaración de responsabilidad penal, por lo que, como regla general, si no se es responsable penal, no se responde civilmente en vía punitiva.<sup>130</sup> Segundo, a juzgar por la literalidad, pareciera que cualquier declaración de responsabilidad penal llevase forzosamente aparejada la condena a la responsabilidad civil. Sin embargo, ya hemos podido comprobar cómo, en realidad, esto no es exactamente así y, de hecho, así lo demuestra el resto de los artículos sobre la responsabilidad civil *ex delicto* contenidos en cada uno de los Códigos Penales históricos, los cuales establecen numerosas excepciones a esta regla tan categórica. En lo que se refiere a la literalidad del mencionado precepto, es posible que se sea responsable civil sin ser responsable penal y también que se sea responsable penal sin ser responsable civil. Responsabilidad penal y responsabilidad civil pertenecen a planos jurídicos distintos y, consecuentemente, poseen supuestos de hecho, caracteres y criterios de imputación bien diferenciados. En lo que respecta a la superposición de ambos supuestos de hecho, también hemos referenciado que la creación de nuevos tipos penales en la actualidad se encuentra cada vez más alejada de la idea tradicional de daño civil. Por no hablar de que, como decíamos, es perfectamente posible que aquellos delitos que tradicionalmente se han considerado “generadores” de responsabilidad civil efectivamente no lo hagan y, por el contrario, también es posible que aquellos delitos más modernos, alejados de la idea de daño en su estricta ejecución, “generen” responsabilidad civil. Por tanto, lo cierto es que no todo delito o toda responsabilidad penal tiene por qué conllevar aparejada necesariamente responsabilidad civil ni, mucho menos, que se considere que haya delitos

---

<sup>129</sup> *Vid.*, art. 15 CP 1848, art. 18 CP 1870, art. 72 CP 1928 y art. 19 CP 1932, CP 1944, CP 1963, CP 1973. Críticamente sobre tal fórmula, GÓMEZ CALERO, J., “La responsabilidad civil derivada de acto ilícito penal”, n° 190-191, pp. 606-607, SILVA MELERO, V., “En torno a las consecuencias civiles del delito”, p. 1067, CÓRDOBA RODA, J., “Artículo 19”, pp. 959-960 y ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, pp. 648-649. Señalando que la unidad de responsabilidades civil y penal se trata de una “verdad a medias” RUIZ VADILLO, E., “Responsabilidad civil”, pp. 363-364 y SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., “La responsabilidad civil derivada de delito”, p. 95. Entre los civilistas, por todos, MONTÉS PENADÉS, V. L., “Artículo 109”, pp. 571-572. *Vid.* el interesante comentario de sentencia que, sobre la problemática, realiza DEL ROSAL FERNÁNDEZ, J., “Alcance de la relación facticia en la configuración de la responsabilidad penal y civil”, pp. 77-82.

<sup>130</sup> Así lo resaltaba ya GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código Penal de 187*, pp. 618-623.

que no tengan “asociada” responsabilidad civil forzosamente. Hay que examinar detenidamente los hechos.

Por lo expuesto, no es de extrañar que, después de tanto tiempo de imprecisión jurídica, el legislador de 1995 se decidiera a modificar el tenor literal de la norma, con mayor o menor grado de acierto. En la actual redacción del Código Penal, las reglas generales del nacimiento aparecen establecidas en los artículos 109.1 y 116.1 CPesp. Antes de pasar a analizarlos, conviene subrayar que, en el fondo, tales artículos prevén una serie de reglas generales del modelo que superan la cuestión del nacimiento, como los sujetos responsables y el contenido de la obligación. Sin embargo, en lo que respecta a tales cuestiones, éstas serán debidamente analizadas en los apartados correspondientes. Por el momento, únicamente nos centraremos en la cuestión del nacimiento. Veamos el contenido de tales artículos:

**Artículo 109.1 CPesp** *“La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados”*

**Artículo 116.1. CPesp** *“Toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios”*

Una lectura detenida de estos preceptos nos hará llegar a la conclusión de que ambos artículos se basan en presupuestos del nacimiento bien diferenciados. De un lado, el artículo 109.1 CPesp parte de *“la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito”*, para inmediatamente después señalar que *“obliga a reparar (...) los daños y perjuicios por él causados”*. La novedad más evidente que aporta este artículo es que parte, no ya de la declaración de responsabilidad penal, sino de la mera ejecución de un hecho delictivo.<sup>131</sup> En el fondo, se trata de una norma que parece adelantar considerablemente uno de los presupuestos generadores de la responsabilidad civil, ya que la ilicitud penal resulta un requisito que resultaría, en principio, más asequible y menos complejo que la declaración de responsabilidad penal. A todo ello se añade una remisión general a las leyes. En cualquier caso, no estamos, a nuestro juicio, ante la expresión legal más correcta para una primera aproximación a la problemática. Por varias razones. En primer lugar, a juzgar por la redacción del precepto, pareciera que es el delito el que causa el daño. Ya sabemos que esta cuestión no es exactamente así, debido a que el delito y el daño pertenecen a dos planos jurídicos distintos. En segundo lugar, no termina de quedar clara la separación entre el contenido de la obligación y el nacimiento de ésta. Es decir, considerando que el precepto señala que la ejecución del delito obliga a reparar los daños y perjuicios, no se termina de separar con precisión qué hecho suscita el nacimiento de la obligación frente a qué es a lo que se está obligado. En otras palabras, no se distingue con suficiente claridad entre el daño como causa eficiente de la obligación civil de la reparación íntegra del daño como contenido de esa obligación.<sup>132</sup> Ya que la problemática

---

<sup>131</sup> De esta opinión, QUINTERO OLIVARES, G., “Capítulo II – De las personas civilmente responsables”, p. 618 y ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., “Artículo 109”, p. 1362.

<sup>132</sup> Claramente diferenciadas ya en DORADO MONTERO voz “reparación del daño causado”, en ENCICLOPEDIA JURÍDICA ESPAÑOLA, p. 251 *“Hay, pues, según parece, que distinguir, al ocuparse*

del nacimiento viene diferenciada de la problemática del contenido o cumplimiento, entendemos que el legislador debería reflejar tal realidad de un modo mucho más explícito. En tercer lugar, como acentuaremos, resulta superflua la separación entre daños y perjuicios, ya que se trata de una división superada.<sup>133</sup> El punto de partida general para la responsabilidad civil es el daño. A todo ello, en cuarto lugar, habría que sumarle el hecho de que, según el Código Penal, la reparación no es sino una de las tres instituciones que componen la responsabilidad civil *ex delicto*, por lo que, incluso partiendo del contenido propio de ésta (y aun aceptándolo), se trata de una indicación incompleta. Recordemos que la restitución y la indemnización también forman parte del contenido de la obligación civil *ex delicto*. Quizás sea una observación mínima, vista la generalidad del concepto “reparación”, pero nos resulta más apropiado hacer referencia a la obligación civil en sentido amplio. En quinto lugar, debe matizarse que no es necesario haber ejecutado el hecho en sentido estricto, ya que cabe apreciar el nacimiento también en supuestos de tentativa. De hecho, es posible que sea responsable civil un tercero que no haya ejecutado el hecho en sí. Quizás esta última apreciación sea más una indicación hermenéutica que una crítica a la fórmula empleada por el legislador, pero en cualquier caso, a nuestro modo de ver, el importante matiz no termina de reflejarse debidamente en el contenido literal del precepto, pudiendo conducir a importantes equívocos. Finalmente, también quisiéramos detenernos en la expresión “*en los términos previstos en las leyes*” empleada en el artículo, la cual nos resulta un tanto redundante. En el fondo, ¿se trata de una remisión a las normas del Código Civil? ¿o al resto de normas especiales del Código Penal? ¿quizás a la totalidad de las normas del Derecho de daños? Es decir, ¿a qué leyes se está refiriendo exactamente? Todo ello sin hablar del significado en sí de la expresión. ¿Se está señalando que la obligación surgirá de acuerdo con las normas propias de la responsabilidad civil? ¿o más bien que la reparación debe materializarse, en lo que respecta al contenido y al cumplimiento, conforme a las leyes civiles? ¿quizás ambas? Entendemos que se trata de una adición que no aporta ningún matiz importante y, por tanto, resulta prescindible.

Por otro lado, el artículo 116.1 CPesp no parte del postulado de la ejecución de un hecho delictivo, sino de la previa declaración de responsabilidad criminal. Con este punto de partida, añade que, además de la responsabilidad penal ya atribuida, el sujeto será responsable civil si del hecho se derivan daños o perjuicios. Hay aquí una aproximación diferente. No hay una declaración universal en cuanto a la ejecución de “*un hecho descrito por la ley como delito*”, sino que se parte del responsable penal. Igualmente, ya no es el delito el que causa el daño, sino que es del hecho de donde se tienen que extraer los daños. El origen de la responsabilidad civil, a tenor de la literalidad del precepto, es el daño que

---

*de la reparación, entre estos dos aspectos: por un lado, el del origen o causa del mal reparable; por otro lado, el de la reparación misma o remedio de ese mal, especie y cuantía de ella, modo de verificarla y a quien incumben las respectivas obligaciones”.*

<sup>133</sup> Por todos, DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, p. 278, “*En el momento actual y en el actual estado de doctrina y jurisprudencia, no presenta ninguna especialidad la distinción que en el Código penal parece subsistir entre reparación de los daños e indemnización de los perjuicios*”. Similarmente, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, pp. 78-79, MONTÉS PENADÉS, V. L., “Artículo 110”, pp. 586-587 y CAVANILLAS MÚGICA, S., “Efectos de la responsabilidad civil *ex delicto*: reparación del daño”, pp. 55-56.



produce una persona criminalmente responsable. Al respecto, la doctrina ha entendido que resulta un artículo mucho más apropiado que el primero, ya que, de acuerdo con el punto de vista que hemos expresado, resulta más razonable partir del hecho que del delito.<sup>134</sup> Sin embargo, lo cierto es que el artículo sigue presentando graves incorrecciones en el planteamiento desde nuestro punto de vista. La más evidente de todas ellas es que continúa empleando la misma fórmula legal que los Códigos Penales anteriores, lo cual resulta sumamente criticable. La responsabilidad penal no es, en puridad, presupuesto o requisito de la responsabilidad civil, como ya hemos visto. De la misma forma, exigir el requisito de la responsabilidad penal para proceder a valorar la responsabilidad civil resulta mucho más complejo que exigir únicamente el ilícito penal. Se trata de un requisito que, como decíamos y sin perjuicio de las correspondientes excepciones, podría llegar a afectar el enjuiciamiento de los hechos para poder concederle responsabilidad civil a los perjudicados.<sup>135</sup> Por no hablar de las reglas respecto a la culpabilidad penal y la punibilidad, que no son civilmente relevantes para el nacimiento de la obligación privada. Asimismo, también resulta criticable el hecho de que el artículo sigue haciendo referencia a la anticuada distinción entre el daño y el perjuicio.

En todo caso, es conveniente que ubiquemos sistemáticamente cada uno de los preceptos mencionados. El primero de ellos, el artículo 109.1 CPesp se ubica en el Capítulo I “De la responsabilidad civil y su extensión”, mientras que el segundo, el artículo 116.1 CPesp se encuentra en el Capítulo II “De las personas civilmente responsables”. El sentido del primer Capítulo no es tanto indicar la *causa efficiens* de la obligación, sino más bien determinar el contenido de ésta, el cual, como ya hemos apuntado y desarrollaremos, difiere del contenido propio de la responsabilidad civil “pura”. De otra parte, el Capítulo II se centra en identificar a las personas que serán responsables civiles, por lo que tampoco pretende indicar normativamente el nacimiento de la obligación. Al respecto, hacemos esta mención debido a que quizás podría pensarse que estamos exigiendo demasiada concreción a unos preceptos tan generalistas ubicados en Capítulos distintos del Título V del Libro I CPesp. A pesar de que es más que probable que los mencionados artículos (y Capítulos) no tengan la finalidad de resolverla, lo cierto es que son las únicas disposiciones del Código Penal que hacen referencia a esta compleja problemática y, además, hacen mención a ella de una forma incorrecta. Es cierto que cuando nace la obligación, nace por una causa eficiente que la genera, nace para una (o varias) persona(s) concreta(s) y nace un contenido obligatorio. La cuestión del nacimiento, el obligado y el contenido de la obligación son materias íntimamente relacionadas e incluso correspondientes, pero no debe perderse de vista que son diferentes problemáticas dentro del amplio tópic que supone la responsabilidad civil *ex delicto*. Por tanto, las problemáticas contenidas en el triángulo nacimiento, contenido y responsables deben

---

<sup>134</sup> Por todos, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho penal*, pp. 153-154. Sin embargo, críticamente, *cf.* CARRILLO VINADER, F. J., “Artículo 116”, p. 387 quien indica que el precepto refunde los anteriores artículos 19, 106 y 107 CP 1973.

<sup>135</sup> Críticamente sobre el requisito de “ser criminalmente responsable”, por todos, GRACIA MARTÍN, L., “Introducción al sistema de las consecuencias jurídicas del delito”, pp. 39-40.

delimitarse con precisión y, por el momento, resaltaremos que la primera de las cuestiones no ha sido satisfactoriamente abordada por el Código Penal.

Como advertíamos, lo cierto es que los artículos 109.1 y 116.1 CPesp han sido deficientemente redactados. Ambos parecen indicar presupuestos incorrectos y toman puntos de partida diferenciados según la propia literalidad. No son una fuente idónea para la correcta aproximación a la problemática del nacimiento. En este sentido, la doctrina más atenta ha venido considerando que la redacción del artículo 100 LECRIM resulta mucho más apropiada que la del Código Penal.<sup>136</sup> Asimismo, debemos resaltar que el referido precepto no se ha modificado desde su aprobación y, por tanto, ha permanecido invariable desde la sanción de la LECRIM en 1882. Su contenido es el siguiente:

*“De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible”*

Como puede comprobarse, el artículo 100 LECRIM refleja con propiedad el hecho de que las acciones civiles y penales no coinciden en sus presupuestos materiales y, por tanto, declara que una no implica necesariamente la otra. No menciona la previa declaración de responsabilidad penal, lo cual es, sin duda, un acierto. Sin embargo, nuevamente, nos encontramos ante un precepto que no nos resulta completamente acertado desde el punto de vista técnico, ya que no indica nada más allá de la propia independencia de las acciones. Omite por completo la referencia a la causa eficiente, sigue distinguiendo entre reparación e indemnización y parece, nuevamente, que es el hecho punible el que causa el daño o el perjuicio. Por tanto, nos encontramos, nuevamente, ante una fórmula legal que no resulta del todo apropiada.

#### B. Una breve referencia a la normativa italiana

En el caso de Italia, la cuestión del nacimiento del *risarcimento del danno da reato*, tampoco se ha tratado normativamente de una forma incontestable. Bien es cierto que, teniendo en cuenta la fórmula tradicional de reenvío al Código Civil, la cuestión ha merecido, quizás, menos críticas, ya que se conocen (o se deberían conocer) con mayor rigor los presupuestos generadores de la responsabilidad civil. Sin embargo, también encontramos una deficiente redacción en los artículos correspondientes de este ordenamiento. El ya citado artículo 37 del Código Zanardelli, declaraba, recordemos:

**Artículo 37.** *“La condanna penale non pregiudica il diritto dell'offeso o danneggiato alle restituzioni e al risarcimento dei danni.”*

En este sentido, quizás nos encontremos ante el artículo más respetuoso con los postulados civilistas. Ciertamente, no establece ninguna incorrección técnica. Y éste es

---

<sup>136</sup> Por ejemplo, respecto a los Códigos Penales anteriores, REYES MONTERREAL, *Acción y responsabilidad civil*, pp. 34-35, GÓMEZ CALERO, J., “La responsabilidad civil derivada de acto ilícito penal”, n° 190-191, pp. 606-607 OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Sobre el concepto de Derecho penal*, p. 65 y MORILLAS CUEVA, L., *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, p. 143. Respecto al Código Penal actual, LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, pp. 149-150 y GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho penal*, pp. 153-154.

precisamente su mayor defecto, la ausencia de una delimitación de los presupuestos mínimos en uno y otro caso. Según la literalidad del precepto, se parte de la condena penal, es decir, de la declaración de responsabilidad penal, pero se obvia toda referencia a los presupuestos del nacimiento de la *restituzione* o del *risarcimento*. Al respecto, la crítica principal a tal fórmula es que si se parte de la condena penal, se corre el riesgo de forzar la declaración de responsabilidad penal para estimar la responsabilidad civil, especialmente en aquellos casos en los que se hayan causado graves daños. De otra parte, también creemos que no estaría de más una referencia más explícita del reenvío a la ley civil. Posteriormente, el Código Rocco establecería, en su artículo 185, las siguientes prescripciones:

**Art. 185. (Restituzioni e risarcimento del danno)**

*“Ogni reato obbliga alle restituzioni, a norma delle leggi civili.*

*Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui.”*

Nuevamente, nos encontramos frente a un artículo que diferencia los dos contenidos del modelo y que hace una breve mención a la problemática del responsable, partiendo de la noción del *colpevole*, que, como podrá comprenderse, nos resulta criticable y que desarrollaremos *infra*. No obstante, de nuevo, nos centraremos únicamente en el nacimiento. Pues bien, si se examina la literalidad del precepto, el citado artículo también parece atribuir al delito el hecho de ser la fuente de la obligación civil en los dos supuestos. Craso error. El delito, por sí solo, no es origen de ninguna obligación civil.<sup>137</sup> Resulta además preocupante, como decíamos, la referencia al culpable, ya que, de alguna manera, si se menciona el delito y el culpable, pareciera indicarse, al menos indirectamente, la necesidad de la previa declaración de responsabilidad penal. No obstante, ¿sería necesaria la punibilidad para entrar a valorar la responsabilidad civil o no? En todo caso, a pesar de esta desacertada declaración, se realiza un explícito reenvío a las normas civiles. Este hecho, quizás insignificante, podría aportar un apropiado marco jurídico sobre el que iniciar la aproximación a la problemática del nacimiento. De alguna forma, también pudiera ayudar a solucionar el erróneo enfoque del delito y del culpable como punto de partida, ya que, de acuerdo con las normas civiles, ni uno ni otro son fuente de la obligación privada. En cualquier caso, nos resulta evidente que el legislador italiano no ha realizado una aproximación mucho más acertada a la cuestión del nacimiento, por lo que hay que interpretar el citado artículo con especial cautela.

Por lo expuesto, debemos concluir que la literalidad de los artículos del Código Penal español e italiano, incluida la LECRIM, no son un correcto punto de partida para el análisis de la responsabilidad civil *ex delicto* o *risarcimento del danno da reato*. A pesar de ello, lo cierto es que el penalista tiende a tomar los referidos artículos en especial consideración a la hora de analizar la materia, como puede comprobarse en multitud de

---

<sup>137</sup> Críticamente, por todos, sobre la declaración prevista en el artículo 185 CPita acerca del delito como fuente de la obligación civil ZENO-ZENCOVICH, V., *La responsabilità civile da reato*, p. 29. En España, por todos, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, p. 30.

obras clásicas y, todavía, en algunas más recientes. El estudioso del Derecho penal es perfectamente conocedor de su íntima vinculación con el principio de legalidad y, por tanto, suele limitarse a interpretar el contenido literal de los preceptos contenidos en la norma, sobre todo a la hora de examinar las disposiciones de Parte Especial, consecuencias jurídicas del delito y Derecho penitenciario. Sin embargo, lo cierto es que, como ya sabemos, la responsabilidad civil *ex delicto* no es una materia penal, sino una materia del Derecho civil, por lo que la metodología, planteamientos y aproximaciones propios de nuestra rama del Derecho resultan infructíferos.

## 2.2. La estructura de la norma jurídica y la incorrección del nomen iuris

Teniendo en cuenta que la literalidad de los artículos del Código Penal no son un adecuado punto de partida, es necesario buscar soluciones jurídicas que ayuden a resolver la problemática del nacimiento. Desde nuestro punto de vista, únicamente existen dos posibles soluciones al respecto: o bien recurrir a la hermenéutica o bien modificar los mencionados preceptos. Por el momento, centrémonos en la primera.

Por su parte, la Filosofía del Derecho ha diferenciado entre el texto normativo y la norma jurídica.<sup>138</sup> De un lado, la norma jurídica es la proposición prescriptiva que motiva e influye en los comportamientos sociales, apoyándose en pautas de valoración y descripción del supuesto de hecho y de sus consecuencias jurídicas. Es decir, la norma jurídica es la expresión de la prescripción impuesta. Por otro lado, el texto normativo es el signo externo en el que se manifiesta tal prescripción. En un lenguaje más asequible diríamos que el texto normativo es el formato y la norma jurídica es el contenido. En este sentido debemos resaltar que ambas nociones son complementarias, ya que el contenido depende del formato y el formato sin contenido se encontraría vacío. El texto normativo materializa y la norma jurídica otorga sustantividad. Asimismo, debe declararse que texto y norma no tienen por qué coincidir siempre. El Derecho en abstracto no tiene por qué materializarse siempre en formas de positivación textual y las normas jurídicas pueden expresarse en varios textos o disposiciones no necesariamente consecutivos.

En este sentido, creemos de vital importancia tener muy presente tal diferenciación porque, tal y como hemos examinado, en este caso concreto, la norma jurídica del nacimiento de la responsabilidad civil *ex delicto* no se encuentra debidamente recogida en el texto normativo. Prueba de ello es la concurrencia de tres artículos que se encuentran en vigor y que presentan unos contenidos, unos planteamientos y unas aproximaciones totalmente diferentes. Igualmente, lo cierto es que la experiencia comparada con Italia tampoco resulta muy fructífera, ya que también resulta confuso su texto normativo. En este orden de cosas, teniendo en cuenta la diversidad de preceptos y de aproximaciones, consideramos que la resolución más satisfactoria resulta de una puesta en común entre los conocimientos dogmáticos civilistas y una lectura sistemática de los preceptos del Código Penal y la LECRIM. En primer lugar, nos resulta evidente que no se puede tutelar única y exclusivamente el ilícito civil, por los motivos expuestos *supra*. Tal hecho

---

<sup>138</sup> Por todos, SORIANO DÍAZ, R., *Compendio*, p. 77.

supondría una excesiva privatización del proceso penal. No en vano, el punto de partida del legislador penal en todos los artículos reguladores de la problemática de la responsabilidad civil *ex delicto* es siempre, precisamente, el delito. En consecuencia, y bien nos resulta razonable, se exige la concurrencia formal de un delito como requisito previo para entrar a analizar los presupuestos de la responsabilidad civil. Así lo demuestra la primera parte de los artículos 109.1 CPesp y 100 LECRIM, respectivamente, “*La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito*” y “*De todo delito*”. También el propio artículo 185 CPita “*Ogni reato*”. Como decíamos, no es necesaria la responsabilidad penal, sino, simplemente, que el comportamiento del sujeto encaje en el tipo objetivo de un delito y se trate, con las correspondientes excepciones, de un supuesto antijurídico.<sup>139</sup> En estos casos, una vez que sea analizado el supuesto desde la óptica del Derecho penal puede pasarse a analizar los presupuestos generadores de la responsabilidad civil.

Pero ¿qué ocurre con la antijuricidad? Antes que nada, es importante tener presente la compleja problemática sobre la antijuricidad en la responsabilidad civil en el ordenamiento español, examinada *supra*. En este sentido, y de acuerdo con nuestro punto de vista sobre la cuestión, entendemos que la antijuricidad es un elemento de la responsabilidad civil y que éste se encuentra ubicado dentro del concepto del daño. No obstante, si la antijuricidad es elemento de la responsabilidad civil ¿cómo es posible que surja responsabilidad civil en supuestos en los que concurren causas de justificación como el estado de necesidad (arts. 118.1 3º CPesp y 2045 CCita) y la legítima defensa (art. 2045 CCita)? Desde nuestro punto de vista, estamos ante una de las preguntas más complejas en lo que se refiere a la responsabilidad civil. El estado de la ciencia en España no permite una resolución incuestionable debido a la ausencia de un óptimo tratamiento normativo y doctrinal. Sin embargo, pasaremos a exponer nuestro modesto punto de vista. En primer lugar, vistas las ausencias normativas y doctrinales, creemos que resulta razonable tomar en especial consideración la experiencia comparada. Aunque lo más razonable resultaría examinar las disposiciones del Código Civil francés, lo cierto es que tal texto normativo no hace referencia alguna a la antijuricidad.<sup>140</sup> Quizás éste sea un buen argumento para rechazar este requisito como elemento de la responsabilidad civil, ya que si el ordenamiento que sirve de referencia no aporta contenidos en este sentido, sería, precisamente, porque la antijuricidad no es elemento de la responsabilidad civil. Sin embargo, todos los ordenamientos que se han nutrido del sistema francés no han evolucionado en el mismo sentido.

Por el contrario, el ordenamiento italiano es, sin duda, uno de aquellos que resulta más apropiado para hacer la comparación, por razones de sincronía histórica, jurídica y

---

<sup>139</sup> De esta opinión, SILVA SÁNCHEZ, J. M., “¿Ex delicto?”, p. 7. Parece compartir este punto de vista QUINTERO OLIVARES, G., “La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil”, p. 39. También en esta línea, MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 464 aunque no hace referencia a la antijuricidad.

<sup>140</sup> También lo pone de manifiesto GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., “La antijuricidad como requisito de la responsabilidad civil”, p. 1505.

cultural. De acuerdo con sus normas, la responsabilidad civil (*rectius, indennità cfr. risarcimento*) que surge en estos casos es potestativa. Se otorga al juez la posibilidad de otorgarla discrecionalmente conforme a la equidad, veáanse los artículos 2044 CCita en relación con el 55 CPita en materia de legítima defensa y el artículo 2045 CCita para el estado de necesidad. Esta responsabilidad civil no sólo es potestativa, sino, como decimos, se realiza conforme a criterios de equidad. En este sentido, y en contraste con los contenidos más básicos de la responsabilidad civil, si no es obligatoria, sino potestativa, y si no se valora conforme al criterio del daño, sino de acuerdo con la equidad (o, peor aún, conforme a la causalidad hipotética como señala el art. 118.13° CPesp), ¿estamos realmente ante un supuesto de responsabilidad civil si el contenido más básico de ésta es obligar a reparar íntegramente el daño causado? No en vano, el legislador italiano ha decidido, entendemos que con buen criterio, otorgar un *nomen iuris* diferenciado en uno y otro supuesto. Recuérdese *risarcimento*, para la responsabilidad civil *lato sensu*, e *inndennità*, para esta situación configuradora de una suerte de compensación de algún tipo sometida a la equidad. En consecuencia, aunque surja una pretendida “responsabilidad civil”, ésta no surge conforme a los fundamentos y finalidades más básicos de ésta, lo cual nos lleva, entendemos legítimamente, a dudar de su correcta ubicación dentro de tal institución. En todo caso, queremos acentuar que los argumentos que aquí esgrimimos a favor de la antijuricidad de la responsabilidad civil no son únicamente la referencia a la experiencia comparada en Italia sino también de tipo sistemático, en base su carácter potestativo y su fundamento en la equidad. Todo ello, por un lado, acentuando la deficiente regulación española en esta materia y, por otro, a pesar de que el artículo 118.13° CPesp mencione a los “responsables civiles directos”.

Igualmente, esta misma fórmula es empleada por el legislador cuando relaciona los requisitos para imponer una medida de seguridad. La similitud puede apreciarse claramente en el caso de la legislación española, quizás no con tanta homogeneidad en el caso de Italia:

**Artículo 109.1 CPesp** “*La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados*”

**Artículo 6.1 CPesp** “*Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito.*”

**Artículo 95. 1 CPesp.** *Las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el capítulo siguiente de este Código, siempre que concurren estas circunstancias:*

*1.ª Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito.*

**Art. 185. (Restituzioni e risarcimento del danno)**

*Ogni reato obbliga alle restituzioni, a norma delle leggi civili.*

*Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui.*

**Art. 202. (Applicabilita' delle misure di sicurezza)**

*Le misure di sicurezza possono essere applicate soltanto alle persone socialmente pericolose, che abbiano commesso un fatto preveduto dalla legge come reato.*

Al respecto, nos resulta evidente que no se exige responsabilidad penal en estos casos, ya que, de acuerdo con las características generales de estas últimas normas, es posible que el sujeto sea penalmente inimputable y que, por tanto, no responda penalmente. Aun así, la imposición de una medida de seguridad parece condicionarse, entre otras cosas, a la previa ejecución de un ilícito penal. Tanto en el caso de la medida de seguridad como en la responsabilidad civil *ex delicto*, quizás el legislador penal exija la previa concurrencia del ilícito penal para poder justificar la suficiente relevancia social del hecho como para acudir a la vía punitiva desencadenando, de acuerdo con sus correspondientes fundamentos y objetivos, una u otra consecuencia jurídica. En cualquier caso, lo que nos resulta evidente es que el legislador emplea en el aspecto técnico, al menos en el caso de España, la misma cláusula legal.

En este sentido, podemos concluir provisionalmente que la responsabilidad civil *ex delicto* exige, en primer lugar, la constatación de un ilícito penal. A partir de aquí, deberán analizarse nuevamente los hechos para comprobar si, conforme a las normas del Derecho privado, puede surgir responsabilidad civil (o, como veíamos, la prestación compensatoria basada en la equidad). Este requisito se extrae tanto de la segunda parte del artículo 116.1 CPesp “*si del hecho se derivaren daños o perjuicios*” como del artículo 185 CPita “*Ogni reato (...) obbliga (...) a norma delle leggi civili*”. En todo caso, y aunque iremos desarrollando este planteamiento con más detalle, lo ideal sería fusionar los contenidos previstos en uno y otro artículo para así tener correctamente positivizados en el *texto normativo* – de acuerdo con la citada terminología propia de la Filosofía del Derecho, los dos requisitos previstos por la *norma jurídica* para el nacimiento de la responsabilidad civil *ex delicto*. La multiplicidad de postulados en este sentido es, sin duda, un problema que deberá afrontar el legislador para el correcto entendimiento de esta problemática.

Por otra parte, respecto al análisis de los hechos desde el punto de vista del Derecho civil, no es necesario que el daño sea elemento “típico” del delito.<sup>141</sup> De igual forma, no se requiere la constatación de la culpabilidad penal, ya que, de acuerdo con los artículos 118.1 1ª CPesp y 2047 CCita basta con la capacidad civil.<sup>142</sup> Tampoco se precisa estimar

---

<sup>141</sup> GRACIA MARTÍN, L., “Introducción al sistema de las consecuencias jurídicas del delito”, p. 39 y SILVA SÁNCHEZ, J. M., “¿Ex delicto?”, p. 3.

<sup>142</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., “¿Ex delicto?”, pp. 6-7. Este artículo 118.1 1ª CPesp ha sido recientemente reformado por la Ley 8/2021, aunque hubo numerosos problemas interpretativos. La referencia a los “imputables” fue especialmente polémica. *Vid.*, al respecto, PANTALEÓN DÍAZ, M., “La enigmática regla 1ª del artículo 118.1 del Código Penal”, pp. 11-15

la concurrencia de punibilidad penal.<sup>143</sup> Finalmente, como hemos tenido ocasión de señalar *supra*, es completamente irrelevante la declaración de responsabilidad penal, baste mirar los propios artículos del Código Penal español. De esta forma, como también hemos tenido oportunidad de referir anteriormente, lo que realiza el legislador es simplificar la cuestión aplicando una regla silogística *a maiori ad minus* o *a fortiori*, entendiendo que, comprobada la existencia de un ilícito penal, con más razón debería existir un ilícito civil.<sup>144</sup> No obstante, como ya sabemos, esto no es siempre así. No es que la responsabilidad civil *ex delicto* surja del ilícito penal en sentido formal, sino que éste se constituye normativamente como un requisito *sine qua non* para entrar a valorar si cabe atribuir la responsabilidad civil a un sujeto después de haber analizado los hechos desde el prisma del Derecho penal. Es éste, como veíamos, uno de los caracteres que distinguen la obligación *ex delicto* de la obligación civil “pura”. En todo caso, siempre quedará la vía civil para tutelar los ilícitos civiles. El requisito normativo previo de la apreciación formal de un delito no es más que una unión artificial entre el delito y los requisitos del ilícito civil. El daño, elemento central del ilícito civil, no se asocia al delito más que de forma ficticia, pues pertenecen a planos jurídicos distintos. En consecuencia, lo cierto es que, de acuerdo con la doctrina, debemos resaltar la incorrección del *nomen iuris*, pues no es ya que no surja del delito, sino que, de conformidad con los planos jurídicos en rigor técnico, no puede siquiera llegar a surgir de él. De acuerdo con amplios sectores de la doctrina, la responsabilidad civil *ex delicto* no surge del delito, sino del ilícito civil, que se integra, ante todo, por la idea del daño.<sup>145</sup> No obstante, lo cierto es que la norma añade el previo requisito *sine qua non* del ilícito penal, por lo que en realidad, si únicamente se aprecia el ilícito civil no surgirá responsabilidad civil *ex delicto*. Tampoco si sólo se aprecia el ilícito penal. *Ergo*, la estructura de la norma en su supuesto de hecho exige la concurrencia conjunta de ilícito penal e ilícito civil.

Nos resulta esencial en este punto acentuar la importancia de los planos jurídicos, ya que, con frecuencia, se tiende a hacer depender o vincular el daño a la constatación previa del ilícito penal, ya sea de forma voluntaria o de forma inconsciente. Consecuencialidad o

---

<sup>143</sup> Ya en SILVA MELERO, V., “Analogías y diferencias entre la ilicitud civil y penal”, pp. 441-442. Más recientemente, SILVA SÁNCHEZ, J. M., “¿Ex delicto?”, p. 6, citando expresamente jurisprudencia sobre la circunstancia del parentesco en delitos patrimoniales sin violencia ni intimidación.

<sup>144</sup> De esta opinión, MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, pp. 456-457 y ZENO-ZENCOVICH, V., *La responsabilità civile da reato*, pp. 134-135. También RAMÓN RIBAS, E., “La responsabilidad civil derivada de delito”, p. 80, estimando que declarar la existencia de un ilícito civil resulta más sencillo que considerar cometido un ilícito penal.

<sup>145</sup> En este sentido, por todos ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, pp. 648-649, SANTA CECILIA GARCÍA, F., “La responsabilidad civil ‘ex delicto’”, p. 1017, ROIG TORRES, M., *La reparación del daño*, pp. 95-96 y 128, QUINTERO OLIVARES, G., “La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil”, p. 38, RAMÓN RIBAS, E., “La responsabilidad civil derivada de delito”, pp. 76-77, MAGALDI PATERNOSTRO, M.<sup>a</sup> J., “Artículo 109”, p. 873, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho penal*, pp. 158-159, anteriormente en *Id.*, “La responsabilidad civil derivada de delito y su controvertida naturaleza”, p. 246, MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, pp. 456-457, GÓMEZ RIVERO, M.<sup>a</sup> C., “La responsabilidad civil derivada del delito”, p. 553, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., “Artículo 109”, p. 364, MÚRTULA LAFUENTE, V., “Artículo 110”, p. 234 y PASTOR ÁLVAREZ, M.<sup>a</sup> del C., “Artículo 118.2”, pp. 506-507. Entre los civilistas, por todos, PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Perseverare diabolicum”, *passim*, DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, p. 275 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, pp. 73-80.



simultaneidad no quiere decir causalidad, ni mucho menos causalidad jurídica. Es decir, de un lado, que se exija el ilícito penal como requisito previo al examen de los presupuestos del ilícito civil, no quiere decir que el delito “cause” el daño. En los estudios de lógica, tal razonamiento recibe el nombre de falacia *post hoc ergo propter hoc*. Es decir, que cuando la circunstancia A acontece primero y, después, se constata la circunstancia B, no quiere decir necesariamente que A haya sido el presupuesto causal necesario e ineludible de B, sino, sencillamente, que primero ha ocurrido A y posteriormente B. Del mismo modo, apreciar conjuntamente en sede penal el delito y la responsabilidad civil no quiere decir que ambas realidades estén causalmente conectadas entre sí. Ya hemos visto que hay supuestos en los que hay delito pero no hay responsabilidad civil. Igualmente, ya de una simple ojeada a los preceptos del Código Penal se puede comprobar cómo no hay una relación de causalidad directa entre una y otra responsabilidad. Los planos jurídicos no están causalmente relacionados entre sí. Lo único que tienen en común es que parten del mismo sustrato fáctico que se integra en los respectivos supuestos de hecho de sus correspondientes normas jurídicas. Nada más y nada menos. Si, por el contrario, se piensa que la apreciación conjunta del delito y de la responsabilidad civil en el mismo proceso equivale a señalar su relación causal, en el sentido de que uno generaría a la otra, nuevamente nos encontraríamos ante un sofisma. Concretamente, esta falacia se ha identificado con el nombre de *cum hoc ergo propter hoc*.

Por nuestra parte, creemos que la explicación más razonable resulta, por un lado, del reconocimiento de las tres fases del proceso de razonamiento jurídico (*factum*, supuesto de hecho y consecuencia jurídica) y, por otro, de la rigurosa separación entre los dos planos jurídicos, civil y penal. En lo que se refiere a la estructura de la norma de responsabilidad civil *ex delicto*, su supuesto de hecho se compone de ilícito penal e ilícito civil. Igualmente, podemos concluir que no hay una responsabilidad civil estrictamente “derivada de delito”, sino una responsabilidad civil *ex illicita* o *ex illicitis* entendiéndose ambos ilícitos respectivamente como penal y civil. En todo caso, el ilícito penal es un requisito normativo previo que se encuentra en otro plano jurídico y, por lo tanto, no es configurador del nacimiento en un sentido jurídico estricto. Tampoco el ilícito civil es configurador del nacimiento por sí solo desde el exclusivo punto de vista de la estructura de la norma *ex delicto*. Es necesaria su apreciación conjunta. La vinculación entre el delito y el daño es una relación aparente y artificial. Al respecto, quizás sería más razonable rechazar la tradicional terminología y reemplazarla por alguna de estas dos. Finalmente, como decíamos, creemos oportuno seguir refiriéndonos a la institución como *ex delicto*, al menos en este trabajo, por respeto a la nomenclatura tradicional, para no confundir al lector (y/o potenciales lectores) y para diferenciarla del modelo previsto en el Código Civil.

### 2.3. Primeras consecuencias de nuestro planteamiento. La estricta vinculación de los presupuestos del nacimiento con el *factum* y la relativa autonomía de los presupuestos generadores de la responsabilidad civil *ex delicto* frente al supuesto de hecho de la responsabilidad penal

Considerando nuestro punto de vista sobre la problemática del nacimiento, se aprecian dos claras consecuencias. La primera de ellas no es otra que la necesidad de limitar el análisis del ilícito civil a los hechos subsumibles en el ilícito penal. Es decir, que los presupuestos del nacimiento de la responsabilidad civil *ex delicto* tendrán que ubicarse, necesariamente, en los hechos constitutivos de delito, por lo que no se podrán reclamar aquellos daños causados con anterioridad o con posterioridad (*rectius*, no vinculados causalmente) a los hechos que son objeto del proceso penal.<sup>146</sup> Al respecto, veíamos *supra* cómo ZENO-ZENCOVICH puso de manifiesto una variación del área del daño resarcible entre la responsabilidad civil “pura” y la responsabilidad civil *ex delicto*, contrastando la amplitud del artículo 2043 CCita con la individualización penal del interés lesionado en el artículo 185 CPita.<sup>147</sup> Es oportuno matizar ahora la aproximación de este autor, en el sentido de que es cierto que una y otra responsabilidad civil poseen “áreas resarcibles” bien diferenciadas debido al límite que establecen las propias estructuras de las normas. Sin embargo, lo cierto es que no hay una “individualización penal”, ya que, por un lado, ambas normas son civiles, y por otro la individualización es más bien fáctica, no penal, pues pertenece a la fase de reconstrucción de los hechos que posteriormente se subsumirán, primeramente, en el ilícito penal. Así, teniendo en cuenta la partición de los planos jurídicos y sus funciones, el interés civil no tiene por qué coincidir (ni coincide) con el interés penal. A pesar de que la responsabilidad civil *ex delicto* se encuentra directa y causalmente vinculada por los hechos constitutivos del ilícito penal, lo cierto es que ésta se analizará conforme a los criterios de imputación y atribuibilidad propios de este sistema privado, por lo que se torna necesario discriminar con propiedad ambos sistemas. Esta argumentación puede trasladarse también a la identificación del delito como “fundamento remoto” de la responsabilidad civil que refería GÓMEZ CALERO.<sup>148</sup> Únicamente cambia la estructura de la norma respecto a una y otra responsabilidad civil, lo cual influye en el área resarcible, pero ello no implica que ambos planos deben tener más relación que constituir conjuntamente el supuesto de hecho generador de la responsabilidad civil *ex delicto*. Por el momento, baste señalar que, como hemos visto, el “área resarcible” de los artículos 2043 CCita y 1902 CCesp resultan mucho más amplia que la de los artículos 185 CPita y 109 CPesp, ya que no se deben vincular previamente al ilícito penal, por lo que cabría, en principio, más contenido resarcitorio en aquellos supuestos tutelados a través de los dos primeros artículos.

La segunda de ellas viene referida al debate acerca de la autonomía o accesoriedad de la responsabilidad civil respecto a la responsabilidad penal. A la luz de la nueva técnica legislativa empleada por el legislador en 1995, quizás se trate un debate trasnochado, en

---

<sup>146</sup> También en esta línea de interpretación restrictiva de la causalidad, CÓRDOBA RODA, J., “Artículo 19”, pp. 954-956.

<sup>147</sup> ZENO-ZENCOVICH, V., *La responsabilità civile da reato*, pp. 32-34.

<sup>148</sup> GÓMEZ CALERO, J., “La responsabilidad civil derivada de acto ilícito penal”, n° 192, pp. 781-782.

el sentido de que ya no se parte de la responsabilidad penal, sino de la “*ejecución de un hecho descrito en la ley como delito*”. Sin embargo, bien nos puede servir para reafirmarnos en nuestra posición. Así pues, tal debate es una cuestión a la que autores como MORILLAS CUEVA dedicaron un apartado en sus obras. Señalaba este autor que la doctrina se encontraba dividida entre quienes entendían que se estaba ante una responsabilidad derivada de la penal y en consecuencia accesoria y subsidiaria de ésta y aquellos que se afirmaban partidarios de una autonomía de la responsabilidad civil derivada de delito.<sup>149</sup> Desde su punto de vista, ambas posiciones no eran tan distantes como se pudiera pensar, ya que, de acuerdo con el Código Penal anterior, “*existe una cierta accesoriadad de la responsabilidad civil derivada del delito (...) con la penal desde el punto de vista de la economía procesal y de la ubicación sistemática*” y, por otro lado, hay una “*real autonomía entre las dos en cuanto a contenido sustancial y adscripción natural*”.<sup>150</sup> En una línea muy similar, QUINTERO OLIVARES ha señalado más recientemente que la responsabilidad civil *ex delicto* es un concepto de relativa autonomía respecto del proceso penal.<sup>151</sup> Entonces, conforme a la regulación actual ¿hay real autonomía, cierta accesoriadad o relativa autonomía?

Si se examinan los presupuestos de la responsabilidad civil “pura” y la penal se comprobará la más absoluta autonomía. En cambio, si se examina la responsabilidad penal y la responsabilidad civil *ex delicto*, se aprecian ciertas relaciones que, como ya

---

<sup>149</sup> MORILLAS CUEVA, L., *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, pp. 144-145. En este sentido, como partidarios de una y otra postura contrasta las obras de CÓRDOBA RODA, J., “Artículo 19” y GONZÁLEZ RUS, J. J., “El artículo 444 del Código penal”, pp. 387-388. Respecto a la primera obra, CÓRDOBA RODA señala expresamente en *Op. Cit.*, pp. 960-961: “Siempre que concurra el presupuesto de la responsabilidad civil, en sus dos requisitos arriba descritos, a saber, un delito o falta productora de algunas de las consecuencias o efectos lesivos enumerados en el artículo, uno *deberá someterse* (sic.) el agente a la correspondiente responsabilidad civil. La *vinculación* (sic.) de este efecto de responsabilidad a aquel presupuesto, tiene carácter no facultativo, sino *necesario* (sic.). Ello se desprende sin dudas del artículo 19 del Código Penal, “ toda persona responsable criminalmente de un delito o falta *lo es también* (sic.) civilmente”. Por nuestra parte, no hemos interpretado lo mismo que MORILLAS CUEVA respecto a la posición de CÓRDOBA RODA. Si se examina detenidamente la obra de este segundo autor se comprobará que diferencia con gran acierto entre los diferentes planos. Desde el punto de vista de la redacción, quizás el pasaje citado no fuera tan inteligible como cabría desear. Sin embargo, ello no debería llevarnos a la conclusión de atribuirle una posición de accesoriadad sobre la relación entre el nacimiento de la responsabilidad penal y la civil, entre otras razones, porque en otras partes de esa misma obra (*Ibid.*, pp. 949-950) defiende la desposesión, el daño y el perjuicio como presupuestos de la responsabilidad civil *ex delicto* y los diferencia de la lesión o peligro para los bienes jurídicos propios de la infracción criminal. Igualmente, también critica (*Ibid.*, pp. 956/957) la incorrección de clasificar los hechos punibles en virtud de si originan o no responsabilidad civil. Ergo, si CÓRDOBA RODA diferencia entre uno y otro presupuesto y separa el nacimiento de una responsabilidad del nacimiento de la otra, no resultaría razonable, a nuestro juicio, atribuirle una posición de plena accesoriadad en la problemática, máxime porque él mismo sería el primer interesado en vincular lo más estrictamente posible una y otra responsabilidad a través de la enumeración de delitos que “generan” responsabilidad civil. Por el contrario, entendemos que el citado pasaje se interpretaría como que, de acuerdo con el antiguo art. 19 CP 1973 y cuando haya un delito o falta, se examinará el presupuesto de la responsabilidad civil y, en el caso de que concurra, obligatoriamente se condenará a ella, debido a que la valoración de la responsabilidad privada no es una consecuencia jurídica potestativa o discrecional del juez, sino que pronunciarse sobre ella y condenar en el supuesto de apreciarse sus requisitos es imperativo para el órgano judicial (salvo en el caso de expresa renuncia por parte del perjudicado *ex art. 108 LECRIM*). En cualquier caso, debe recordarse que tanto la obra de MORILLAS CUEVA como la de CÓRDOBA RODA son anteriores al CP 1995.

<sup>150</sup> MORILLAS CUEVA, L., *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, p. 145.

<sup>151</sup> QUINTERO OLIVARES, G., “La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil”, p. 38.

sabemos, son forzadas entre el plano penal y el civil. Si hemos diferenciado la responsabilidad civil “pura” de la responsabilidad civil *ex delicto* es, además de por el contenido, precisamente por la diferencia entre sus respectivos supuestos de hecho. En consecuencia, ¿qué relación hay entre los presupuestos generadores de la responsabilidad penal y la responsabilidad civil *ex delicto*? Pues bien, teniendo en cuenta los supuestos de hecho de una y otra responsabilidad, podría parecer que son completamente autónomos. Sin embargo, debemos tener presente tanto el proceso de razonamiento jurídico en sede penal como las propias exigencias de la estructura de la norma *ex delicto*, las cuales obligan a apreciar un ilícito penal con anterioridad al análisis iusprivatista. Por lo tanto, lo cierto es que la responsabilidad civil *ex delicto* comparte presupuestos generadores con la responsabilidad penal. Concretamente, como decíamos, los relativos al ilícito penal. No obstante, a partir de aquí los caminos se separan. Por un lado, la responsabilidad penal exige la concurrencia de los elementos del tipo subjetivo respecto al tipo objetivo, la antijuricidad, la culpabilidad y la punibilidad, mientras que la responsabilidad civil *ex delicto* requiere un ulterior ilícito civil. En otras palabras, en lo que se refiere al supuesto de hecho generador de una y otra responsabilidad, hay algún punto en común. No hay una autonomía completa. Bien es cierto que el ilícito civil sería igualmente tutelado en vía civil, por lo que se evidencia su completa autonomía desde el modelo de responsabilidad civil “pura”. Pero, de acuerdo con nuestro punto de vista respecto a la relación entre las normas de responsabilidad civil “pura” y responsabilidad civil *ex delicto*, los supuestos de hecho son diferentes en uno y otro caso.

Ahora bien, a nuestro modo de ver, no entendemos que haya “*una cierta accesoriadad*” entre una y otra responsabilidad, ya que este planteamiento hace más bien referencia a cierta dependencia entre una y otra consecuencia jurídica, como hacía el antiguo artículo 19 CPesp. Si acaso, y de acuerdo con la nueva regulación, esa “*cierta accesoriadad*” o esa “*relativa autonomía*” debería apreciarse respecto a los supuestos de hecho generadores de responsabilidad penal y civil *ex delicto*, las cuales, como hemos visto, comparten algunos de sus presupuestos. Por lo tanto, es cierto que entre uno y otro supuesto de hecho existe “*cierta accesoriadad*” o “*relativa autonomía*”. Sin embargo, adentrándonos en lo que respecta exclusivamente a la estructura de la norma *ex delicto*, entendemos que resulta más apropiado definir la relación entre el ilícito civil y el penal como consecencial, en el sentido de continuidad en el razonamiento jurídico impuesto por la propia norma una vez valorado el primero de ellos. Todo ello con el fin de respetar tanto la propia estructura de la norma como la relación que ésta impone entre uno y otro plano jurídico que, como sabemos, no existe en puridad. Por tanto, y de acuerdo con nuestro punto de partida sobre la problemática del nacimiento, puede afirmarse que existe “*relativa autonomía*” o “*cierta accesoriadad*” entre los presupuestos generadores de la responsabilidad penal y la responsabilidad civil *ex delicto*. Por nuestra parte coincidimos con las apreciaciones de fondo que realizan MORILLAS CUEVA y QUINTERO OLIVARES, pero nos separan algunos pequeños matices y las ulteriores aclaraciones que aquí hemos realizado.

#### 2.4. Desarrollos de nuestro punto de vista sobre la distinción entre las tres fases del razonamiento jurídico, los planos civiles y penales y la estructura de la norma *ex delicto*

Como decíamos *supra*, entendemos que para resolver satisfactoriamente la problemática del nacimiento es necesario tener presente las tres fases del razonamiento jurídico, la diferenciación entre el plano civil y el penal y la estructura de la norma *ex delicto*. En este sentido, lo cierto es que esta realidad se encuentra latente en la doctrina de un modo más o menos claro, aunque quizás no aflora con la suficiente precisión. Por nuestra parte, en este punto del trabajo contrastaremos nuestros planteamientos con otras aproximaciones doctrinales que se han vertido sobre el nacimiento. En este sentido, uno de los planteamientos más apropiados los realiza MAPELLI CAFFARENA:

*“En realidad el problema no está en las acciones penalmente típicas, sino en aquellas acciones directamente vinculadas a éstas, con relevancia penal o sin ella, pero que forman parte de la fenomenología del delito causando un daño civilmente relevante. Son éstas las que sirven de presupuesto para la responsabilidad civil.”*<sup>152</sup>

Si por nuestra parte hubiera que añadir alguna crítica a las palabras expuestas, sería únicamente la referencia a la “*fenomenología del delito*”, por su indeterminación. Bien es cierto que, como sabemos, la responsabilidad civil *ex delicto* se encuentra directamente vinculada (y limitada) por los hechos subsumibles en el ilícito penal, el cual constituye la *conditio sine qua non* para entrar a valorar la responsabilidad civil en sede penal, sin embargo, la citada referencia no aporta, a nuestro juicio, suficiente claridad en la separación de los dos supuestos normativos (penal y civil *ex delicto*) y los dos planos jurídicos (penal y civil). Pareciera como si se aglutinara todo a través de la referencia a la “*fenomenología del delito*”, nomenclatura quizás poco técnica desde el punto de vista estrictamente jurídico. En cualquier caso, lo cierto es que, a nuestro modo de ver, la aproximación que realiza el autor resulta apropiada en su esencia, aunque nuevamente vuelve a aflorar nuestra discrepancia en los matices. En este sentido, examinemos también los planteamientos realizados por GRACIA MARTÍN:

*“La responsabilidad civil derivada del delito no puede ni debe ser, a mi juicio, una consecuencia jurídica del Derecho penal, y no pertenece, por tanto, a su concepto. La responsabilidad civil puede encontrar su fundamento, así como también la medida de su graduación, en los hechos derivados causalmente del hecho típico y antijurídico. Estos hechos – todos o algunos, y en todo caso su valoración específica a efectos de la responsabilidad civil – a los que se anude la responsabilidad civil,*

---

<sup>152</sup> MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 475. A pesar de esta clara separación, lo cierto es que en varias ocasiones pareciera relacionar expresamente el daño con el delito a juzgar por la más absoluta literalidad, *e. gr. Ibid.*, p. 456 (la cursiva en aquellas palabras no latinas es mía) “La responsabilidad civil es *ex delicto* cuando se deriva de una conducta tipificada como ilícito penal. (...) Ya hemos visto que la responsabilidad civil *ex delicto* surge siempre a consecuencia de que de la realización de una acción penalmente típica se originan unos perjuicios (p. ej. sustracción de un vehículo - ilícito penal - origina también unos perjuicios al propietario del mismo - ilícito civil). De esta manera, la conducta es sometida a una doble evaluación - penal y civil-. (...) Así pues, el *nomen iuris* que emplea el legislador en el Título V (CP) es doblemente incorrecto, por una parte, por lo que acabamos de decir y por otra, porque *la responsabilidad no nace del delito sino de los perjuicios que del mismo se derivan.*”

*sin embargo, están fuera del supuesto de hecho específico determinante de la responsabilidad penal, es decir, están fuera del delito.”*<sup>153</sup>

Este autor separa correctamente la esfera civil de la penal y considera, con acierto, que el supuesto de hecho generador de la responsabilidad civil está fuera del Derecho penal. Sin embargo, la crítica que habría que hacerle es la mención a que “*La responsabilidad civil puede encontrar su fundamento (...) en los hechos derivados causalmente del hecho típico y antijurídico*”. GRACIA MARTÍN comete, a nuestro juicio, un ligero equívoco en la aproximación. Nuevamente, continúa partiendo, en la literalidad, del ilícito penal como hecho generador de la responsabilidad civil. No hay que remontarse al delito en sí, sino a la esfera enteramente fáctica para analizar los presupuestos de la responsabilidad civil. No hay unos hechos que deriven causalmente del ilícito penal, sino que los hechos se encuentran, dentro de la secuencia lógica del análisis jurídico, antes de la fase de subsunción de éstos en el supuesto de hecho de la norma penal. Igualmente, no es que la responsabilidad civil encuentre su fundamento en los hechos que derivan del hecho típico y antijurídico, sino que, por el contrario, la responsabilidad civil se fundamenta exclusivamente en la tutela del ilícito civil y sus presupuestos se deben encontrar en aquellos hechos que previamente se han subsumido en el ilícito penal. Es cierto que existe una relación de causalidad, pero no es entre el hecho típico y antijurídico y la responsabilidad civil, sino, teniendo en cuenta los hechos mencionados y analizándolos desde los presupuestos del ilícito civil, entre el daño y la acción del sujeto. Por ello, dos son los desaciertos que pareciera cometer el autor con las declaraciones de la cita entrecomillada, de una parte, no respetar el orden de la secuencia lógica *factum*, supuesto de hecho y consecuencia jurídica, y de otra, vincular, al menos aparentemente, un plano al otro.<sup>154</sup>

Finalmente, aunque hemos seleccionado la obra de autores especialmente representativos en lo que se refiere al estudio de las consecuencias jurídicas del delito, lo cierto es que debemos resaltar que esta serie de imprecisiones a la hora de diferenciar claramente las tres fases del razonamiento jurídico y los planos civiles y penales se han encontrado bastante extendidas en la doctrina a lo largo del tiempo.<sup>155</sup> En el fondo, lo cierto es que la

---

<sup>153</sup> GRACIA MARTÍN, L., “Introducción al sistema de las consecuencias jurídicas del delito”, p. 38.

<sup>154</sup> Vuelve a apreciarse esa imprecisión más adelante en su obra cuando señala que el supuesto de hecho al que se anuda la responsabilidad civil no es el delito, sino uno distinto que se encuentra acotado y configurado por un complejo normativo de “naturaleza específicamente civil”. *Ibid.*, pp. 39-40.

<sup>155</sup> Por ejemplo, a pesar de diferenciar con mayor o menor claridad entre lo penal y lo civil, la influencia del antiguo artículo 19 CP es evidente en las obras de FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código Penal*, t. 2, p. 382 “Debe tenerse presente que así como *el daño es consecuencia normal del delito*, de tal forma que constituyen supuestos verdaderamente excepcionales aquellos casos en los que ese daño no existe (delitos de peligro, tentativa y frustración y algunas figuras delictivas consideradas en concreto), el perjuicio puede existir o no, ya que no es consecuencia directa de la acción, sino tan solo resultancia mediata de la misma (...) Mas siempre *es preciso que entre el delito y el perjuicio exista una verdadera relación de causa-efecto*.” También GÓMEZ CALERO, J., “La responsabilidad civil derivada de acto ilícito penal”, n° 190-191, pp. 604-605: “Pues bien, *de esta zona determinada* —del acto ilícito penal— *dimana*, directa o indirectamente, *la obligación determinante de tal responsabilidad civil*, (...) *Creo*, eso sí, *que tal responsabilidad civil es accesoria del acto ilícito penal*.” Incluso en la obra de uno de los autores clásicos más reconocidos por el estudio de las relaciones entre Derecho civil y Derecho penal, SILVA MELERO, V., “En torno a las consecuencias civiles del delito”, p. 1068: “*la responsabilidad civil no lo es propiamente*

postura de los autores citados se encuentra en una línea muy cercana a lo que aquí se está defendiendo, pero con pequeños matices. Sin embargo, estos mismos matices, a nuestro juicio, ejemplifican perfectamente la tendencia doctrinal a entrelazar las esferas penales y civiles y a no separar las fases del razonamiento jurídico. Es por esta razón por la que nos resulta tan importante insistir en distinguir bien entre las tres fases del razonamiento jurídico y entre los planos civiles y penales. En nuestra opinión, estas dos herramientas conceptuales pueden proporcionar una terminología jurídica adecuada para solventar la problemática de forma satisfactoria que es, además, asequible a todas las ramas del Derecho. A todo ello, además, habría que añadir la novedosa estructura del supuesto de hecho de la responsabilidad civil *ex delicto*, incorporada por el CP 1995.

## 2.5. Ulteriores consideraciones sobre las supuestas identidades entre los planos civiles y penales

En este orden de cosas, hay unas cuestiones que creemos conveniente desarrollar en este punto del trabajo. Se trata de una serie de pretendidos paralelismos entre los planos civiles y penales. En primer lugar, como decíamos, el legislador únicamente exige la previa constatación de un ilícito penal, no la responsabilidad penal. En cualquier caso, debe subrayarse que, cuando se examina la responsabilidad civil *ex delicto*, no hay una correlación automática entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, a pesar de lo que dijera la criticable redacción del antiguo artículo 19 CPesp. Cabe perfectamente la responsabilidad civil sin la penal y la penal sin la civil.<sup>156</sup>

En segundo lugar, no es necesario que los daños formen parte del tipo del ilícito penal.<sup>157</sup> Para el nacimiento de la responsabilidad civil *ex delicto*, lo que únicamente se requiere es apreciar en los hechos el ilícito penal y el ilícito civil, los cuales, como se encuentran en diferentes planos jurídicos, no tienen más relación que la impuesta por la propia norma, por lo que se debe atender exclusivamente al *factum*. De otra parte, cuando examinábamos *supra* la estructura de la norma, veíamos que ZENO-ZENCOVICH señaló que el supuesto de hecho del *risarcimento del danno da reato* se estructura como “típico”, a diferencia de aquél contenido en el Código Civil.<sup>158</sup> No se trata, desde nuestro punto de vista, de una afirmación acertada. La “tipicidad” de la que habla el autor es el requisito para entrar a analizar los hechos desde el punto de vista civil, no es el hecho generador ni condicionador, en sentido estricto, de la responsabilidad civil ya sea pura o *ex delicto*.

---

*de la consecuencia de una conducta delictiva*, de un acto jurídico, en suma, ilícito, que el Código penal tipifica, *sino de las consecuencias del mismo* en cuanto produce un daño material o moral que civilmente impone la obligación de repararlo” (La cursiva en las citas textuales es mía). De igual modo, en la jurisprudencia tradicional *vid.* CUELLO CALÓN, E., *Código Penal. “Texto revisado 1963”*, p. 75 y LUZÓN DOMINGO, M., *Derecho penal del Tribunal Supremo*, pp. 314-315. Con mayor precisión, entre la doctrina civil más reciente, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, p. 16 “*Realmente las consecuencias civiles no nacen propiamente de los delitos o faltas, sino del acto u omisión que resulta ser delito*”.

<sup>156</sup> De esta opinión, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “La responsabilidad civil derivada de delito y su controvertida naturaleza”, pp. 246-247 y SILVA SÁNCHEZ, J. M., “¿Ex delicto?”, p. 4. También, con anterioridad, REYES MONTERREAL, *Acción y responsabilidad civil*, p. 36.

<sup>157</sup> GARCÍA ARÁN, M., *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, pp. 217 y ss, ROIG TORRES, M., *La reparación del daño*, p. 128, SILVA SÁNCHEZ, J. M., “¿Ex delicto?”, pp. 3 y 7, y GRACIA MARTÍN, L., “Introducción al sistema de las consecuencias jurídicas del delito”, p. 39.

<sup>158</sup> ZENO-ZENCOVICH, V., *La responsabilità civile da reato*, pp. 22-26.

Bien es cierto que la estructura de la norma de responsabilidad civil “pura” y la de responsabilidad civil *ex delicto* es distinta, pero la responsabilidad civil *ex delicto* no depende de la tipicidad penal siendo rigurosamente técnicos. El supuesto de hecho de esta segunda es “doble”, en el sentido de que primero debe constatarse el ilícito penal y, en segundo lugar, el ilícito civil, pero fuera de eso, no hay ulterior relación entre uno y otro plano. No es que los puntos de llegada del autor nos resulten incorrectos en lo que se refiere a la estructura de la norma *ex delicto*, sino más bien que creemos oportuno diferenciar más nítidamente los planos jurídicos ya desde un primer momento. Así lo requiere la estructura de la norma de responsabilidad civil *ex delicto*.

En tercer lugar, e íntimamente relacionado con lo anterior, visto que hay que reexaminar el supuesto fáctico desde la perspectiva del Derecho privado para constatar en él los elementos del ilícito civil (y, recordemos, siempre y cuando se haya comprobado la previa existencia de un ilícito penal), es un grave error dividir los injustos penales entre aquellos que generan responsabilidad civil y aquellos que no.<sup>159</sup> Es cierto que, de ordinario, algunos delitos originarán responsabilidad civil prácticamente *ipso facto*, pero no en todos los casos. También hay delitos en los que difícilmente se podrá vincular al *factum* un supuesto generador de responsabilidad civil *ex delicto*, aunque no tienen por qué descartarse. Nos remitimos a las consideraciones y ejemplos aportados *supra*. En consecuencia, consideramos que no es apropiado hacer tal clasificación y, por el contrario, abogamos por la prudencia y el análisis reposado de los presupuestos generadores.

En cuarto lugar, no se exige la imputación subjetiva o culpabilidad penal, de acuerdo con numerosos ejemplos del artículo 118 CPesp.<sup>160</sup> Igualmente, en quinto lugar, tampoco se precisa el requisito de la punibilidad penal.<sup>161</sup> En sexto lugar, si partimos de que el presupuesto del nacimiento es el ilícito penal y el ilícito civil, ¿qué ocurre en los casos de absolución? En estos supuestos se entiende que, o bien no se han probado los hechos, o bien que la conducta del sujeto no encaja en ningún ilícito penal. Téngase en cuenta que a la hora de la reconstrucción de los hechos en vía penal, rige el principio de presunción de inocencia, el principio acusatorio y otros derechos del reo (*e.gr.* su derecho a no declarar o a no confesarse culpable *ex art.* 24.2 CE) que permiten que, en caso de ausencia o insuficiencia de pruebas, no se entiendan los hechos como acontecidos y, consecuentemente, se absuelva al acusado. En estos casos de absolución, ya sea por falta de pruebas o porque se haya demostrado que el comportamiento del sujeto no encaja en un injusto penal, no se puede condenar a responsabilidad civil *ex delicto*, de acuerdo con la estructura de la norma. Si se exige la previa constatación del ilícito penal y este requisito no concurre, consecuentemente, falta uno de los dos elementos del supuesto de hecho. Por lo tanto, no hay responsabilidad civil *ex delicto*, aunque bien es cierto que

---

<sup>159</sup> Así, CÓRDOBA RODA, J., “Artículo 19”, pp. 956-957.

<sup>160</sup> También en SILVA SÁNCHEZ, J. M., “¿Ex delicto?”, pp. 6-7.

<sup>161</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., “¿Ex delicto?”, p. 6.



podría apreciarse responsabilidad civil “pura” de acuerdo con la normativa privada en la vía civil.<sup>162</sup>

En séptimo lugar, ¿qué ocurre con el tipo subjetivo? Entendemos que la no concurrencia del tipo subjetivo previsto en el delito, por ejemplo, en casos de delitos dolosos o en supuestos de elementos subjetivos específicos del tipo, sería, en principio, irrelevante. Véase por ejemplo la exigencia del ánimo de lucro en el delito de hurto *ex* artículo 234 CP. Nuestra postura la basamos en varios argumentos. Primero, considerando que el propio artículo 118.2 CPesp establece la irrelevancia del error invencible sobre los elementos del tipo de cara a la responsabilidad civil, *a pari*, la ausencia de un tipo subjetivo concreto no debería impedir el nacimiento de la responsabilidad civil *ex delicto*, ya que parece claro que la responsabilidad civil no se construye sobre las ideas de conocimiento y voluntad que fundamentan el tipo subjetivo. Por el contrario, y segundo, la propia estructura dogmática de la responsabilidad civil en abstracto se basa fundamentalmente en el daño causado, incluso la responsabilidad civil *ex delicto*, no en criterios como la culpabilidad penal en abstracto. Al respecto ZENO-ZENCOVICH apunta que en el caso del artículo 2043 CCita, la regla general es la responsabilidad por el hecho “*doloso o colposo*” (entiéndase civilmente), con las correspondientes excepciones que ya hemos estudiado. Este requisito no está expresamente previsto en el artículo 185 CPita, debido a que este artículo parte del previo análisis penal de los hechos y, por ende, siempre se encontrará en el tipo subjetivo de cada delito.<sup>163</sup> No obstante, el autor considera que, a pesar de tal realidad, el sistema no ofrece suficiente certeza acerca de que si, excluida la “culpa penal”, debe también entenderse excluida la culpa civil. Por el contrario, entiende que una coherente aplicación del criterio de culpa conduce a un resultado opuesto, esto es, que no es necesaria la culpa penal para apreciar el ilícito civil.<sup>164</sup> En el fondo, tiene razón ZENO-ZENCOVICH cuando apunta la ausencia de certeza. De acuerdo con la exigencia de coherencia en el ordenamiento jurídico, quizás en ciertos supuestos habría que emplear supletoriamente la legislación civil para considerar si fuese necesaria la culpa civil y en qué grado, o bien bastase con la responsabilidad objetiva.

### 3. Visión general y reflexiones

Por todo lo expuesto, quisiéramos concluir este apartado reseñando nuestros principales puntos de llegada. El primero de todos ellos es que, para resolver la problemática del nacimiento de la responsabilidad civil *ex delicto*, es necesario tener presente tres elementos de juicio. La primera, el razonamiento jurídico más básico, integrado por tres fases: el *factum*, el supuesto de hecho de la norma y las consecuencias jurídicas. La segunda, la separación entre los planos civiles y penales. La tercera, la estructura de la norma *ex delicto*. En segundo lugar, nuestra conclusión viene referida, precisamente, a la

---

<sup>162</sup> De esta opinión, ya en GÓMEZ ORBANEJA, E., “La acción civil de delito”, p. 186 y CUELLO CALÓN, E., *Código Penal. “Texto revisado 1963”*, p. 75. En la actualidad, GONZÁLEZ RUS, J. J., “El artículo 444 del Código penal”, pp. 387-388 y ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, p. 75.

<sup>163</sup> ZENO-ZENCOVICH, V., *La responsabilità civile da reato*, pp. 47-48.

<sup>164</sup> *Ibid.*, p. 69.

desavenencia entre el texto normativo y la norma jurídica en lo que se refiere a la problemática del nacimiento. Hemos comprobado que en el ordenamiento jurídico español conviven tres normas aparentemente contradictorias que regulan la cuestión del nacimiento de la responsabilidad civil *ex delicto*, a saber, los artículos 109.1 CPesp, 116.1 CPesp y 100 LECRIM. Por nuestra parte, hemos abogado por una interpretación armónica entre el contenido de estos tres artículos y la dogmática civil en materia de Derecho de daños para resolver esta antinomia, obteniendo como resultado la necesidad de concurrencia simultánea de un ilícito penal y otro civil para el nacimiento de la responsabilidad civil *ex delicto*. Igualmente, hemos defendido la necesidad de que se positivicen tales requisitos en un artículo único. En lo que se refiere a esta solución, hemos tenido ocasión de comprobar que se trata de una fórmula novedosa incorporada por el legislador en 1995 que supera los presupuestos tradicionales de la responsabilidad civil *ex delicto*, según los cuales, el nacimiento estaba condicionado, como regla general, a la previa declaración de responsabilidad penal. Requisito que, como puede imaginarse, conllevaba importantes problemas.<sup>165</sup> En este sentido, con el nuevo Código se adelantaría el primer presupuesto para entrar a valorar la responsabilidad civil *ex delicto*.

En cualquier caso, somos conscientes de que nuestro planteamiento no está exento de críticas. Quizás la crítica más importante venga referida a que si ya de por sí la acción civil en el proceso penal se tercia al abuso por parte del perjudicado y a la afectación del enjuiciamiento penal de las conductas por parte de los órganos jurisdiccionales, esta nueva doctrina incentivaría aún más al abuso, ya que se simplifican los trámites para obtener la indemnización. Se trata de una apreciación correcta. Sin embargo, creemos que una cosa es el modelo en sí y su tratamiento legislativo y, por el contrario, otra cosa muy distinta es lo que personalmente opinemos sobre la cuestión, especialmente desde el punto de vista de la política jurídica y criminal. En el fondo, ya sabemos que el modelo es de corte utilitario y acumulativo, pues no hay interés ni influencia penal alguna en sus planteamientos dogmáticos. Creemos que esta solución que proponemos, además de estar basada en la propia Ley, resulta más razonable que vincular la responsabilidad civil *ex delicto* a la responsabilidad penal. Otra cuestión sería la conveniencia de reexaminar político-criminalmente la reparación a la víctima en el ordenamiento penal español e italiano, pero lo cierto es que así se encuentra actualmente la legalidad. Dentro del modelo, creemos que ésta es una opción algo más garantista dentro de las escasas posibilidades.

---

<sup>165</sup> Cuestionando la imprecisión jurídica sobre el nacimiento de la responsabilidad civil *ex delicto* en la jurisprudencia del momento, basada en el anterior art. 19 CP 1973, PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Responsabilidad civil extracontractual. Accidente de trabajo”, p. 2621. Igualmente, preguntándose sobre el nacimiento en supuestos en los que, habiéndose entablado la acción penal, no se llega a dictar sentencia (por rebeldía, fallecimiento del acusado, indulto, amnistía, prescripción del delito y demencia sobrevenida) YZQUIERDO TOLSADA, M., “El perturbador artículo 1.092 del Código Civil”, pp. 2130-2131 entiende que la víctima podrá dirigirse a la jurisdicción civil. En este sentido, también ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, pp. 74-75. Por nuestra parte entendemos que, aún bajo el actual Código y siempre y cuando las mencionadas circunstancias acontezcan con anterioridad a la previa apreciación de un ilícito penal (y, por tanto, a la sentencia), creemos la respuesta otorgada por YZQUIERDO TOLSADA seguiría siendo la correcta.

## IV. EL CONTENIDO PRESTACIONAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL *EX DELICTO*

### 1. Notas introductorias

En lo que respecta al contenido de la institución de nuestro interés, se aprecia claramente cómo el contenido de la obligación civil *ex delicto* resulta más amplio que el de la responsabilidad civil “pura”. Al respecto, ya veíamos que, dentro del Título VII del Libro primero del Código Penal italiano titulado “*Delle sanzioni civili*”, el artículo 185 CPita expone una partición de las obligaciones civiles *da reato* dividiéndolas en *restituzioni* y en *risarcimento*.<sup>166</sup> En un sentido similar, el Código Penal español participa de una experiencia jurídica paralela. Así, el artículo 110 CPesp, ubicado en el Libro Primero, Título V “De la responsabilidad civil derivada de los delitos y de las costas procesales” y Capítulo I “De la responsabilidad civil y su extensión”, dispone expresamente:

“La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende:

1.º La restitución.

2.º La reparación del daño.

3.º La indemnización de perjuicios materiales y morales.”

Por nuestra parte, quisiéramos acentuar una evidente máxima sobre la que resulta de interés realizar algunas reflexiones. Si se contrastan los rasgos más generales del contenido en uno y otro modelo, se observará que, en un sentido amplio, tanto el sistema español como el italiano se componen de “restitución” y de “resarcimiento”. Así, el conjunto de ambas instituciones recibe el nombre genérico de responsabilidad civil *ex delicto* o *responsabilità civile da reato* en los ordenamientos español e italiano correspondientemente. Por el momento, centrémonos en las primeras consecuencias que resultan de nuestra aproximación general. Primero, es necesario resaltar que el problema sobre el *nomen iuris* de la institución privada de nuestro interés viene acentuado también en lo que respecta a la cuestión del contenido. Es decir, no es ya que esta responsabilidad, como sabemos, no “nazca” del delito, sino que es que ni siquiera su contenido se corresponde, en puridad, con el de la responsabilidad civil como tal. Por el contrario, como decíamos, su contenido viene considerablemente ampliado debido a la expresa referencia a la restitución o *restituzioni*. En este sentido, y de acuerdo con autorizada doctrina, consideramos que la restitución no se identifica con los caracteres y contenidos propios de la responsabilidad civil propiamente dicha.<sup>167</sup> Es cierto que se trata de un

---

<sup>166</sup> Aunque en el mismo Título del Código Penal italiano se incluyen otras obligaciones civiles, como el deber del condenado a reembolsar al erario los gastos de su mantenimiento en los centros penitenciarios. *Amplius*, ROMANO, M., “Art. 188”, pp. 377-379.

<sup>167</sup> Todo ello a pesar de que el artículo 111 haga referencia a la restitución “*con abono de los deterioros y menoscabos*”. De esta opinión, ya GÓMEZ ORBANEJA, E., “La acción civil de delito”, p. 185 y 205 – también en *Id.*, *Comentarios*, p. 348. Más recientemente, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, pp. 14, 16-17 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, p. 630. Entre los penalistas, considerando que la restitución se

instituto compensatorio, que pretende equilibrar de alguna forma el menoscabo sufrido de forma equitativa, pero también lo son, en el fondo, todos los institutos del Derecho civil que, recordemos, se basan en el principio de equiparación.<sup>168</sup>

En segundo lugar, el contenido de la responsabilidad civil *ex delicto* no se identifica con todas y cada una de las obligaciones o consecuencias civiles que se prevén en el Derecho privado. No se regulan todas las instituciones privadas que se podrían “generar” del hecho delictivo, sino que únicamente el resarcimiento y la restitución son enlistadas como consecuencias civiles del delito. A pesar de que el artículo 1092 CCesp remite al Código Penal la regulación de las obligaciones civiles que pudieran “nacer” del delito, lo cierto es que este último cuerpo legal no cumple con este controvertido (y criticable) mandato. Los contenidos ofrecidos por el artículo 185 CPita y el 110 CP son una lista cerrada.<sup>169</sup> No en vano, se ha criticado ampliamente la deficiencia de esta regulación, especialmente en lo que se refiere a su excesivo casuismo y su limitada operabilidad técnica, pues se entiende que limita las posibles soluciones que se hubieran podido adoptar de haberse enjuiciado los hechos en vía civil.<sup>170</sup>

En tercer lugar, y centrándonos ya en el modelo de nuestro interés, el español, se observa cómo el legislador nacional no hace referencia a las consecuencias o sanciones civiles del delito como sí hace el legislador italiano, sino que simplemente menciona la responsabilidad civil. En este sentido, por todo lo expuesto hasta aquí, ¿sería correcto seguir denominando a esta institución como responsabilidad civil a pesar de que, en el fondo, se trata de una norma cuyo contenido no se identifica con la responsabilidad civil tal y como la conocemos en sede privada? ¿o, por el contrario, resultaría más apropiado hablar de consecuencias civiles en sede penal a pesar de que solamente se prevén un reducido número de ellas? En nuestra opinión, no se debería dejar de hacer referencias y reflexiones sobre esta problemática del *nomen iuris*, pues bien pareciera que no existe una denominación jurídica totalmente idónea para reflejar con propiedad los caracteres y contenidos más representativos de la institución de nuestro interés. Por nuestra parte, para seguir la tradición jurídica (y por muy criticable que nuevamente nos parezca) seguiremos adoptando el nombre de responsabilidad civil *ex delicto*, aunque bien es cierto que quizás resultaría más apropiado hacer una referencia general a las “consecuencias civiles”, en

---

identifica con la reivindicatoria de los artículos 348 y 349 CCesp, GONZÁLEZ RUS, J. J., “El artículo 444 del Código penal”, p. 393, QUINTERO OLIVARES, G., “Efectos de la responsabilidad civil *ex delicto*: el carácter preferente de la restitución”, p. 51 y MAGALDI PATERNOSTRO, M.<sup>a</sup> J., “Artículo 111”, p. 889.<sup>168</sup> En contraste, como decíamos *supra*, a la subordinación del individuo al poder del Estado que rige las relaciones entre ambos propias del Derecho penal. *Vid.*, ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*, t. 1, p. 43.

<sup>169</sup> Así lo manifestaron ya SILVA MELERO, V., “En torno a las consecuencias civiles del delito”, p. 1066 y GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal penal*, pp. 82-83. Más recientemente, en la doctrina civil, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, p. 24. *Vid.* Art. 1092 CCesp: “Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal”.

<sup>170</sup> Entre los penalistas, *e. gr.* QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Compendio de derecho Penal*, p. 491, quien entiende que sería más razonable manejar un concepto amplio de reparación que diese cabida a aquella pretensión compensatoria que pudiera ejecutarse en beneficio de los perjudicados. También en *Id.*, *Curso de Derecho Penal*, p. 551. Entre los civilistas, por todos, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, p. 31.

contraste con la denominación que aporta el Título V del Libro Primero del Código Penal español.

En cuarto lugar, debe apreciarse cómo el modelo español va más allá de la sencilla bifurcación entre restitución y resarcimiento. Dentro de aquello que hemos denominado simplemente “resarcimiento”, el Código Penal español lleva distinguiendo ininterrumpidamente desde 1848 entre la reparación del daño y la indemnización del perjuicio.<sup>171</sup> En esta línea, puede intuirse que la diferenciación entre una y otra institución es una de las mayores controversias en lo que se refiere al contenido. Así pues, dos son los puntos que considerar, de una parte, el daño *versus* el perjuicio, y de otra, la reparación *versus* la indemnización. En principio, bien pareciera que ambos grupos de palabras son sinónimos entre sí, es decir, que el daño es lo mismo que el perjuicio y que la reparación es lo mismo que la indemnización, y, por tanto, no hay diferencia entre uno y otro instituto.<sup>172</sup> De otra parte, también se ha justificado todo lo contrario.<sup>173</sup> Desde nuestro punto de vista, en principio, entendemos que la primera aproximación resultaría más acertada, por una sencilla razón de simplificación. Si se parte de idénticos presupuestos del nacimiento, el ilícito civil, y el efecto jurídico es el mismo, resarcir en el sentido más amplio del término ¿qué necesidad hay de separar ambos conceptos, ya sea entre daños y perjuicios o entre reparación e indemnización? En nuestra opinión, absolutamente ninguna. Es más, en sede de responsabilidad civil extracontractual los artículos 1902 y ss CCesp siempre emplean el término “daño” o “daños”, con la única excepción del supuesto referido a la responsabilidad de los titulares de un Centro docente respecto de los “*daños y perjuicios*” ocasionados por los alumnos menores de edad (*vid.* art. 1903 CCesp, 6º párrafo). En otras partes del Código civil español o bien se emplea simplemente el término daño(s) o bien se hace referencia conjunta a los daños y perjuicios. No parece que el legislador haya querido diferenciar de forma expresa y nítida entre daños y perjuicios, aunque bien es cierto que podría llegar a haber disimilitudes. De cualquier forma, se trata de un debate infructífero y caduco a nuestro modo de ver. Entendemos, como regla general, que otorgar un significado diferente a los binomios reparación-indemnización y

---

<sup>171</sup> *Vid.* art. 113 CP 1848, art.121 CP 1870, art. 72 CP 1928, art. 103 CP 1932, art. 101 CP 1944, art. 101 CP 1963, art. 101 CP 1973 y 110 CP 1995.

<sup>172</sup> Ya en la doctrina decimonónica, GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código Penal de 1870*, t. 2, pp. 532-533. Por la doctrina más clásica, GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios*, pp. 354-355, *Id.*, “La acción civil de delito”, pp. 208-209, QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Compendio de derecho Penal*, p. 493, *Id.*, *Curso de Derecho Penal*, p. 553, DÍAZ VALCÁRCEL, L. M., “Responsabilidad civil derivada del delito (Segunda Parte)”, p. 18, e *Id.*, voz “Indemnización (Derecho Penal)”, en NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA, p. 276. Más recientemente, por todos, DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, p. 278, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, pp. 78-79, MONTES PENADÉS, V. L., “Artículo 110”, pp. 586-587 y CAVANILLAS MÚGICA, S., “Efectos de la responsabilidad civil ex delicto: reparación del daño”, pp. 55-56. De otra parte, entre los penalistas, reconociendo la dificultad de separar correctamente un concepto de otro, QUINTERO OLIVARES, G. y TAMARIT SUMALLA, J. M., “Capítulo I – De la responsabilidad civil”, pp. 604-605.

<sup>173</sup> Con dispares teorías doctrinales entre ellos, *cfr.*, PACHECO, J. F., *El Código Penal concordado y comentado*, 6ª ed., pp. 491 y 494-496, FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código Penal*, t. 3, pp. 360-368, REYES MONTERREAL, *Acción y responsabilidad civil*, pp. 225-226, GÓMEZ CALERO, J., “La responsabilidad civil derivada de acto ilícito penal”, nº 192, pp. 784-785, CÓRDOBA RODA, J., “Artículo 101”, pp. 564-567, *Id.*, “Artículo 104”, p. 576 e *Id.*, “Artículo 105”, p. 578. Más recientemente, ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., “Artículo 113”, pp. 1415-1416.

daño-perjuicio modificaría las reglas más básicas del Derecho de *daños* que hemos expuesto en el capítulo anterior. En este sentido, no es de extrañar que algunos autores hayan abogado directamente por la fusión entre reparación del daño e indemnización del perjuicio, siguiendo el modelo italiano.<sup>174</sup> Sin embargo, como hemos reseñado en varias ocasiones, el legislador de 1995 otorgó nuevos contenidos sustantivos a la reparación, superando los límites del mero resarcimiento, por lo que, de acuerdo con el capítulo próximo, sí que hay actualmente una diferencia entre la reparación y la indemnización. En cualquier caso, no quisiéramos adelantar contenidos, por lo que en este apartado sencillamente trataremos la restitución y la indemnización. Posteriormente, como expusimos en el planteamiento, analizaremos la nueva regulación de la reparación y los avances que ésta supone.

## 2. La restitución

### 2.1. Sobre el carácter preferente

Antes de entrar a analizar la restitución hay una cuestión que debe resaltarse, y no es otra que la relativa al orden de aplicación de las tres instituciones que componen la responsabilidad civil *ex delicto*. A raíz de la primera parte del artículo 111 CPesp “*Deberá restituirse, siempre que sea posible, el mismo bien*”, algunos autores han puesto de manifiesto el carácter preferente de la restitución, defendiendo una suerte de orden de preferencia o prelación entre los contenidos del artículo 110 CPesp.<sup>175</sup> En consecuencia, según este punto de vista, cuando sea posible la restitución el perjudicado no podrá rechazarla y pedir indemnización, puesto que el juzgador estaría obligado a acordarla. No obstante, lo cierto es que no hay una declaración análoga o comparable en Derecho civil. El perjudicado en vía civil tendría, en principio, la facultad de elegir entre la reparación *in natura*, el resarcimiento por equivalente o el resto de los mecanismos de tutela del interés privado que ofrece el Derecho patrimonial.<sup>176</sup> A pesar de que la responsabilidad civil *ex delicto* no se identifique, en puridad, con la responsabilidad civil “pura”, no deja

---

<sup>174</sup> TERUEL CARRALERO, D., “Infracción penal y responsabilidad civil”, pp. 48-49.

<sup>175</sup> De esta opinión, respecto a los Códigos Penales anteriores CUELLO CALÓN, E., *El nuevo Código Penal español*, pp. 303-304 - *Id.*, *Exposición del Código Penal reformado de 1932*, p. 205, QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., p. 428 – también en *Id. Curso de Derecho Penal*, p. 552 y *Compendio de derecho Penal*, p. 493, TERUEL CARRALERO, D., “Infracción penal y responsabilidad civil”, p. 44, DÍAZ VALCÁRCCEL, L. M., voz “Indemnización (Derecho Penal)”, en NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA, pp. 280-281, CÓRDOBA RODA, J., “Artículo 102”, p. 572 y MORILLAS CUEVA, L., *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, p. 171. Por otro lado, respecto al Código Penal de 1995, ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., “Artículo 110”, p. 1386 e *Id.*, “Artículo 111”, p. 1392, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., “Artículo 111”, p. 367, SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Artículo 110”, pp. 330-331, *Id.*, “Artículo 111”, pp. 331-332, QUINTERO OLIVARES, G., “Efectos de la responsabilidad civil *ex delicto*: el carácter preferente de la restitución”, p. 51 y ALASTUEY DOBÓN, Mª C., “Consecuencias jurídicas no penales”, p. 239.

<sup>176</sup> MÚRTULA LAFUENTE, V., “Artículo 110”, p. 230. No obstante, poniendo de manifiesto que se puede sostener la negativa de la facultad de opción al perjudicado en vía civil *ex art.* 1185 CCesp, con múltiples referencias bibliográficas y jurisprudenciales SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, Mª B., *La reparación del daño ex delicto*, pp. 119-120. Con anterioridad, otros autores ya habían negado toda posibilidad de transacción o elección por parte del perjudicado, PUIG PEÑA, F., *Derecho Penal*, p. 712 y SANTA CECILIA GARCÍA, F., “La responsabilidad civil ‘*ex delicto*’”, p. 1022. La jurisprudencia actual, por el contrario, parece permitir optar ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos*, pp. 117-118.

de ser, como hemos tenido ocasión de comprobar, una institución privada. En consecuencia, si realmente es una institución privada, debe (o debería) regir el principio rogatorio o dispositivo. Desde nuestro punto de vista, no tiene mucho sentido que se le imponga al perjudicado la solución jurídica en el conflicto de sus intereses privados. En el ámbito comparado, cabe señalar que el Código Penal italiano guarda silencio sobre esta cuestión, aunque el artículo 2058 CCita prevé la facultad de elección del perjudicado.

## 2.2. Concepto, caracteres y contenidos básicos

### A. Una primera aproximación

En cualquier caso, ¿qué es exactamente la restitución? Se trata de una pregunta ciertamente compleja, ya que ningún Código Penal ha proporcionado una definición legal.<sup>177</sup> Tampoco existe una definición en el Código Civil. En este sentido, y siempre dentro de la órbita del Derecho privado, CARRASCO PEDRERA ha acentuado que la restitución en sí no es un concepto unívoco en Derecho civil, pues expone que hay varios modelos de “restitución”.<sup>178</sup> En cualquier caso, lo cierto es que esta particular institución ha recibido escaso tratamiento por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, en contraste con la reparación o la indemnización. Al respecto, se aluden especialmente razones de nulo tratamiento del Derecho de obligaciones en sede penal y la evidencia de que, como veremos, la restitución no termina de corresponderse adecuadamente con ninguna noción del Derecho privado. Por su parte, PARRA LUCÁN señaló que se trata de una institución ubicada “en tierra de nadie”, criticando la escasa profundización doctrinal en la cuestión.<sup>179</sup> En realidad, tampoco cabe esperar un desarrollo teórico profundo en la posteridad, ya que, además de las razones señaladas, hay manifiestas dificultades materiales en la restitución del bien. Como ha señalado MAPELLI CAFFARENA, el delincuente es el primer interesado en destruir el bien, inutilizarlo u ocultarlo.<sup>180</sup> Aun en este estado de las cosas, el Código de 1995 ha modificado ligeramente la clásica redacción del precepto regulador de la restitución, sobre la que se asentaban los ya de por sí endebles contenidos teóricos. Hasta el mencionado Código, la redacción era la siguiente:

*“La restitución deberá hacerse de la misma cosa, siempre que sea posible, con abono de deterioros o menoscabos, a regulación del Tribunal.*

*Se hará la restitución aunque la cosa se halle en poder de un tercero y éste la haya adquirido por un medio legal, salvo su repetición contra quien corresponda.*

---

<sup>177</sup> La primera referencia a la restitución – aunque no tal y como la conocemos hoy día – la realizaría el artículo 93 CP 1822 “*Del propio modo se hará en todos los casos la restitución libre de lo robado ó sustraído (...)*”.

<sup>178</sup> Vid. las múltiples referencias que este autor realiza en CARRASCO PERERA, Á., “Restitución de provechos (I)”, pp. 1068-1070.

<sup>179</sup> PARRA LUCÁN, M. A., “El tercero obligado a restituir la cosa”, pp. 310-311. También en esta línea, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, p. 90.

<sup>180</sup> MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, pp. 467-468, señalando, además, la innecesaridad de la cláusula referida al carácter preferente.

*Esta disposición no es aplicable en el caso de que el tercero haya adquirido la cosa en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerla irreivindicable.”*<sup>181</sup>

En cambio, el artículo 111 CPesp posee la siguiente redacción:

*“1. 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.*

*2. 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 irreivindicable.”*

Pongamos de relieve las diferencias entre una y otra redacción. Primero, la más evidente es que nuestro Código Penal abandona el uso de la palabra “cosa” y la sustituye por “bien”. Al respecto, se especuló que el legislador pretendía ampliar el objeto de la restitución, dando cabida a bienes fungibles y dinero, aunque otros autores consideraron que esta nueva referencia indicaría, más bien, la inclusión de bienes no tangibles, como las realidades incorpóreas, derechos, valores, concesiones, etc.<sup>182</sup> Desde nuestro punto de vista, el término “cosa” y el término “bien” tienen un marcado contenido patrimonialista que resulta, cuanto menos, asimilable, sin importantes matices *a priori*. Es decir, entendemos que, o bien no hay diferencia entre los contenidos de uno y de otro concepto o bien existen ligeros matices sin importancia. En todo caso, bien es cierto que la terminología más clásica hacía referencia a la palabra “cosa” más que a la palabra “bien” (*vid. e. gr.* los arts. 109, 619 y 635 LECRIM). No obstante, independientemente de la referencia al bien o a la cosa y siempre desde el punto de vista patrimonial, nos parece claro que se está haciendo referencia a algo susceptible de formar parte del patrimonio de una persona y que, además, se trata de un “algo” determinado y específico a juzgar por la expresión de “*el mismo bien*” o “*la misma cosa*”. Por nuestra parte, creemos, además, que difícilmente se podrá restituir o reintegrar un bien inmaterial propiamente hablando. Todo lo más podrá resarcirse.<sup>183</sup> En consecuencia, no nos parece tan evidente un cambio de paradigma tan pronunciado entre una y otra mención en lo que se refiere al objeto de la restitución. Por lo que respecta a la segunda diferencia entre una y otra redacción, se hace expresa referencia a la buena fe del tercero poseedor. Quizás sea un matiz superfluo, ya que la buena fe, en principio, debería presumirse en las relaciones

---

<sup>181</sup> *Vid.* art. 114 CP 1848, art.122 CP 1870, art. 104 CP 1932, art. 102 CP 1944, art. 102 CP 1963, art. 102 CP 1973. Con algunos matices, únicamente la referencias del art. 73 CP 1928.

<sup>182</sup> *E. gr.*, QUINTERO OLIVARES, G. y TAMARIT SUMALLA, J. M., “Capítulo I – De la responsabilidad civil”, p. 602 y QUINTERO OLIVARES, G., “Efectos de la responsabilidad civil ex delicto: el carácter preferente de la restitución”, p. 52. *Cfr.* MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 467.

<sup>183</sup> En esta línea, RODRÍGUEZ GÓMEZ, M., “Artículo 111”, p. 247 y LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, p. 67-68. A no ser, claro está, que ese bien o derecho inmaterial pueda reconducirse a un bien material. Por ejemplo, en el caso de un usufructo o arrendamiento de una finca, pues consideramos posible solicitar la restitución de ese derecho, si el estado del bien lo permite.



jurídico-privadas.<sup>184</sup> No obstante, lo realmente novedoso en este sentido es que esta nueva redacción acentúa el hecho de que el tercero, aun de buena fe, se encuentra obligado a restituir el bien, con la excepción de la irreivindicabilidad. Del mismo modo, y también en relación con el tercero, además de incluir nuevamente la referencia al derecho de repetición, se añade expresamente la posibilidad de que el tercero poseedor sea indemnizado por el responsable civil del delito.

Por lo expuesto, pareciera que el punto de partida en la restitución no es otro que el objeto de la misma, el cual hemos delimitado como aquel bien determinado y específico que forma parte del patrimonio de una persona. Tradicionalmente, la definición más frecuentemente aceptada es aquella que parte de la acción y el efecto de restituir en un sentido amplio, devolviendo una cosa a quien le pertenecía o poniéndola en el estado en el que antes estaba.<sup>185</sup> Sin embargo, una doctrina más reciente ha señalado que la restitución no debe entenderse simplemente como una suerte de reintegración del *statu quo ante*, es decir, como una vuelta a la situación preexistente al acaecimiento del delito o como mera reincorporación o devolución. Por el contrario, es posible que la situación preexistente al delito no sea del todo conveniente o razonable, por ejemplo en el caso de la apropiación indebida, que implicaría reintegrar la cosa al administrador que ha cometido el delito. En este sentido, sería necesario partir de un concepto de restitución conforme al contenido resarcitorio o compensatorio de la responsabilidad civil *ex delicto* y del resto de las instituciones privadas, en virtud del cual, en el ejemplo anterior se le devolvería el bien al propietario o al legítimo poseedor, quien se ha visto privado de él por la infracción.<sup>186</sup> En esta línea, también algunos autores han defendido que la restitución incluiría, además de la devolución del objeto, la invalidación de aquellos actos y negocios jurídicos a través de los cuales se hubiese sustantivado la privación del bien. Por tanto, para esta segunda doctrina, la restitución abarcaría todas las actuaciones suficientes para restaurar la situación jurídica alterada.<sup>187</sup>

Por lo general, la doctrina tiende a señalar que esta restitución sólo será posible en ciertos delitos, especialmente en aquellos de contenido patrimonial que se traducen, *lato sensu*, en la privación de un bien, con mayor o menor independencia del objeto de tutela.<sup>188</sup> Sin embargo, nosotros creemos que se trata de una aproximación errónea. No hay que partir del delito en sí, sino de los hechos y del estado de los bienes objeto del delito. Ciertamente,

---

<sup>184</sup> *Ult. Op. Cit.*, pp. 68-69.

<sup>185</sup> GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código Penal de 1870*, t. 2, pp. 526-527, GRAU GRANELL, F., voz "Restitución in integrum", en ENCICLOPEDIA JURÍDICA ESPAÑOLA, pp. 440-441, GÓMEZ ORBANEJA, E., "La acción civil de delito", p. 204, TERUEL CARRALERO, D., "Infracción penal y responsabilidad civil", p. 44.

<sup>186</sup> Se trata de un punto de vista que planteó CÓRDOBA RODA, J., "Artículo 102", p. 569 y que han seguido, entre otros, LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, pp. 151-152.

<sup>187</sup> Así parece opinar ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos*, p. 135 adhiriéndose a la tesis de SOTO NIETO.

<sup>188</sup> Por todos, CUELLO CALÓN, E., *Exposición del Código Penal reformado de 1932*, p. 205, CÓRDOBA RODA, J., "Artículo 102", pp. 568 y LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 151. Más recientemente, RODRÍGUEZ GÓMEZ, M., "Artículo 111", p. 246, ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos*, pp. 126-127 y ALASTUEY DOBÓN, M<sup>a</sup> C., "Consecuencias jurídicas no penales", p. 239.

resulta incuestionable la aplicabilidad de la restitución en supuestos claros de desposesión como el hurto o el robo. No obstante, sigue siendo, a nuestro modo de ver, un punto de partida con nocivos tintes punitivistas. Deben separarse por completo las esferas penales y civiles y debe buscarse una solución óptima para la correcta satisfacción del interés privado. Por tanto, y de forma comparable a lo que decíamos en lo que respecta al nacimiento, no nos resulta apropiado hacer una lista o clasificación de aquellos delitos en los que procede la restitución, sino que, por el contrario, consideramos más razonable, como decíamos *supra*, estimar aplicable la restitución en aquellos casos en los que se aprecien los dos requisitos fundamentales del nacimiento de la obligación privada en sede penal. Primero, que se haya ejecutado un ilícito penal, y segundo, que se constate la existencia del bien sustraído, determinado y específico, en condiciones óptimas para su restitución. Si falta alguno de estos dos requisitos, no se podrá materializar la restitución en vía penal, aunque si falta el segundo, puede analizarse si procede la reparación o la indemnización. Por el contrario, si faltase el primero, siempre queda la opción de acudir a la vía civil y reivindicar el bien conforme a las normas del Derecho patrimonial “puro”. De todas formas, aunque se aprecien los dos requisitos mencionados, debemos resaltar que, ciertamente, la cuestión no es siempre tan sencilla, ya que puede haber algún tercero involucrado, alguien que no sea quien haya ejecutado el delito, pero sobre esta problemática volveremos más tarde. Como regla general en vía penal, tendrá que restituir aquél que tenga el bien en su poder, ya sea el reo o un tercero, con la mencionada excepción de la irreivindicabilidad y siempre salvando el derecho de repetición e indemnización del obligado a restituir.<sup>189</sup>

En cualquier caso, desde nuestro punto de vista, no sería necesaria la efectiva apropiación – entendida civilmente - por parte del perjudicado, sino que bastaría la mera desposesión, ya que la sustracción se produce, en ocasiones, a través de actos o negocios jurídicos fraudulentos. Igualmente, entendemos que no cabría distinguir entre bienes muebles e inmuebles a la hora de la restitución.<sup>190</sup> Por el contrario, basta que los bienes sean aquellos determinados y concretos en los hechos delictivos. No obstante, respecto a los bienes fungibles y al dinero existe cierto debate doctrinal. Unos autores consideran que, en puridad, no es restitución, sino reparación o indemnización.<sup>191</sup> Otros son partidarios de estimar tal acción como restitución.<sup>192</sup> Por nuestra parte, creemos que la restitución se identifica con las exigencias de identidad y concreción, por lo que si se entrega el mismo dinero o el mismo bien, aun fungible, cabría apreciar la restitución. Así lo señala el propio

---

<sup>189</sup> También sobre esta idea de que la obligación de restituir recae en quien tenga en su poder el bien, que puede ser alguien diferente a quien lo sustrajo PARRA LUCÁN, M. A., “El tercero obligado a restituir la cosa”, p. 310

<sup>190</sup> Expresamente, RODRÍGUEZ GÓMEZ, M., “Artículo 111”, p. 246.

<sup>191</sup> Considera que es reparación, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, p. 77. Por el contrario, consideran que es indemnización, DÍAZ VALCÁRCEL, L. M., “Responsabilidad civil derivada del delito (Segunda Parte)”, p. 27 y CÓRDOBA RODA, J., “Artículo 102”, p. 570. Respecto al Código Penal actual, en esta línea, MONTÉS PENADÉS, V. L., “Artículo 111”, p. 589, MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 467 y ROIG TORRES, responsabilidad civil, pp. 124 y 127.

<sup>192</sup> Considera que puede considerarse como restitución, FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código Penal*, p. 370. Respecto al Código Penal actual, QUINTERO OLIVARES, G., “Efectos de la responsabilidad civil ex delicto: el carácter preferente de la restitución”, p. 52.

Código “*Deberá restituirse (...) el mismo bien*”. Por el contrario, si no es el mismo bien, sino otro de idénticas características o bien una suma de dinero compensatoria, estaremos ante una reparación en especie o un resarcimiento, pero nunca ante una restitución propiamente dicha.<sup>193</sup>

## B. Observaciones sobre la aplicación del instituto

Hasta ahora hemos identificado la restitución como la reintegración resarcitoria del bien concreto, determinado y específico que es, además, objeto del delito. Teniendo en cuenta, además, que la única excepción a la regla del artículo 111 CPesp es la declaración de irreivindicabilidad, algunos autores han identificado esta institución con la acción reivindicatoria contenida en los artículos 348 y 349 CCesp.<sup>194</sup> Sin embargo, lo cierto es que el ámbito de la restitución, integrado por su concepto, su objeto y por su aplicación, ha resultado más amplio que el contenido de esta acción reivindicatoria. En este sentido, para poder desarrollar esta idea y sustentar adecuadamente esta tesis, expondremos las características más representativas de la acción reivindicatoria y posteriormente examinaremos cómo la aplicación del instituto supera tal delimitación jurídica.

### a) Las características propias de la acción reivindicatoria como un primer punto de partida

La acción reivindicatoria protege enérgicamente el derecho de propiedad y suele ser definida por la jurisprudencia como la acción que puede ejercitar el propietario no poseedor contra el poseedor no propietario que carece de un título jurídico justificante de tal posesión.<sup>195</sup> Por tanto, la finalidad de la acción es reafirmar la propiedad del titular haciendo efectiva la recuperación del bien que indebidamente posee el no propietario. Lo único esencial es el reintegro de la cosa.<sup>196</sup> Sin embargo, esta afirmación tan generalista requiere algunos matices jurídicos. Resulta que la acción persigue la entrega de la posesión del bien pero no la tenencia inmediata del mismo. Es decir, que se trata de una acción dirigida a recuperar el derecho a poseer o *ius possidendi*, pero no necesariamente el derecho de posesión o *ius possessionis*. LACRUZ BERDEJO aporta un ejemplo muy conciso. Imaginemos un propietario que tiene la finca gravada con un usufructo y que, por tanto no la posee materialmente. Así pues, es esta apariencia sin contacto físico la que tratará de recuperar mediante la reivindicatoria si se le ha privado de ella.<sup>197</sup> La finalidad de la reivindicatoria, como decimos, no es la declaración de la existencia de la propiedad, sino reafirmar esta última. Por el contrario, la referida declaración se consigue a través de una acción declarativa, no a través de la reivindicatoria. Ciertamente, en ocasiones el actor

---

<sup>193</sup> De esta opinión, QUINTERO OLIVARES, G. y TAMARIT SUMALLA, J. M., “Capítulo I – De la responsabilidad civil”, p. 603. Por el contrario, la jurisprudencia parece oscilante en este sentido. *Vid.*, ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos*, pp. 122-123 y 125.

<sup>194</sup> Como decíamos *supra*, GONZÁLEZ RUS, J. J., “El artículo 444 del Código penal”, p. 393, MAGALDI PATERNOSTRO, M.<sup>a</sup> J., “Artículo 111”, p. 889 y QUINTERO OLIVARES, G., “Efectos de la responsabilidad civil ex delicto: el carácter preferente de la restitución”, p. 51.

<sup>195</sup> Por todas, *Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), 616/1998, de 25 de junio. Fundamento Jurídico Segundo.

<sup>196</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, t. 3, vol. 1, p. 287.

<sup>197</sup> *Ibid.* También en GONZÁLEZ GARCÍA, J., “Acciones protectoras”, p. 168.

aprovechará la acción reivindicatoria para demostrar que es el propietario, aunque ello, como decimos, no es lo esencial en la acción reivindicatoria.<sup>198</sup> En cuanto al objeto, es posible ejercitar la acción reivindicatoria tanto frente a bienes inmuebles como frente a bienes muebles.<sup>199</sup> En todo caso, rige un plazo de prescripción de 6 años en supuestos de bienes muebles y de 30 años en casos de bienes inmuebles según los artículos 1962 y 1963 CCesp.

En línea con lo expuesto, las tres notas más características de este instituto son las siguientes: en primer lugar, se trata de una acción real, relativa a la tutela de la propiedad mueble o inmueble contra cualquier persona que, sin título posesorio o sin título bastante para justificar la posesión, lesione el derecho de posesión propio de quien ostenta la propiedad del bien. Se trata de la *actio in rem* por excelencia. En segundo lugar, es, en un sentido amplio, una acción de carácter recuperatorio o restitutorio de la posesión legítima basada en el mejor derecho del propietario. En tercer lugar, como decíamos, no se trata de una acción declarativa, sino que es una acción de condena, ya que se encamina a imponer al poseedor no propietario un determinado comportamiento dirigido hacia la recuperación o restitución.<sup>200</sup> En este orden de cosas, realicemos ulteriores aclaraciones. Hemos definido la acción reivindicatoria como una acción real de carácter restitutorio o recuperatorio, no obstante, a pesar de tal carácter, no es una acción restitutoria. Por su parte, las acciones de restitución son acciones personales en las que el demandante hace valer un derecho de crédito, mientras que la acción reivindicatoria es una acción real que reafirma el derecho de propiedad.<sup>201</sup> En estos supuestos convencionales de acción recuperatoria o restitutoria el actor no pretende recuperar la posesión de una cosa amparándose en la titularidad dominical, sino que pretende, precisamente, recuperar la posesión de una cosa basándose en la ineficacia o decadencia del negocio jurídico que permitía la posesión de los bienes mientras estaba en vigor.<sup>202</sup> En este sentido, un ejemplo claro de acción restitutoria se encuentra ubicado en el artículo 1303 CCesp, a través del cual se permite ejercitar la acción de restitución respecto a las prestaciones realizadas en base a un contrato que posteriormente se declaró nulo. Una cosa es solicitar la nulidad de una obligación y otra bien distinta la restitución de lo que se prestó, aunque nada impide que se soliciten ambas pretensiones. En este caso concreto, la restitución iría referida, como decimos, a las prestaciones realizadas.<sup>203</sup> Igualmente, debemos resaltar que la acción reivindicatoria no es tampoco una acción posesoria en sentido estricto, es decir, que no se basa, como estas últimas, en el derecho de todo poseedor a ser respetado en su posesión *ex* artículo 446 CCesp. Por el contrario, la acción reivindicatoria no defiende el

---

<sup>198</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, J., “Acciones protectoras”, pp. 168-169.

<sup>199</sup> Sin embargo, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, pp. 76-77 califica de anecdótica la reivindicación de bienes muebles ante la jurisdicción civil.

<sup>200</sup> Así, por todos, GONZÁLEZ GARCÍA, J., “Acciones protectoras”, p. 169 y LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, pp. 73-75.

<sup>201</sup> Claramente en LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, t. 3, vol. 1, pp. 287-288.

<sup>202</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, J., “Acciones protectoras”, p. 169.

<sup>203</sup> DELGADO ECHEVARRÍA, J., “Artículo 1303”, “VII. La restitución de las prestaciones”, párr. 1º-5º.

derecho “a seguir poseyendo” (*ius possessionis*) de forma inmediata, sino el derecho “a poseer” (*ius possidendi*) que todo propietario, en principio, ostenta.<sup>204</sup>

Igualmente, tres son los requisitos para que se admita su procedencia y, de acuerdo con el artículo 217 LEC, es el demandante quien debe probarlos. Primero, es necesario demostrar el título legítimo de dominio. En esta línea, la jurisprudencia viene considerando que la propiedad es el presupuesto básico para el ejercicio de la acción.<sup>205</sup> Segundo, se exige la identificación concreta del bien objeto de la reivindicatoria. Es decir, que se requiere la máxima concreción y delimitación en la identidad del bien en cuestión. Como puede intuirse, este requisito es especialmente problemático en aquellos supuestos de bienes inmuebles en los que se carece de una delimitación minuciosa.<sup>206</sup> Tercero, es necesaria la posesión no justificada del demandado. Es decir, que el actual poseedor o bien carezca por completo de título para la posesión o bien ostente un derecho de menor entidad que el actor. En el fondo, resulta indiferente que el demandado sea un poseedor mediato o inmediato, de hecho o de derecho, ya sea en un pretendido concepto de dueño o en otro distinto. Lo que se exige en este sentido es la posesión actual e injusta.<sup>207</sup> Por lo tanto, la acción no prosperará si el demandado demuestra que posee debidamente el bien, por ejemplo, como consecuencia de un usufructo o contrato de arrendamiento vigente.<sup>208</sup> Del mismo modo, tampoco procederá la acción frente a quien dejó de poseer o frente a quien se demuestre que no poseyó nunca.<sup>209</sup> En relación con la prueba de este último requisito, es necesario aclarar que el demandante no tiene que demostrar que el demandado carece del derecho a poseer o que lo tiene de inferior condición. Al contrario, el actor únicamente debe probar la posesión actual del demandado.<sup>210</sup> Por su parte, el demandado puede oponerse y demostrar que es titular de algún derecho que le permita poseer el bien. El demandante, para que se aprecie su pretensión, tendrá que hacer valer un mejor derecho. En cualquier caso, si se alegan títulos contradictorios, es necesario determinar cuál de ellos es el válido y eficaz. Según consolidada jurisprudencia, si el demandado “*ampara su posesión (...) en un título dominical más o menos firme, no podrá prosperar la acción reivindicatoria mientras el demandante (...) no pida y obtenga, en procedimiento previo o en el que haya promovido con la finalidad de reivindicar, según que ambos títulos tengan el mismo o distinto origen, la declaración de invalidez o ineficacia del que al suyo se oponga*”.<sup>211</sup> Se trata de la misma exigencia que impone el

---

<sup>204</sup> LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, p. 75.

<sup>205</sup> *Vid., e. gr.* Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), 775/2012, de 11 de diciembre. Fundamentos Jurídicos Primero y Segundo.

<sup>206</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, t. 3, vol. 1, pp. 290-291 y GONZÁLEZ GARCÍA, J., “Acciones protectoras”, pp. 173-175.

<sup>207</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, J., “Acciones protectoras”, p. 175.

<sup>208</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, t. 3, vol. 1, p. 289 y LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, p. 75.

<sup>209</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, t. 3, vol. 1, pp. 289-290.

<sup>210</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, J., “Acciones protectoras”, pp. 175-176 y LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, t. 3, vol. 1, p. 291.

<sup>211</sup> Citando específicamente la STS 2 de enero de 1946, GONZÁLEZ GARCÍA, J., “Acciones protectoras”, p. 176. También en este mismo sentido, LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, t. 3, vol. 1, p. 290.

artículo 38.2 LH y, en cualquier caso, consiste en una acción completamente independiente. Como decíamos, la declaración de invalidez y/o ineficacia no forma parte de la reivindicatoria.

Al hilo de lo expuesto, puede comprobarse que el requisito sobre el que gira toda la procedencia de la reivindicatoria es el de presentación del título legítimo. Esta prueba se entiende satisfecha demostrando el acto de adquisición, es decir, presentando el instrumento que acredite la efectiva pertenencia o la causa en cuya virtud se adquirió.<sup>212</sup> Así, esta prueba será distinta en función de si el bien se ha adquirido de manera originaria o derivativa. En el caso de adquisición originaria, es decir, en aquellos supuestos en los que la titularidad dominical se obtiene con independencia del derecho del titular anterior (*e. gr.* ocupación o usucapión), bastaría con comprobar los hechos fundadores del acto originario. En cambio, en el caso de adquisición derivativa, que serían aquellos supuestos en los que el titular anterior transmite su derecho real, ya sea la propiedad o cualquier otro, al nuevo titular, se debe justificar tanto el acto en virtud del cual se adquiere el bien como la efectiva propiedad del transmisor.<sup>213</sup> En esta línea, también se establecen una serie de presunciones en función de si el bien en cuestión es mueble o inmueble. En el caso de que el bien sea mueble, el artículo 434 CCesp presume la buena fe del poseedor, mientras que, por el contrario, el artículo 38 LH obliga a presumir los derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad. De cualquier forma, tanto la posesión como la inscripción en el Registro son presunciones *iuris tantum*, por lo que cabe desvirtuarlas presentando los medios de prueba pertinentes.<sup>214</sup> También cabe señalar la procedencia de la acción de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente en el Registro de la Propiedad, aunque siempre entendiéndose tales acciones como externas a la reivindicatoria.<sup>215</sup>

Por otro lado, debemos tener en cuenta que existe una serie de obstáculos a la hora de apreciar la procedencia de la reivindicatoria. El primero de todos ellos es, precisamente, la declaración de irrevindicabilidad del bien. Anotada esta referencia, volveremos sobre esta cuestión más adelante, ya que resulta directamente expuesta en el artículo 111 CPesp. El segundo obstáculo sería la buena fe del tercero en la posesión del bien. Si se tratase de un bien inmueble, el artículo 34 LH protege al tercero de buena fe que adquiera onerosamente algún derecho de alguien con facultades para transmitir el bien según el Registro, manteniéndolo en su adquisición, aunque después se anule o resuelva el del otorgante. Es decir, que aun en caso de que se cancele o anule la inscripción de quien ha transmitido onerosamente algún derecho sobre el bien al tercero, se mantiene la adquisición de este último. Igualmente, se presume la buena fe de este tercero salvo que se pruebe que conocía la inexactitud del Registro. Por el contrario, en el caso de que el tercero haya adquirido a título gratuito, el tercer párrafo del artículo 34 LH es

---

<sup>212</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, t. 3, vol. 1, pp. 291-292 y GONZÁLEZ GARCÍA, J., “Acciones protectoras”, pp. 171-172.

<sup>213</sup> *Vid.* las referencias de la nota anterior.

<sup>214</sup> Señalando algunos de los medios de prueba válidos en este sentido, con múltiples referencias jurisprudenciales, LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, t. 3, vol. 1, pp. 291-294 y GONZÁLEZ GARCÍA, J., “Acciones protectoras”, pp. 170-173.

<sup>215</sup> *Ult. Op. Cit.*, p. 173.

concluyente, “no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente”. En este sentido, al que se protege realmente es al tercero hipotecario, particularmente al adquirente a título oneroso. Fuera del Registro de la Propiedad, la protección es menor, porque se basa únicamente en la buena fe subjetiva. De otra parte, si se tratase de un bien mueble, existe controversia acerca de la interpretación del artículo 464.1 CCesp, ¿prevalece la buena fe del poseedor o la pretensión del propietario? De un lado, la tesis germanista defiende la posesión del tercero de buena fe, basándose en el propio artículo, en la apariencia jurídica y siempre partiendo de que el tercero esté en efectiva posesión de la cosa. De otro lado, la tesis romanista entiende que prevalece la pretensión del propietario, considerando que el mencionado artículo no impide la reivindicación aun cuando el tercero sea de buena fe. Así, parece ser que el Tribunal supremo mantuvo en un primer momento la tesis romanista, aunque en la actualidad admite los postulados de la tesis germanista.<sup>216</sup> Por último, como decíamos, el tercero de los obstáculos es la exigencia de solicitar la declaración de invalidez o ineficacia del título del demandado en el caso en que éste base su posesión en un título más o menos firme. Nos remitimos a lo expuesto *supra*.

En este orden de cosas, apreciados estos tres requisitos y, por ende, constatada la procedencia de la acción reivindicatoria, el efecto inmediato de dicha acción es la entrega del bien y, cuando proceda, la liquidación del estado posesorio.<sup>217</sup> En el caso de que fuese necesario valorar la concurrencia de frutos y mejoras, se procederá conforme al régimen jurídico de tales instituciones. Del mismo modo, si hubiera desperfectos en el bien, sería conveniente ejercitar, asimismo, la correspondiente acción de responsabilidad civil. Sobre esta última problemática en particular, el Código Penal menciona los “deterioros y menoscabos” en el artículo 111 CPesp. Por nuestra parte, analizaremos *infra* la cuestión de los deterioros y menoscabos del bien así como la concurrencia de frutos y mejoras.

#### b) Contrastes generales entre la acción reivindicatoria y la restitución

Por lo expuesto hasta ahora, contrastando lo que hemos examinado de la restitución y la acción reivindicatoria, pareciera que esta segunda encajase perfectamente en la estructura del artículo 111 CPesp.<sup>218</sup> Sin embargo, lo cierto es que existe una serie de diferencias, quizás mínimas, que nos llevan a la primaria conclusión de que la restitución no se identifica exactamente con los contenidos y requisitos de la acción reivindicatoria y viceversa. Ante todo, cabe destacar la importancia de la buena fe en la posesión del bien como diferencia más básica. En el ámbito de la acción reivindicatoria (y, en realidad, en materia de Derechos reales), la buena fe posee gran importancia. Ciertamente, la relevancia de ésta no es absoluta ni completamente determinante, ya que se tiene que interpretar en consonancia con otros elementos de juicio. Sin embargo, resulta un concepto de notoria influencia en la construcción del Derecho de obligaciones reales. Por

---

<sup>216</sup> RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., “Efectos de la posesión”, pp. 95-97.

<sup>217</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, t. 3, vol. 1, p. 294 y GONZÁLEZ GARCÍA, J., “Acciones protectoras”, p. 176.

<sup>218</sup> Negando expresamente el carácter de reivindicatoria, por todos, SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Artículo 111”, p. 332.

el contrario, en el ámbito de la restitución, la buena fe, por sí sola, pareciera resultar completamente irrelevante de acuerdo con la literalidad del artículo 111 CPesp. “*La restitución tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de tercero y éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe*”. En todo caso, sería conveniente matizar que la buena fe prevista en el artículo se refiere a la del tercero, es decir, a la de una persona ajena a los hechos subsumibles en la norma penal. No obstante, parece ser que si la buena fe del tercero resulta irrelevante, *a fortiori* también resultaría irrelevante la buena o la mala fe del sujeto sustractor del bien. Así, en sede penal ¿cabría argumentar la buena fe del sujeto que sustrajo el bien? Sería un supuesto verdaderamente extraño, aunque entendemos que no del todo imposible. Parece proceder, en todo caso, la restitución, con la única excepción de la declaración de irrevindicabilidad del bien. Sin embargo, salvaguarda los derechos de repetición e indemnización del obligado a restituir. Igualmente, idéntica irrelevancia pareciera tener el hecho de que el bien objeto de la restitución fuese mueble o inmueble.

En el caso de que se identificase por completo la necesidad del perjudicado civil con el ámbito de la reivindicatoria, como veíamos, en sede civil habría que presentar, además, el justo título de dominio. Por el contrario, habiendo examinado copiosa jurisprudencia en sede penal, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA ha puesto de manifiesto que no siempre se exige prueba de la titularidad dominical, al menos, matiza, cuando no exista controversia. Advierte que, aun entendiendo que el artículo 111 CPesp puede contener la acción reivindicatoria, se trataría de una reivindicatoria especial.<sup>219</sup> Por ello, el hecho de que no se requiera siempre la presentación del título de dominio supone, desde nuestro punto de vista, un importante contraste con la reivindicatoria, ya que esta acción se construye sobre la piedra angular de la propiedad del bien y, por tanto, entendemos que tal requisito resultaría indispensable en todo caso. También en esta línea, cabría cuestionar cual es el sentido y objeto jurídico material de la restitución del artículo 111 CPesp, es decir, si se tutela el derecho a poseer o *ius possidendi*, o, por el contrario, el derecho de posesión o *ius possessionis*. Aunque quizás la respuesta más correcta dependa del tipo delictivo en cuestión, vista la abstracción del instituto y teniendo en cuenta los múltiples matices que realizaremos a continuación sobre la aplicación del instituto, en el fondo puede llegarse a tutelar uno u otro derecho. Por nuestra parte, nosotros hemos decidido *supra* definir el sentido de la restitución como una suerte de reintegración resarcitoria, la cual, en el fondo, tampoco aporta mucha concreción a esta cuestión específica, ya que cabría tutelar tanto uno como otro derecho. Nos hemos inclinado por tal caracterización debido a que, como hemos venido afirmando, la restitución del artículo 111 CPesp no termina de coincidir plenamente con una acción civil concreta, ni siquiera hasta el punto de ser ambas más o menos asimilables.

#### c) La creativa aplicación del instituto en sede penal

Hasta ahora, nos hemos detenido particularmente en la acción reivindicatoria debido a que resulta ser la institución civil más frecuentemente comparada con la restitución. Sin

---

<sup>219</sup> LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, p. 73.



embargo, este breve contraste que hemos realizado bien podría hacerse respecto a cualquier otra acción civil propia del Derecho de contratos y obligaciones. La casuística así lo demuestra. En el fondo, todas las acciones civiles dependen de una serie de factores que, en realidad, son relevantes para el Derecho civil: la buena o mala fe del actual poseedor, el tipo de bien, mueble o inmueble, la relación obligacional entre los sujetos implicados, las entradas en el Registro de la Propiedad, los plazos...etc. Por el contrario, la aplicación de la restitución en sede penal se presenta como mucho más categórica, pues parece ser que únicamente tiene en cuenta la desposesión y, apreciada ésta, obliga al reintegro del bien, aun estando éste en manos de un tercero de buena fe.<sup>220</sup> Sin embargo, debe resaltarse que las relaciones iusprivatísticas, si las hubiera, entre perjudicado(s), reo(s) y tercero(s) pueden llegar a ser verdaderamente complejas. Ciertamente, no habría tanto problema en una simple sustracción *de facto* subsumible en un tipo penal por parte del reo al perjudicado. Nosotros intuimos que muy probablemente era esto lo que tenía en mente el legislador de 1822, el cual ya realizaría la primera referencia normativa a la restitución a pesar de que posteriormente se sistematizase bajo la clásica formulación del Código Penal de 1848.<sup>221</sup> Téngase en cuenta que la fórmula ha permanecido prácticamente invariable desde su inclusión en el Código Penal de 1848 y, si se consideran especialmente las exigencias de unidad y coherencia del ordenamiento jurídico, muy probablemente sería conveniente una profunda revisión de esta institución como consecuencia civil del delito. En cualquier caso, lo cierto es que, a día de hoy, los obstáculos jurídicos de la restitución radican en la gran dificultad que pudieran llegar a revestir las cuestiones civiles que, en efecto, exceden con creces el objeto de este trabajo. Por nuestra parte, nos limitaremos a realizar algunos apuntes sobre el estado de la ciencia en lo que respecta a la aplicación del instituto en algunos tipos penales concretos. Para ello, partiremos de la doctrina civilista más representativa y nos centraremos, ante todo, en consideraciones iusprivatísticas.

#### a. Exposición del estado de la ciencia

En este orden de cosas, más allá de la mera sustracción *de facto*, es perfectamente posible que el desplazamiento patrimonial se haya realizado a través de un acto o negocio jurídico. Así, la jurisprudencia penal ha consolidado una respuesta jurídica prácticamente unánime a la hora de aplicar la restitución, que no es otra que, además de la reintegración

---

<sup>220</sup> En el supuesto que analiza PARRA LUCÁN, M. A., “El tercero obligado a restituir la cosa”, p. 316, la autora refiere que la STC no proporciona información suficiente como para analizar si, por aplicación del art. 34 LH, el Ayuntamiento debía ser mantenido o no en su adquisición. No obstante, la autora afirma que en algún momento se llega a mencionar al Ayuntamiento como “*propietario y titular registral de la finca*”. *Ibid.*, p. 308.

<sup>221</sup> *Vid.* art. 93 CP 1822: “*Tambien se debe imponer de mancomun á los reos cómplices, auxiliadores y fautores, sin perjuicio de que se pueda gravar á unos mas que á otros, como queda espresado, el resarcimiento de todos los dalos, y la indemnizacion de todos los perjuicios que hayan resultado del delito, asi contra la causa pública como contra los particulares; y lo que aquellos no puedan pagar lo satisfarán también de mancomun, con la misma circunstancia, los receptadores y encubridores. Del propio modo se hará en todos los casos la restitucion libre de lo robado ó sustraído, y la reparacion de lo dañado, destruido ó alterado, siempre que se pueda verificar.*” También en GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código Penal de 1870*, t. 2, p. 525.

del bien, la declaración de nulidad del acto o negocio jurídico.<sup>222</sup> Teniendo en cuenta que el nacimiento de la obligación civil en sede punitiva obliga a la constatación previa de un ilícito penal, la jurisprudencia tiende a, por un lado, argumentar la ilicitud de la causa del acto o negocio jurídico de acuerdo con los artículos 1275 y concordantes CCesp, y por otro, a hacer valer la imperiosa necesidad de restaurar la situación jurídica alterada por el delito.<sup>223</sup> No obstante, desde el punto de vista civil, la declaración de nulidad carece de sentido y/o fundamento en múltiples ocasiones. Así se ha puesto de manifiesto por representativa doctrina.<sup>224</sup> ¿Y por qué se realiza entonces? Desde nuestro punto de vista, y de acuerdo con la referida doctrina, la única explicación razonable resulta un simple y llano criterio de simplificación de las cuestiones civiles. La nulidad del acto o negocio jurídico es el supuesto de ineficacia más grave que prevé el ordenamiento, ya que implica que la esfera jurídica no le reconoce ni admisibilidad ni efectos. Por tanto, es como si tales actos o negocios nunca hubieran existido en el mundo del Derecho, por lo que deberán restituirse las prestaciones ejecutadas en su pretendido cumplimiento. Se trata de una respuesta tajante, cómoda y rápida para solucionar la problemática civil de cualquier supuesto reconducible a un ilícito penal en el que haya intervenido algún acto o negocio jurídico.

Uno de los ejemplos ya aportados en ese sentido es el delito de apropiación indebida (art. 253.1 CPesp), el cual consiste, con carácter general y de acuerdo con su tipo básico, o bien en adueñarse para sí o para un tercero de alguna cosa mueble recibida en virtud de cualquier título que produzca la obligación de devolverla (*e. gr.* depósito, comisión, etc.), o bien en negar haberla recibido. Por tanto, en el plano estrictamente civil, nos encontraríamos ante una obligación contractual entre quien entrega la cosa y quien la guarda. En consecuencia, entendemos que en tal caso no procedería declarar la nulidad de la obligación, sino más bien ejercitar la correspondiente acción de responsabilidad contractual<sup>225</sup> e, incluso, una acción restitutoria. De esta forma se restauraría, en nuestra opinión, la situación preexistente al delito, reintegrando la cosa a quien la entregó y obligando al guardador a devolverla. En cualquier caso, y en línea con lo expuesto, consideramos que el ejemplo paradigmático en lo que se refiere a la problemática de la restitución, es el delito de alzamiento de bienes.<sup>226</sup> A grandes rasgos, se trata de un

---

<sup>222</sup> Recuérdense la doctrina según la cual la restitución tendría que abarcar todas las actuaciones necesarias para restaurar la situación jurídica alterada, es decir, que ésta no sólo comporta la reintegración del bien, sino también la declaración de nulidad de todos los actos y negocios jurídicos a través de los cuales se hubiera materializado la privación del bien. ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos*, p. 135, quien se adhiere a la tesis de SOTO NIETO. También en esta línea, SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Artículo 111”, p. 332 y CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., “Artículo 111”, p. 367. En contra, *cfr.* GÓMEZ ORBANEJA, E., “La acción civil de delito”, p. 207 – Id., *Comentarios*, p. 354.

<sup>223</sup> Señalando esta observación, por todos, MONTÉS PENADÉS, V. L., “Artículo 111”, p. 590 y ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos*, p. 135.

<sup>224</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M., “Querellas chantajistas y derecho civil light”, *passim. Id.*, “La querrela por alzamiento de bienes”, pp. 274-276.

<sup>225</sup> De esta opinión, como veíamos, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, p. 31.

<sup>226</sup> Sobre esta cuestión que ha despertado el interés de la doctrina, *vid.* GALLEGO SOLER, J. I. y MIR PUIG, S., “Responsabilidad civil derivada de los delitos de alzamiento”, pp. 1077-1094, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., “La responsabilidad civil en los delitos de elusión de deudas”, “III. Las

supuesto en el que el sujeto pretende eludir o perjudicar considerablemente la satisfacción de alguna deuda previa y, para ello, sustrae u oculta la totalidad o parte de su patrimonio. Así, la jurisprudencia penal suele declarar la nulidad de los contratos fraudulentos como consecuencia civil en estos supuestos, obligando a la reintegración de los bienes al patrimonio del deudor, de donde no deberían haber salido.<sup>227</sup> Por el contrario, resulta que la regla civil general para la reintegración de dicho patrimonio es la rescisión por fraude de acreedores, prevista en el artículo 1111 en relación con el 1291. 3º CCesp.<sup>228</sup> No obstante, se entiende que sí es procedente declarar la nulidad en aquellos casos en los que el acto o negocio jurídico no haya tenido lugar, pues aquí sí nos encontramos ante un supuesto de causa falsa. Igualmente, debe declararse la nulidad cuando, habiéndose concertado el deudor y el adquirente para hacer salir el bien de la garantía del acreedor, no haya habido una auténtica transmisión. Es éste un supuesto de causa ilícita. Por el contrario, si hubo transmisión y no se prueba la colaboración consentida del adquirente en el fraude al acreedor -presumiéndose, por tanto, la buena fe, se debe declarar la rescisión del contrato de acuerdo con la regla general expuesta.<sup>229</sup> Finalmente, nos suscita gran interés acentuar el ligero matiz que en este supuesto concreto incorpora la jurisprudencia. Resulta que el bien no se restituye, en puridad, al perjudicado civil, sino a la masa patrimonial del reo para que el primero pueda, con posterioridad, ejercitar satisfactoriamente su derecho de crédito. Así pues, ¿resulta este planteamiento correcto desde el punto de vista de la restitución? A nuestro parece, y en principio, nada parece impedirlo. La vaga redacción del artículo 111 CPesp nada indica sobre a quién o dónde debe restituirse el bien. Únicamente expresa que “*Deberá restituirse (..) el mismo bien*”. Por tanto, en una interpretación amplia, – o incluso analógica – del precepto, de acuerdo con el carácter civil del mismo, bien podría sostenerse tal posibilidad.

Otro clásico ejemplo es la estafa, donde los contratos son un instrumento jurídico frecuente en la comisión del delito. Nuevamente, en un sentido amplio, se entienden incluidos en este tipo de supuestos aquellos comportamientos delictivos en los que se simula cumplir (o se da a entender que se cumplirá) la contraprestación que le

---

*insolvencias punibles*”, MIR PUIG, S., “Contenido de la responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes”, pp. 15-36 y QUINTERO OLIVARES, G., “Efectos de la responsabilidad civil ex delicto: régimen especial en algunos delitos”, p. 129. Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., “La querella por alzamiento de bienes”, *passim*.

<sup>227</sup> Así lo expone LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, pp. 133-134 quien, a pesar de manifestar su disconformidad con la solución jurídica, extrae algunos presupuestos básicos para declarar la nulidad en vía penal: primero, la concurrencia de un contrato cuya celebración suponga la comisión de un delito; segundo, que la nulidad sea solicitada por el Ministerio Fiscal o la acusación particular; tercero, que no afecte a terceros no llamados al proceso penal; y cuarto, que el asunto no revista excesiva complejidad. Con todo, la autora pone de manifiesto la informalidad a la hora de apreciar la concurrencia de los referidos requisitos, pues éstos no parecen exigirse con la misma intensidad en todos los supuestos.

<sup>228</sup> LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, pp. 133-134 y 149-150 e YZQUIERDO TOLSADA, M., “Querellas chantajistas y derecho civil light”, pp.13-14.

<sup>229</sup> LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, pp. 130-133 y 149-150, YZQUIERDO TOLSADA, M., “Querellas chantajistas y derecho civil light”, p. 14 e *Id.*, “La querella por alzamiento de bienes”, pp. 275-276. También en esta línea, críticamente con la solución jurisprudencial señalada, PARRA LUCÁN, M. A., “El tercero obligado a restituir la cosa”, pp. 320-321.

correspondería al autor del delito, obteniendo, por el contrario, la satisfacción de la obligación de la contraparte como ya se tenía previsto *ab initio*. La jurisprudencia tiende, al igual que en el alzamiento, a declarar la nulidad del acto o negocio jurídico, obligando a la restitución recíproca de lo prestado. En este sentido, la mayor dificultad es diferenciar entre el delito y el contrato válido, lícito e incumplido. La línea divisoria se encuentra en que en el primer caso el sujeto tiene, ya desde el principio, la intención de obtener la prestación sin realizar la contraprestación que le correspondería, mientras que en el segundo el sujeto obra inicialmente de buena fe. En las estafas hay discordancia entre la voluntad interna de no cumplir y enriquecerse con la prestación que la otra parte entrega y la voluntad externa y engañosa que manifiesta el propósito inexistente de cumplir la parte que le incumbe. El engaño consiste en simular un contrato, induciendo a error a la otra parte. Por tanto, la consecuencia civil en estos supuestos, con carácter general y de acuerdo con el artículo 1269 CCesp, es la anulabilidad, no la nulidad radical, ya que estamos ante un supuesto de dolo civil *in contrahendo* al haber inducido a otro “*con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes (...) a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho*”.<sup>230</sup>

Por otro lado, y en relación con el delito de estafa, es conveniente hacer valer aquí una importante separación entre los planos civil y penal que los civilistas tienden a pasar por alto. Se trata de los supuestos de venta de la cosa ajena y de doble venta, los cuales, en principio, no aparecen prohibidos por el Derecho civil, ya que si el vendedor cumple, no hay nada más que considerar. Los problemas jurídicos surgen cuando no se cumple con las obligaciones del vendedor en el contrato de compraventa, esto es, con la entrega y saneamiento de la cosa según el artículo 1461 CCesp. Mientras que en vía penal la jurisprudencia aparece bastante consolidada en cuanto a que la consecuencia jurídica civil en uno y otro caso es la nulidad del contrato, en la vía civil la cuestión no es tan simple. Por una parte, la venta de cosa ajena generaría, en principio, la responsabilidad por evicción *ex* artículos 1474 y ss CCesp, no la constatación de causa ilícita ni la carencia de objeto, por lo que no sería posible, consecuentemente, declarar la nulidad absoluta.<sup>231</sup> Recuérdese que en la vía civil se presume la buena fe. Al contrario, bien es cierto que si tal venta se realizó con engaño por parte del vendedor, fingiéndose dueño de lo vendido, puede ser declarada la anulabilidad, por existir dolo.<sup>232</sup> Por otro lado, en el caso de la doble venta, el artículo 1473 CCesp indica dos reglas sobre a quién debe entenderse transferida la cosa. Si fuese mueble, al primero que haya tomado posesión de ella con buena fe. Si fuese inmueble, al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro. Por el contrario, si no hay inscripción, pertenecerá a quien haya sido primero en la posesión y, en su defecto, a quien presente título de fecha más antigua, entendiéndose ambos casos

---

<sup>230</sup> Con referencias jurisprudenciales LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, pp. 151-153.

<sup>231</sup> Por todos, PARRA LUCÁN, M. A., “El tercero obligado a restituir la cosa”, pp. 320-321, aunque reconoce las divergencias doctrinales y jurisprudenciales en torno a la venta de cosa ajena y a la doble venta. Respecto a la primera, puede encontrarse una excelente exposición del estado de la ciencia en doctrina y jurisprudencia en RAGEL SÁNCHEZ, L. F., “La venta de cosa ajena: distinción de supuestos”, pp. 45-88.

<sup>232</sup> *Vid.* arts. 1269 y 1270 CCesp. Igualmente, YZQUIERDO TOLSADA, M., “La querrela por alzamiento de bienes”, p. 274.

siempre que haya habido buena fe. No obstante, ¿qué ocurre con el contrato celebrado con el comprador no adquirente? En principio, este contrato sería perfectamente válido y eficaz y habría que comprobar si el vendedor cumple con lo pactado. En caso negativo, nosotros entendemos procedente la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento a partir del artículo 1124 CCesp así como la indemnización correspondiente.

En sede penal, de otra parte, ambos comportamientos están tipificados como delito en el artículo 251 1º CPesp. Según esta prescripción, comete delito de estafa quien, en primer lugar, se atribuye falsamente una facultad de disposición sobre una cosa mueble o inmueble de la que carece, ya sea por no haberla tenido nunca o por haberla ya ejercitado, y en segundo lugar, la enajene, grave o arriende a otro en perjuicio de éste o de tercero. En consecuencia, podemos comprobar cómo ambas conductas encajan perfectamente en el tipo. Por un lado, la doble venta implica, de una parte, atribuirse nuevamente, después de la primera venta, la disposición sobre la misma cosa, la cual debería entenderse ya transmitida y, de otra, venderla de nuevo a otra persona, lo cual constituiría un perjuicio evidente, como mínimo, para el segundo comprador si ya se ha transmitido correctamente el bien en la primera compraventa. Por otro lado, la venta de cosa ajena, consiste, como su propio nombre indica, en enajenar algo que no es propio. Igualmente, el sujeto activo se atribuye una facultad de disposición de la que carece y la vende a otro, en perjuicio del propio comprador, quien comprobará cómo no ha adquirido legítimamente la cosa. En ambos casos, tanto en la doble venta como en la venta de cosa ajena, el delito exige dolo por parte del sujeto activo. Ciertamente, estos tipos concretos de estafa del artículo 251 1º CPesp, como hemos visto, no tienen por qué coincidir exactamente con los supuestos de venta de cosa ajena ni con el de la doble venta, entre otras cosas, por el relevante papel que juega el dolo en Derecho penal. Sin embargo, se sabe que algunos casos resueltos por la jurisprudencia civil parecen revelar una conducta delictiva que, a pesar de todo, no se remitió a la vía penal.<sup>233</sup> Por tanto, ese carácter reduccionista, que tiende a juzgar los hechos únicamente desde la rama del Derecho de la que se ocupa el órgano encargado de resolver el caso, no sólo se aprecia en los tribunales penales, sino también en los civiles. Todo ello sin que creamos necesario insistir demasiado en que, si se actúa de tal forma, la cuestión de la prejudicialidad penal de los artículos 10.2 y 44 LOPJ y 40 LEC se habrá ignorado por completo.

#### b. Consideraciones críticas

En el fondo, si las mal llamadas consecuencias civiles del delito son consideradas como normas de naturaleza privada, habría que analizar la cuestión desde el punto de vista del Derecho civil. Las exigencias de unidad y coherencia del ordenamiento jurídico demandarían tal esfuerzo. No obstante, por las razones examinadas, resulta mucho más cómodo declarar la nulidad y reintegrar, en la medida de lo posible, el estado posesorio. Si bien el sacrificio de los tecnicismos iuscivilistas pareciera una opción razonable ya que, a fin de cuentas, se procede a reintegrar el patrimonio afectado de una forma tajante

---

<sup>233</sup> PARRA LUCÁN, M. A., “El tercero obligado a restituir la cosa”, pp. 312-313.

y sin demasiadas complicaciones, lo cierto es que tal solución no está exenta de problemas. De entrada, ya veíamos que la doctrina discute acerca de la competencia de los órganos penales para declarar la nulidad. A lo que cabría añadir, como puso de manifiesto PARRA LUCÁN, que no hay normas específicas en el Código Penal referidas a la ineficacia e invalidez del acto o negocio jurídico.<sup>234</sup> Ni siquiera el propio artículo 111 CPesp parece mencionar nada al respecto. Por tanto, si se entiende que la restitución debe abarcar todas las actuaciones necesarias para restaurar la situación jurídica alterada por el delito, incluyendo aquellas referidas al Derecho de obligaciones y contratos, deberán aplicarse las disposiciones del Código Civil. En tal sentido, quisiéramos, ante todo, acentuar que, si se observan los contenidos del orden civil, la declaración de nulidad no es la consecuencia jurídica unívoca en todos aquellos casos en los que se haya empleado un acto o negocio jurídico como medio para la comisión del delito. Ya hemos examinado algunos de los ejemplos más representativos al respecto y hemos podido comprobar cual sería, en principio, la respuesta jurídica más apropiada para estos supuestos.

En esta línea, bien se podría seguir argumentando que la necesidad de una respuesta jurídica rápida y cómoda está por encima de los contenidos dogmáticos jurídico-privados. Sin embargo, lo cierto es que la declaración de nulidad tiene unos importantes efectos que pueden llegar a repercutir negativamente en los perjudicados civiles. Así, YZQUIERDO TOLSADA ha acentuado que la declaración de nulidad del contrato en el supuesto de alzamiento de bienes conllevaría que, una vez reintegrado el patrimonio, el acreedor tuviera que concurrir a la ejecución de su crédito junto a otros acreedores que no intervinieron en el proceso penal, siendo perfectamente posible que alguno de ellos sea incluso titular de algún crédito privilegiado. Dicho en otras palabras, la declaración de nulidad puede llegar a perjudicar la efectiva satisfacción del crédito. Aun habiendo citado expresamente el alzamiento, el referido autor entiende que esta observación es trasladable a otros tipos, referenciando expresamente la estafa. Por el contrario, en el supuesto de la rescisión no hay una restitución material, sino que el bien retorna al patrimonio del deudor a los únicos efectos de remendar el perjuicio del acreedor, es decir, que el adquirente en realidad continuaría siendo propietario del objeto adquirido en el fraude, pero el acreedor puede dirigir su ejecución contra él.<sup>235</sup>

Por otro lado, es de especial importancia para el jurista tener en consideración los problemas procesales, particularmente, el referido a los plazos, y es que, si partimos de que estamos ante una problemática estrictamente civil, lo lógico sería entender que, más allá de las cuestiones estrictamente penales, las relaciones jurídico-privadas que resultan de los mismos hechos se rigen por unos contenidos y procedimientos totalmente distintos. Resulta, desde esta óptica, completamente desacertado entender que si no ha prescrito el delito, tampoco puede haberlo hecho la responsabilidad civil *ex delicto*. Ciertamente, las cuestiones civiles tienen un plazo mucho más reducido para su control jurisdiccional, lo cual es, o debería ser, un importante factor a tener en cuenta a la hora de la ejecución de

---

<sup>234</sup> *Ibid.*, pp. 318-320.

<sup>235</sup> *Vid.*, YZQUIERDO TOLSADA, M., "Querellas chantajistas y derecho civil light", p. 14 e *Id.*, "La querrela por alzamiento de bienes", pp. 275-276.

las correspondientes acciones privadas.<sup>236</sup> También en esta línea de la cuestión procesal, resurgen las observaciones acerca del contenido de la acción civil derivada del delito, el cual decíamos que era, de por sí, ya bastante difuso. En esta ocasión, centrándonos exclusivamente en la restitución, si tuviéramos que delimitar el contenido de esta modalidad, nos resultaría una cuestión prácticamente irresoluble a la vista de todo lo expuesto. Bien pudiera ser, como teme la doctrina más atenta, una suerte de cajón de sastre en el que se condensa bruscamente todo el Derecho Patrimonial en una institución que parece permitir una flexibilidad prácticamente absoluta en virtud de las pretendidas exigencias de restablecimiento del orden jurídico alterado, afectando, naturalmente, algunos de los principios más básicos de la rama del Derecho en la que se integran tales instituciones.

### 2.3. La obligación de abono de los deterioros y menoscabos

#### A. Caracteres generales y contenido de la obligación

Si se observan los contenidos del artículo 111 CPesp, se comprobará cómo tal precepto impone, además del deber de restituir el bien, la obligación de hacerlo abonando los deterioros y menoscabos que el juez o tribunal determine. Esta breve adición a lo que es la simple restitución ha venido generando algunos problemas interpretativos. El primero de todos ellos es, precisamente, el relativo a su adecuación. De una parte, un grupo de autores entiende que esta obligación trasciende la propia restitución y que tal comportamiento se ubicaría, más bien, dentro del ámbito de la indemnización. En consecuencia, y de acuerdo con estos planteamientos, la referida mención resultaría inadecuada.<sup>237</sup> Desde otro punto de vista, se ha considerado que esta obligación acentuaría la idea de una auténtica restitución, en el sentido de que se obliga a devolver el bien tal y como se sustrajo, sin que el acreedor de la prestación tenga por qué soportar los daños causados con posterioridad al despojo.<sup>238</sup> En realidad, si se abonan los “deterioros y menoscabos” además de entregar el bien, se está realizando algo más que restituir el objeto. No es ya una reintegración, sino que, básicamente, se está procediendo a “restaurar” el bien. Por tanto, en este supuesto no nos encontraríamos, a nuestro modo de ver, ante una restitución en el sentido más purista del término, sino que se está excediendo el ámbito de ésta. Sin embargo, creemos que si se parte, por un lado, de que el contenido de la restitución y el de la responsabilidad civil *stricto sensu* no coinciden, y, por otro, de que la función de todas las instituciones civiles es la compensación del interés privado, no debería haber ningún problema teórico en combinar la restitución y la reparación civil si en tal caso se garantiza una plena satisfacción del interés del perjudicado.<sup>239</sup>

---

<sup>236</sup> *Ult. Op. Cit.*, p. 280-281, poniendo de relieve la más que probable posibilidad de que, cuando se aborde la cuestión civil, ésta ya esté prescrita o caducada.

<sup>237</sup> Por todos, ALASTUEY DOBÓN, M.<sup>a</sup> C., “La responsabilidad civil y las costas procesales”, p. 606. Anteriormente, proponiendo una interpretación restrictiva, QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Compendio de derecho Penal*, p. 492 e *Id.*, *Curso de Derecho Penal*, p. 552.

<sup>238</sup> Por todos, MONTÉS PENADÉS, V. L., “Artículo 111”, p. 592.

<sup>239</sup> Consideramos muy acertadas las puntualizaciones de CARRASCO PERERA, Á., “Restitución de provechos (I)”, pp. 1076-1077, quien expone que se excede el ámbito de la restitución cuando no hay

A continuación, una segunda cuestión hermenéutica viene referida a cómo debe interpretarse la expresión “deterioros y menoscabos”. Pareciera evidente que tal expresión sería sinónimo del concepto de daño civil tal y como lo hemos estudiado. En este sentido, siempre se ha interpretado dicha expresión como aquella referida a los deterioros y menoscabos ocasionados al bien y no aquellos externos a éste, como por ejemplo en el caso de una sustracción violenta sobre las personas o sobre las cosas ajenas al propio bien. Obsérvese que el artículo 111 CPesp no especifica de forma explícita, al menos desde nuestro punto de vista, que los deterioros y menoscabos deban ser forzosamente aquellos ocasionados sobre el bien. En tal sentido, si hubiera deterioros y menoscabos (*rectius*, daños civiles) en alguna realidad material o incorpórea ubicada fuera de la esfera del bien, se tendría que acudir a la indemnización o a la reparación. Ahora bien, este daño civil ¿se entiende exclusivamente como el causado al bien en sí o incluye también aquellos derivados de la sustracción? Desde nuestro punto de vista, resulta más razonable la primera opción.<sup>240</sup> Sin embargo, como decimos, ello no implica que aquellos daños derivados de la sustracción queden insatisfechos. Éstos deben resarcirse obligatoriamente. Por ejemplo, supongamos la sustracción de un coche que utiliza su propietario para ir todos los días al trabajo. Obviando el hecho de que se pudiera haber devuelto el vehículo a su propietario con múltiples desperfectos, resultaría razonable admitir que este último se ha visto privado de su medio de desplazamiento y que, consecuentemente, ha tenido que gestionar su transporte de alguna otra forma. Nos parece clara la existencia de un daño civil ulterior, aun sin suponer que las distancias recorridas con asiduidad por el propietario sean especialmente largas. Pues bien, entendemos que estos últimos daños deben resarcirse, aunque no bajo la noción de los mencionados “deterioros y menoscabos” del bien objeto de restitución, sino bajo la institución de la reparación o de la indemnización según corresponda.<sup>241</sup> Lo mismo puede argumentarse respecto a aquellos supuestos de desposesión realizada con violencia o intimidación, donde procede, además de la restitución del bien y sus posibles deterioros y menoscabos (por otra parte, siempre reconducibles a la idea de daño patrimonial), la resarcibilidad del daño moral/corporal que se le haya causado al perjudicado en el proceso de despojo, al amparo del artículo 113 CPesp.<sup>242</sup> Además, por supuesto, del resto de daños (patrimoniales p.e.) vinculados consecuentemente a la desposesión.

---

equivalencia entre el objeto restituible y la obligación a la que se somete al obligado. En otras palabras, cuando la restitución – entiéndase en nuestro contexto, la prestación restitutoria y de abono de deterioros y menoscabos a imponer – supera el ámbito reparatorio y aparece como sanción, *e. gr.* duplo o cifra mayor, se está desvirtuando el objeto y sentido de la prestación.

<sup>240</sup> De esta opinión, manejando el concepto clásico de “deterioros y menoscabos” entendidos como aquellos ocasionados al bien sustraído, por todos, DÍAZ VALCÁRCEL, L. M., “Responsabilidad civil derivada del delito (Segunda Parte)”, pp. 26-27. De otra opinión, sugiriendo una lectura extensiva de los deterioros y menoscabos, ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos*, pp. 127-139.

<sup>241</sup> También en esta línea parece situarse CÓRDOBA RODA, J., “Artículo 102”, pp. 573-574, aunque no se pronuncia expresamente sobre si en estos casos cabe ampliar la noción de “deterioros y menoscabos” o acudir directamente a la indemnización o reparación, citando sentencias en uno y otro sentido. Más recientemente, denunciando esta inconsistencia jurisprudencial ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos*, pp. 138-139.

<sup>242</sup> También de este parecer, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, pp. 71-73.



## B. La compleja cuestión del sujeto obligado

La tercera cuestión interpretativa se refiere al sujeto obligado al “*abono de los deterioros y menoscabos*”. Parece razonable que si es el reo quien sustrae el bien y quien causa estos detrimentos, debería ser él quien los abonase. Sin embargo, la cuestión se complicaría sensiblemente si añadiésemos a un tercero poseedor o, incluso, a un causante ajeno a ambos. Decíamos anteriormente que volveríamos sobre la cuestión del tercero perjudicado, pero por el momento únicamente nos centraremos en lo que respecta a los deterioros y menoscabos. Este problema se agudiza por la ausencia de una declaración de responsabilidad sobre el abono de los referidos detrimentos. Es decir, queda claro que debe restituir el bien, con carácter general, aquella persona que lo tenga en su poder, pero no es tan evidente el hecho de determinar quién es el encargado de abonar los deterioros y menoscabos. Muchas son las posiciones doctrinales sobre la materia. Al respecto, algún autor ha abogado claramente por una suerte de irresponsabilidad del tercero, impidiendo que se le pueda exigir esta obligación en cualquier caso.<sup>243</sup> En consecuencia, y de acuerdo con esta tesis, sólo podría exigirse responsabilidad en este sentido a quien sustrajo el bien. Desde nuestro punto de vista, una aproximación tan tajante no resultaría muy respetuosa con los principios más básicos del Derecho privado, pues, en realidad, varias son las circunstancias que hay que tener en cuenta a grandes rasgos: en primer lugar, quien es el obligado a restituir, si el sujeto que sustrajo el bien o un tercero, en segundo lugar, quién y cómo se ha causado el deterioro o menoscabo y, en tercer lugar, el papel de la buena o mala fe en la posesión. Examinemos algunas posturas al respecto.

Primero, si se tienen en cuenta los principios más básicos de la responsabilidad civil *ex delicto*, es decir, los criterios de simplificación y, particularmente, el principio *pro damnato* que rige la obligación civil en el Código Penal, sería el obligado a restituir quien debería abonar los deterioros y menoscabos según la literalidad del propio artículo 111 CPesp. Todo ello como línea general y con expresa reserva de su derecho de repetición y de indemnización, en el caso de que procedieran.<sup>244</sup> No obstante, algunos autores consideran de especial relevancia tener en cuenta la buena fe en la posesión para diferenciar algunos supuestos, de acuerdo con las prescripciones del Código Civil. En principio, nos resultaría razonable entender que el sujeto que sustrae el bien sería poseedor de mala fe, pues difícilmente podría argumentarse lo contrario. No obstante, partiendo de la señalada irrelevancia del dolo específico (p.e. el ánimo de lucro en el hurto *ex art. 234 CPesp*) quizás en algún supuesto concreto podría llegar a darse esta buena fe (o mejor dicho, a no darse la mala fe y, por exclusión, a presumir la buena). Pero, de nuevo, creemos que difícilmente podría llegar a sostenerse, aunque no sería del todo imposible. En todo caso, dependiendo de cómo se interpreten, por ejemplo, elementos objetivos del propio hurto como la ausencia de “voluntad de su dueño” (art. 234.1 CPesp)

---

<sup>243</sup> DÍAZ VALCÁRCEL, L. M., “Responsabilidad civil derivada del delito (Segunda Parte)”, p. 27.

<sup>244</sup> Ésta es la primera de las interpretaciones del artículo 111 CPesp que proponen MONTÉS PENADÉS, V. L., “Artículo 111”, pp. 83-84 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, pp. 82-83.

podrían dar lugar a apreciar, por sí sola, la mala fe. Como regla general, entendemos que el sujeto que sustrae el bien sería un poseedor de mala fe, por ejemplo, debido al uso de la “violencia o intimidación” en el robo (art. 237 CPesp) o el empleo de “engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno” en la estafa (art. 248.1 CPesp). En consecuencia, habrá que estar atento a los hechos concretos y a la presunción de buena fe que impone el artículo 446 CCesp. Por lo tanto, si se trata de un poseedor de buena fe, ya sea tercero o el sustractor del bien, por imperativo del artículo 457 CCesp, éste no respondería del deterioro o pérdida de la cosa, salvo que haya procedido con dolo. Más concretamente, se ha defendido la posibilidad de que el tercero de buena fe se niegue a pagar los detrimentos en vía penal, de los que deberá hacerse cargo quien sustrajo la cosa. Este punto de vista se basa en una interpretación conjunta de los artículos 457 CCesp primer inciso y 111.1 CPesp, entendiendo que la segunda parte de este último artículo no se refiere a los deterioros y menoscabos, sino únicamente a la obligación de restitución del tercero, por lo que habría que acudir en tal sentido a las normas del Código Civil.<sup>245</sup> En todo caso, si se tratase de un poseedor de mala fe, ya sea el sustractor o un tercero, el artículo 457 CCesp señala que éste siempre responderá del deterioro o pérdida, incluso en casos de fuerza mayor.<sup>246</sup>

Por otro lado, también puede complicarse todavía más el supuesto de hecho si se añade la posibilidad de que haya sido alguna otra persona quien causó el deterioro o menoscabo. Entiéndase este sujeto como diferenciado del sustractor del bien o del tercero poseedor. Ya hemos hecho referencia a la lectura conjunta de los artículos 111 CPesp y 457 CCesp, por lo que pareciera que, el poseedor de mala fe responderá, en principio, del deterioro o menoscabo aunque no lo haya causado él mismo. Es decir, que aun en el caso de que los daños hayan sido causados por un tercero, un poseedor de mala fe responderá siempre, como regla general, ante el perjudicado civil. Todo ello sin perjuicio de la correspondiente repetición contra el verdadero causante, si procediese. Esta afirmación generalista se sostiene a raíz de una interpretación *a fortiori* de las reglas establecidas en el artículo 457 CCesp, pues si el poseedor de mala fe responde en todo caso del deterioro o pérdida e incluso en aquellos supuestos de fuerza mayor, con más razón será irrelevante su responsabilidad siendo él quien haya causado el daño o no. Por el contrario, en el supuesto de un poseedor de buena fe, únicamente respondería en caso de haber procedido con dolo. Por tanto, y como bien ha resaltado MONTÉS PENADÉS, el criterio básico del Código Civil en esta problemática se asienta sobre la buena o mala fe del poseedor, no del causante.<sup>247</sup>

También en relación con los deterioros y menoscabos, ¿existe algún requisito para su apreciación? Parece que la doctrina mayoritaria entiende que se trata de una prestación

---

<sup>245</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, pp. 83-84. A pesar de ello, este autor admite la posibilidad de mutación de la buena a la mala fe en el caso de que este tercero se niegue a la devolución tras haberse visto intimado por el legítimo propietario que le haya demostrado su título y la improcedencia de la posesión del primero.

<sup>246</sup> Así, ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos*, pp. 140-141, aunque su postura presenta algunos matices sobre nuestra optimista admisión de la posible (e improbable) buena fe del sustractor.

<sup>247</sup> MONTÉS PENADÉS, V. L., “Artículo 111”, p. 591.

de índole objetiva, de tal forma que el poseedor de mala fe responde de los deterioros, pérdidas y menoscabos (art. 457 CCesp en relación con art. 111.1 CPesp) con independencia de culpa o dolo del causante.<sup>248</sup> Sin embargo, otros autores han matizado que si el deterioro o menoscabo hubiese sido ocasionado por un tercero, al obligado a restituir únicamente se le podrá exigir tal abono en defecto de éste, entendiendo que se incurre en un contrasentido al atribuir un tratamiento más beneficioso al causante que al sometido a la restitución.<sup>249</sup> Por nuestra parte, creemos que la solución propuesta por la doctrina mayoritaria resulta más adecuada, al menos como regla general. Si el fundamento de la restitución es la posesión y, a su vez, el criterio básico en el desarrollo de las consecuencias jurídicas de ese concepto es la buena o la mala fe, no tiene mucho sentido acudir a otro tipo de criterios. De otra parte, entendemos que nada impediría que, aun teniendo en cuenta que la prestación de abono de deterioros y menoscabos es de índole objetiva frente al perjudicado principal, se ejercite la correspondiente acción civil también frente al causante del detrimento en virtud del artículo 1902 CCesp. Igualmente, al poseedor se le permitiría, bajo nuestro punto de vista, ejercitar la correspondiente acción de repetición en el caso de que éste haya respondido por el causante en primer lugar. Por otro lado, nos resulta de gran interés hacer referencia a una puntualización que realiza YZQUIERDO TOLSADA, quien expresa que no existe norma civil alguna que regule lo que sucedería si el obligado a asumir los deterioros fortuitos pudiera demostrar que los mismos se habrían producido de igual modo incluso si el bien hubiese estado en manos de su poseedor ilegítimo. Este autor pone de manifiesto, con gran acierto, que esta problemática no se da en otros ordenamientos que sí han previsto tal circunstancia, como sucede en el ordenamiento italiano a través del artículo 1221 CCita. No obstante, YZQUIERDO TOLSADA se posiciona expresamente a favor de que se permita la referida prueba.<sup>250</sup>

A pesar de lo expuesto, debemos resaltar que, en este orden de cosas, seguramente la respuesta más cómoda para los perjudicados civiles (y, por supuesto, para los órganos jurisdiccionales de lo penal) sea, en la línea de los planteamientos de la responsabilidad civil *ex delicto*, facilitar ante todo la satisfacción del interés del perjudicado a través de una declaración general de responsabilidad civil al poseedor aun de buena fe. Del mismo modo, para salvaguardar los posibles intereses y derechos del poseedor, se garantizaría expresamente la posibilidad de ejercitar, si procediese, la acción de repetición y/o indemnización contra quien corresponda, ya sea frente al sujeto que sustrajo el bien como frente al tercero causante de los deterioros y menoscabos. En todo caso, de ello ya se ocuparían los tribunales civiles. No obstante, se trata de una solución que no está exenta de críticas, ya que consiste en una respuesta completamente simplista y categórica. La

---

<sup>248</sup> Así, por todos, MONTÉS PENADÉS, V. L., “Artículo 111”, p. 591, SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Artículo 111”, p. 332 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, pp. 82-83.

<sup>249</sup> De esta opinión, CÓRDOBA RODA, J., “Artículo 102”, p. 573.

<sup>250</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, p. 84. También en esta línea parece haberse pronunciado con anterioridad CÓRDOBA RODA, J., “Artículo 102”, p. 573 “Este deber de resarcir los daños nace en cuanto se observe que, de no haber tenido lugar la sustracción o apropiación de la cosa, el deterioro o menoscabo no se hubiera producido”. Ergo, si el menoscabo o deterioro se hubiera producido aun sin haberse sustraído o apropiado la cosa, no nacería la obligación de resarcir los daños.

crítica principal, en línea con las deficitarias respuestas de Derecho privado que otorga el Código Penal, es precisamente la evidente escasez de técnica jurídico-privada, irrespetuosa con los principios más básicos del Derecho civil. Así, en este sentido, nos encontraríamos frente a la más absoluta omisión de resolver las complejas problemáticas en lo que respecta a la relación entre el sustractor, el poseedor y el causante de los deterioros y menoscabos. Por otra parte, es cierto que no habrá grandes controversias si estos tres sujetos coinciden en una misma persona. Sin embargo, habrá graves problemas jurídicos si esto no es así.

En virtud de todo lo examinado, y en resumidas cuentas, nuestra posición sobre la problemática del sujeto obligado es la siguiente. Si bien debe restituir el poseedor del bien, los detrimentos serán abonados con carácter general por el poseedor de mala fe según el imperativo del artículo 457 CCesp. Por su parte, el poseedor de buena fe únicamente abonará los deterioros y menoscabos si procedió con dolo o culpa según el artículo 457 CCPesp. Pero, ¿qué ocurriría entonces con tales detrimentos? ¿se quedarían sin abonar? Creemos que no, ya que si el bien se sustrajo por un valor y se entrega al perjudicado por un valor inferior, debería ser el sustractor quien se hiciese cargo de abonar tal diferencia, ya que la semejanza entre una y otra cantidad no deja de ser un concepto reconducible a la idea de daño civil “ocasionado” por el delito. Consecuentemente, en aplicación de los artículos 109.1 y 116.1 CPesp debería ser el propio sustractor quien fuese obligado a realizar tal prestación. En este sentido, imaginemos que un individuo sustrae su motocicleta a otro y este primer sujeto la vende a un tercero. En realidad, la desposesión o despatrimonialización del vehículo es, por sí sola, reconducible a la idea de daño civil y es, además, independiente de otras realidades susceptibles de repararse. Por tanto, y desde un primer momento, el daño ocasionado respecto a la simple y llana sustracción coincide con el del valor de la motocicleta, el cual ha sido causado por el sujeto sustractor. Si cuando se sustrajo el vehículo, éste estaba valorado en 20.000 € y cuando se reintegró, por motivos de desperfectos, kilometraje, etc, se valoró en 15.000 €, debería ser el sustractor quien fuese constreñido a abonar tal diferencia si el obligado a restituir es un poseedor de buena fe. Por otra parte, ¿qué ocurriría si fuese un tercero ajeno al sustractor y al poseedor quien ocasionase los detrimentos en el bien? En principio, entendemos que respondería el tercero causante frente al perjudicado civil si el poseedor es de buena fe según una lectura conjunta de los artículos 457 y 1902 CCesp. Por el contrario, si los deterioros y menoscabos fuesen ocasionados por un tercero encontrándose el bien en manos de un poseedor de mala fe, entendemos que, en principio, el poseedor sería responsable civil directo en virtud del artículo 457 CCesp, aunque nada impediría incorporar también a la causa al tercero causante como responsable civil en virtud del artículo 1902 CCesp. Todo ello sin que en ningún caso fuese posible obtener duplicidad indemnizatoria.

De cualquier forma, y profundizando en la cuestión, ¿de qué respondería exactamente el ejecutor del delito una vez enajenado el bien? Si se parte del poseedor como sujeto obligado a la restitución, parecería que si el ejecutor del delito enajenase el bien, éste no pudiera ser declarado responsable civil. Así, bien podría argumentarse que se trata de una solución jurídica que perjudica al poseedor y beneficia al ejecutor del delito. Nada más

lejos de la realidad. El ejecutor del delito muy probablemente no podrá ser declarado responsable civil *ex delicto* bajo esta modalidad, pero eso no impide que el resto de modalidades entre en juego. Recuérdese que si la restitución no fuese posible (*e. gr.* por declaración de irreivindicabilidad, desaparición o inutilización de la cosa...etc) la desposesión es siempre reconducible a la idea de daño y, por ende, a los fundamentos de la responsabilidad civil *stricto sensu*. En consecuencia, el ejecutor del delito sí podría ser declarado responsable civil frente al desposeído en vía penal. Igualmente, si el obligado a restituir es un poseedor de buena fe, éste tendrá derecho a ser indemnizado por el ejecutor del delito, por lo que este último sería responsable civil, aunque no frente al primer perjudicado, sino en un procedimiento posterior frente al segundo. Aun así, ¿cuál sería la relación obligatoria entre el sustractor que enajenó el bien respecto al resto de responsables civiles no penales – poseedor de mala fe y causante del daño – frente al perjudicado? Quizás la solución más razonable sería aplicar una declaración de responsabilidad civil (cuanto menos, subsidiaria) del ejecutor del ilícito penal basándonos en la especialidad del artículo 111.1 CPesp interpretado en consonancia con el artículo 457 CCesp frente a la generalidad de los artículos 109.1 y 116.1 CPesp. Sin embargo, lo cierto es que no nos parece que haya una base jurídica clara en esta cuestión por dos razones, la primera, los elementos de la posesión y la buena fe como fundamentos de la restitución, y la segunda, la deficiencia en la regulación de la concurrencia de responsables penales y civiles junto con responsables civiles no penales. Por nuestra parte, ya hemos hecho referencia *supra* a la controvertida problemática española referente a la declaración de mancomunidad o solidaridad en supuestos de pluralidad de causantes. Sin embargo, esta cuestión se acentúa en vía penal, ya que se parte de una aparente declaración de solidaridad respecto a quienes son, a su vez, responsables penal y civilmente *ex* artículo 116.2 CPesp. Como decimos, más adelante exponremos con mayor extensión esta concreta deficiencia en la regulación, incidiendo con especial interés en lo que se refiere a la concurrencia de responsables penales y civiles junto con responsables civiles no penales. En este sentido, la problemática sigue sobre la mesa. Como bien puede comprobarse, la cuestión reviste altos niveles de complejidad y, ciertamente, no hemos considerado aquí ni todas las reglas propias del Derecho de obligaciones ni, mucho menos, todos los supuestos que pudieran darse.

### C. Especial referencia a los gastos generales, frutos y mejoras

De otra parte, si se lee atentamente la redacción del artículo 111 CPesp, se comprobará como el precepto únicamente regula el supuesto en el que el bien sustraído haya sufrido desperfectos o menoscabos. Sin embargo, no debería extrañar si en lugar de tal cosa ocurriese todo lo contrario, es decir, que el poseedor, ya sea el propio sustrayente o un tercero, haya incurrido en gastos de mantenimiento, mejoras y/o se haya apropiado de los frutos del bien. Al respecto, puede observarse que esta cuestión no aparece regulada en el Código Penal. Por tanto, será necesario acudir a los preceptos del Código Civil.<sup>251</sup>

---

<sup>251</sup> Por todos, MONTÉS PENADÉS, V. L., “Artículo 111”, p. 591 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, p. 84. Entre los penalistas, LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 151 y ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos*, p. 141.

Nuevamente, los artículos que regulan esta problemática parten de la buena o mala fe del poseedor. Así, en relación con los frutos, según el primer apartado del artículo 451 CCesp, el poseedor de buena fe tendrá derecho a apropiarse los frutos percibidos hasta que se haya interrumpido legalmente la posesión. Igualmente, según los apartados segundo y tercero del mismo artículo los frutos se entienden percibidos desde que se alzan o separan y, además, se considerarán producidos por días respectivamente. En este sentido, algunos autores consideran que el propietario tiene derecho a reclamar del sustractor el importe de los frutos que no pueda recuperar del tercero de buena fe, entendiendo que es un caso de saneamiento en la compraventa *ex art.* 1478 CCesp.<sup>252</sup>

Del mismo modo, en relación con los gastos generales y las mejoras, el primer párrafo del artículo 452 CCesp declara que el poseedor de buena fe tendrá derecho a que se le indemnice por aquellos gastos realizados para la producción de frutos hasta que tuvo conocimiento de la irregularidad en la posesión. Así pues, el tercer párrafo del mismo artículo 452 CCesp permite al propietario conceder al poseedor de buena fe la posibilidad de concluir el cultivo y recolección de frutos pendientes como indemnización de gastos de cultivo y del producto líquido. También se establece en la misma disposición que si el poseedor no aceptase, perdería el derecho a ser indemnizado de otro modo. En todo caso, es importante resaltar que no todo gasto o mejora puede reclamarse, pues según el artículo 454 CCesp los gastos de puro lujo o mero recreo no son abonables, aunque permite que el poseedor se apropie los adornos embellecedores del bien si éste no sufriese deterioro y si el sucesor en la posesión prefiriese no abonar el importe de lo gastado. En otras palabras, al poseedor de buena fe le son abonables los gastos necesarios y los gastos útiles de mejora (art. 453 CCesp), aunque no los estéticos o lujosos (art. 454 CCesp). Por su parte, el artículo 453 CCesp también permite que el poseedor de buena fe retenga la cosa hasta que se le abonen los gastos necesarios y útiles (*ius tollendi*). Del mismo modo, este mismo artículo establece la posibilidad de que el próximo poseedor opte por abonar los gastos realizados o el aumento de valor que haya adquirido la cosa.

Por el contrario, el poseedor de mala fe no tendrá derecho a la percepción de los frutos percibidos, sino que deberá abonar éstos y los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir (art. 455 CCesp). En todo caso, será necesario que los frutos obtenidos del bien sean lícitos, en el sentido que ofrece el Código Civil, o de lo contrario no podrán restituirse.<sup>253</sup> Ciertamente, y de acuerdo con CARRASCO PERERA, la restitución de los provechos también puede ser considerado como objeto de la responsabilidad civil *ex delicto*.<sup>254</sup> Igualmente, el poseedor de mala fe únicamente tendrá derecho a ser reintegrado por aquellos gastos necesarios para la conservación del bien, aunque no ostentará el referido *ius tollendi* (art. 453 CCesp). Finalmente, igual que en el caso del poseedor de buena fe, no le serán abonables los gastos de lujo y de recreo, aunque podrá apropiarse de los objetos en que esos gastos se hayan invertido, siempre que el bien no sufra deterioro

---

<sup>252</sup> Así, CARRASCO PERERA, Á., “Restitución de provechos (y II)”, p. 18 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, p. 84.

<sup>253</sup> CARRASCO PERERA, Á., “Restitución de provechos (y II)”, pp. 39-40.

<sup>254</sup> *Id.*, “Restitución de provechos (I)”, pp. 1144-1145.

y el poseedor legítimo no prefiera quedarse con ellos abonando el valor que tengan en el momento de entrar en la posesión (art. 455 CCesp).

#### 2.4. La posición jurídica del tercero obligado a restituir

Hasta ahora hemos estado examinando el concepto, caracteres y contenidos básicos de la restitución y hemos acentuado que la característica principal de esta obligación es su fundamentación en la tenencia o posesión de lo ajeno. Es por esta razón por la que el obligado a restituir no es necesariamente el ejecutor del delito, sino quien tenga la cosa en su poder, ya sea este último o un tercero. En el fondo, la posición jurídica del obligado a restituir es la propia de un responsable civil, con algunos matices al respecto.<sup>255</sup> Por nuestra parte, habiendo examinado las generalidades de la restitución, en este apartado concreto nos ocuparemos únicamente del régimen jurídico del tercero obligado a restituir.

Así, en este orden de cosas, es conveniente que definamos tal noción en primer lugar. Por tercero obligado a restituir entendemos aquella persona a la que el artículo 111 CPesp obliga a proceder a la reintegración del bien objeto del delito que posee. Se trata, en la terminología del Código, de un responsable civil no penal, es decir, alguien ajeno al delito que le obliga a restituir. Sin embargo, más allá de la mera posesión del bien, nada impide que este tercero sea responsable de algún otro delito, incluido alguno reconducible al primero, como por ejemplo un delito de encubrimiento (arts. 451 y ss CPesp) o receptación (arts. 454 CPesp). Al igual que en otras problemáticas, el núcleo de la construcción del régimen jurídico del tercero obligado a restituir se encuentra, nuevamente, en la buena o la mala fe en la posesión del objeto a restituir. Pero ¿cómo debe entenderse esta buena o mala fe? En principio, la buena fe en la posesión se define *lato sensu*, como aquel estado de consciencia en el que el sujeto considera que su posesión no adolece de vicio alguno, ya sea en el título o en el modo de adquirir. Es decir, que el poseedor estima que su posesión es completamente válida. Por el contrario, el poseedor de mala fe es aquél que conoce que su título o su modo de adquirir presenta algún vicio. De cualquier forma, ya sabemos que por imperativo del artículo 434 CCesp la buena fe se presume siempre y, si se alega la mala fe del poseedor, debe probarse por quien así lo considere. También en esta línea, es importante acentuar que la buena o la mala fe no se identifica únicamente con la adquisición del bien conforme a los requisitos legales en lo que a nosotros interesa. En este sentido, quizás sea más apropiado señalar que esta buena o mala fe se relaciona especialmente, además de con la referida adquisición, con el conocimiento de la procedencia delictiva del objeto.

Como punto de partida, si el bien se encuentra en manos de un tercero, que no del ejecutor del delito, caben varios escenarios.<sup>256</sup> En primer lugar, es posible que el tercero sea un poseedor de mala fe, lo que generaría, automáticamente, la obligación de restitución, aunque haya adquirido el bien conforme a los requisitos legales. También en este sentido,

---

<sup>255</sup> De nuevo, sobre la doctrina general de la restitución, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, p. 92.

<sup>256</sup> Tomamos estos escenarios de LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, pp. 88-89 quien, a su vez, parece tomarlos de QUINTANO RIPOLLÉS sin citar la obra correspondiente.

el artículo 433 CCesp nos indica que cabe la posibilidad de que nos encontremos frente a un poseedor de mala fe que sea desconocedor del delito, pero que sepa que el título o modo de adquirir adolece de algún vicio de invalidez. En segundo lugar, nos podríamos encontrar con que el sujeto sea un poseedor de buena fe. A su vez, dentro de este escenario, caben dos opciones, de un lado, que éste ostente la mera posesión, o bien, que haya adquirido el bien con observancia de los requisitos legales. En cualquiera de los dos casos, la literalidad del artículo 111 CPesp es tajante al respecto: “*La restitución tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de tercero y éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe*”. A pesar de ello, este mismo artículo admite la expresa posibilidad de que el tercero ostente, tras la restitución, algunos derechos patrimoniales; “*(...) dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito*”. Finalmente, es posible que el sujeto poseedor haya obtenido la declaración de irreivindicabilidad del bien objeto del delito. En tal caso, esta situación sería la única que impediría el nacimiento de la obligación de restituir, según el propio artículo 111 CPesp. Nos ocuparemos de ella en el próximo apartado.

Por lo expuesto, y como bien puede comprobarse, la obligación de restitución, a tenor de la literalidad del Código Penal, es prácticamente insalvable. No obstante, hay una pequeña cuestión que abordar antes de concluir este apartado, y es que la doctrina se plantea si es posible considerar al obligado a restituir como perjudicado por el delito. Es decir, si la restitución procede en prácticamente todos los casos y aun siendo el tercero un adquirente legal y de buena fe, ¿puede considerarse el obligado a restituir como perjudicado por el delito y reclamar, en el mismo proceso, los perjuicios sufridos a causa del deber jurídico de restitución? Sobre esta cuestión, la doctrina no es del todo uniforme. En todo caso, parece ser cosa clara que si el tercero no adquirió el bien directamente del ejecutor del delito sino de otra persona, éste deberá acudir a un proceso posterior.<sup>257</sup> Por el contrario, hay controversia si es del ejecutor del delito de quien adquirió el bien. De una parte, algunos autores se posicionan en contra de tal posibilidad, alegando sobre todo, que el tercero perjudicado no lo es por el delito, sino por la sentencia que obliga a la restitución y también que, en puridad, no es un perjudicado en primer término, sino un obligado civil a tenor del artículo 111 CPesp.<sup>258</sup> Por otro lado, algunos autores y la jurisprudencia consideran que es posible estimar que el obligado a restituir sea declarado responsable civil y perjudicado, aludiendo motivos de economía procesal y haciendo valer las facultades que el ordenamiento confiere al Juez penal para resolver las cuestiones civiles.<sup>259</sup> Las posturas, como puede se puede observar, difícilmente podrán reconciliarse.

---

<sup>257</sup> ROIG TORRES, M., *La reparación del daño*, pp. 195-196, también en *Id.*, *La responsabilidad civil derivada de los delitos*, p. 159.

<sup>258</sup> Así, GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios*, pp. 386-393. Parece acogerse a su tesis, críticamente sobre la jurisprudencia que parece opinar lo contrario YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, pp. 93-96 también en *Id.*, “Querellas chantajistas y derecho civil light”, p. 15. Igualmente, partidarios de esta posición, CÓRDOBA RODA, J., “Artículo 102”, p. 575 y PARRA LUCÁN, M. A., “El tercero obligado a restituir la cosa”, pp. 323-324.

<sup>259</sup> Ampliamente, con multitud de referencias jurisprudenciales, ROIG TORRES, M., *La reparación del daño*, pp. 160-165.



## 2.5. La declaración de irreivindicabilidad

Indica expresamente el artículo 111 CPesp, y así lo hemos hecho saber, que la única excepción a la obligación de restitución es la declaración de irreivindicabilidad del bien objeto del delito. En este sentido, de una parte, los fundamentos de esta excepción son el principio de seguridad jurídica y las exigencias de unidad en el ordenamiento jurídico, y de otra, la base de la irreivindicabilidad se encuentra en que el título del poseedor ostenta mayor protección que el título de quien lo reclama. Así, sólo cabrá invocar la irreivindicabilidad cuando la ley prevea de forma expresa la primacía del título del poseedor sobre el del reclamante, ya sea por el tiempo transcurrido desde la adquisición o por considerar tutelable la apariencia jurídica de determinados institutos.<sup>260</sup>

En el caso de los bienes muebles, la irreivindicabilidad deriva, en primer lugar, del mencionado artículo 464 CCesp, que impide que la restitución prospere contra el poseedor que haya adquirido una cosa mueble de buena fe, siempre que no se trata de cosa perdida o de la que se haya privado ilegalmente el propietario. También la restitución quedará limitada, pero no totalmente impedida en varios supuestos. En primer lugar, si el poseedor de la cosa mueble perdida o sustraída la hubiese adquirido de buena fe en venta pública, no se puede obtener la restitución sin reembolsar el precio dado por ella. En segundo lugar, si se pretende la restitución de las cosas empeñadas en los Montes de Piedad establecidos con autorización del Gobierno, no se podrá recuperar el bien sin reintegrar al establecimiento la cantidad del empeño y los intereses vencidos.<sup>261</sup> También en esta línea, el referido artículo se remite al Código de Comercio. El artículo 85 CCom declara la irreivindicabilidad de aquellas mercancías compradas en tiendas o almacenes abiertos al público, entendiéndose por tales aquellos referidos al final de ese mismo artículo. Igualmente, el artículo 86 CCom establece la no reivindicabilidad de la moneda en que se verifique el pago de las mercaderías compradas al contado en tiendas de establecimientos públicos. Más allá de estos caracteres generales sobre la reivindicabilidad de los bienes muebles, también se establecen otras normas más concretas sobre la irreivindicabilidad de los valores pignorados (artículo 324 CCom) y los títulos al portador (art. 545 CCom). Por otra parte, en el caso de bienes inmuebles, la regla general de la irreivindicabilidad viene enunciada por el ya mencionado artículo 34 LH. En él se establece que para que el inmueble sea irreivindicable debe tratarse de un adquirente de buena fe e inscrito en el Registro.<sup>262</sup>

## 3. La indemnización

### 3.1. Un breve comentario introductorio

A diferencia de las dificultades que presenta la restitución, la indemnización como modalidad de la responsabilidad civil *ex delicto* no reviste, en principio, tanta

---

<sup>260</sup> Citando jurisprudencia al respecto, ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos*, p. 159.

<sup>261</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, J., “Acciones protectoras”, p. 177.

<sup>262</sup> *Amplius*, sobre la irreivindicabilidad de bienes muebles e inmuebles, ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos*, p. 159.

complicación. Hemos afirmado anteriormente que, en lo que se refiere exclusivamente al resarcimiento de los menoscabos “*causados por el delito*”, el ordenamiento español ha venido dividiendo sistemáticamente entre reparación del daño e indemnización del perjuicio de forma ininterrumpida desde el Código Penal de 1848. El planteamiento cambió con la aprobación del Código Penal de 1995. Al respecto, no es que ambas instituciones se hayan unificado, sino que, como ya referimos y demostraremos con mayor nivel de detalle en el capítulo siguiente, el legislador decidió otorgar nuevos planteamientos a la reparación del daño. En lo que respecta exclusivamente a la indemnización del perjuicio como institución de la responsabilidad civil *ex delicto*, sus caracteres y contenidos se identifican, a grandes rasgos, con los propios de la responsabilidad civil “pura”. Nótese que en el apartado introductorio hemos hablado de la diferencia entre el modelo de responsabilidad civil *ex delicto* y el modelo de responsabilidad civil “pura”. En este caso, nos interesa acentuar que, a grandes rasgos, la institución de la indemnización dentro del modelo *ex delicto* es asimilable en sus contenidos y planteamientos a la responsabilidad civil “pura”. El error tradicional es identificar el modelo de responsabilidad civil “pura” con el modelo *ex delicto*, los cuales hemos diferenciado por la estructura del supuesto de hecho de la norma – exigencia del requisito previo de la ejecución de un delito en el segundo caso– y por el contenido –la frecuentemente olvidada restitución, también en el segundo caso. Ciertamente, quizás no tendríamos que realizar esta puntualización si el Código Penal español hiciera referencia, en la línea del legislador italiano, a las consecuencias o pretensiones civiles en lugar de a la responsabilidad civil *ex delicto*, la cual hemos reconocido como un sistema o modelo en sí. En esta línea, y en lo que a nosotros interesa, vamos a diferenciar entre el modelo y sus contenidos. Así, dentro del contenido del modelo *ex delicto* encontraremos paralelismos entre la institución de la indemnización y el modelo de responsabilidad civil “pura”, con el que comparte múltiples caracteres y planteamientos, aunque no todos.

En esta línea, también conviene acentuar la ya mencionada irrelevancia de la distinción entre daños y perjuicios y entre reparación e indemnización. Las palabras ubicadas en cada binomio son, desde nuestro punto de vista y de acuerdo con representativa doctrina, sinónimos entre sí.<sup>263</sup> En este sentido, ya en algunas obras enciclopédicas de primeros del siglo pasado se identificaba la indemnización con la reparación o resarcimiento de un daño y/o perjuicio causado.<sup>264</sup> Por tanto, en las próximas líneas, a pesar de que empleemos indistintamente una u otra palabra de cada uno de los binomios, estaremos haciendo referencia a la misma realidad en uno y otro caso, o bien a la acción y/o efecto de satisfacción de la obligación privada – en el caso de la reparación *versus* la indemnización– o bien a la principal causa eficiente del nacimiento de dicha obligación – en el caso del daño *versus* el perjuicio. Por nuestra parte, y siempre por motivos de

---

<sup>263</sup> Por todos, DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, p. 278. Entre los penalistas, por todos, DÍAZ VALCÁRCEL, L. M., voz “Indemnización (Derecho Penal)”, en NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA, p. 276.

<sup>264</sup> BARRIO Y MORAYTA, L., voz “Indemnización”, en ENCICLOPEDIA JURÍDICA ESPAÑOLA, pp. 941-942 y DE ERCILLA, J., voz “Indemnización de daños y perjuicios”, en ENCICLOPEDIA JURÍDICA ESPAÑOLA, p. 942. También a mediados del siglo pasado PINTÓ RUIZ, J. J., voz “Indemnización de daños y perjuicios”, en NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA, pp. 289-290.

máximo respeto a la literalidad de la norma, en este apartado nos referiremos fundamentalmente a la “indemnización del perjuicio”, a pesar de que, en el fondo, se expresa lo mismo que al hacer mención a la “reparación del daño”.

En este orden de cosas, resaltaremos que la indemnización es la modalidad de responsabilidad civil *ex delicto* más frecuentemente empleada, lo cual contrasta diametralmente con la escasa aplicación de la restitución.<sup>265</sup> Desde nuestro punto de vista, esta realidad se explica, además de por las referidas dificultades prácticas a la hora de aplicar la restitución, por la comodidad en la aplicabilidad de la indemnización. Al respecto, ya hemos expresado que la indemnización *ex delicto* y la responsabilidad civil “pura” comparten planteamientos y caracteres. Los elementos constitutivos de ambas coinciden. A diferencia de la restitución, la indemnización se construye sobre la idea del daño o perjuicio civil, el cual es un concepto lo suficientemente amplio como para abarcar cualquier menoscabo que el sujeto sufra en sus intereses privados. A todo ello habría que añadir, además, que la reparación del daño o indemnización del perjuicio consiste, en la gran mayoría de supuestos, en la satisfacción de un pago económico.<sup>266</sup> En consecuencia, se trata, por un lado, de una respuesta jurídico-civil cómoda tanto para el juez como para el perjudicado en la que, una vez analizado el delito, se procede a declarar el daño civil y a cuantificar una cantidad en la que se tasa el menoscabo sufrido. Igualmente, es apreciable cómo el cumplimiento de la obligación no consiste en un proceso arduo o complejo. Al contrario, dicho cumplimiento consiste en un mero desembolso monetario en la mayoría de los casos. Ciertamente, y como hemos puesto de manifiesto en el capítulo anterior, los análisis jurídico-privados en materia de responsabilidad civil “pura” resultan mucho más complejos de lo que pudiera pensarse que aquí se está dando a entender, por no hablar de las diferencias de régimen entre uno y otro modelo de responsabilidad, las cuales se han expuesto en la parte introductoria de este capítulo. También en el ámbito del cumplimiento, hay otras modalidades más allá de la reparación pecuniaria, aunque bien es cierto que ésta es la fundamental. Sin embargo, en cualquier caso, lo cierto es que, aun así, la indemnización del perjuicio en sede penal sigue resultando mucho más asequible que la restitución. De cualquier forma, se aprecia cómo la modalidad de la indemnización continúa en la línea del sistema de responsabilidad civil *ex delicto*, es decir, en el marco de unos planteamientos marcadamente cómodos y sencillos, aportando unas respuestas completamente concluyentes y sin prestar demasiada atención a las cuestiones íntegramente jurídico-privadas. De esta forma, por ejemplo, no hay referencia ni indicación alguna sobre la partición entre responsabilidad civil contractual y extracontractual, simplemente se estudia la concurrencia de los elementos más básicos de la responsabilidad civil, y se procede a declararla.

Por ello, lo cierto es que en lo que respecta a la modalidad de la indemnización, hay poco más que aportar, visto todo lo desarrollado hasta ahora – especialmente en el capítulo

---

<sup>265</sup> Así lo han puesto de manifiesto algunos autores encargados de la aplicación del Código, *e. gr.* MÁRQUEZ DE PRADO PÉREZ, J., “Efectos de la Responsabilidad civil *ex delicto*”, pp. 150-151.

<sup>266</sup> ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos*, p. 189.

anterior. En este sentido, simplemente dedicaremos las próximas páginas a acentuar las características más básicas de esta modalidad de la responsabilidad civil *ex delicto*.

### 3.2. Caracteres fundamentales

Para poder acudir a la modalidad de indemnización como consecuencia jurídica del delito, es necesario, ante todo, tener presente la estructura de la norma *ex delicto*. En este sentido, antes que nada, es imprescindible que se aprecie la ejecución de un delito en los hechos. A partir de aquí, se debe proceder al análisis jurídico-privado conforme a los requisitos propios de la responsabilidad civil “pura” mencionados en el capítulo anterior: acción, daño, causalidad objetiva o nexo causal e imputación subjetiva. Nuevamente, debemos acentuar que el requisito fundamental en este segundo análisis jurídico es precisamente el daño (o, según el artículo 113 CP, el perjuicio), y es que, de conformidad con los dos elementos a tener en cuenta en la indemnización *ex delicto*, la jurisprudencia y la doctrina suelen coincidir en que resulta imprescindible que el daño sea una consecuencia directa y necesaria del hecho constitutivo de delito.<sup>267</sup> Sobre esto ya nos hemos pronunciado con mayor detalle en el apartado referido al nacimiento pero, en resumidas cuentas, tal exigencia se traduce en que únicamente cabe reclamar en sede punitiva aquellos daños derivados directamente de aquél hecho subsumible en un tipo penal. Por exclusión, no es posible reclamar aquellos daños anteriores ni aquellos posteriores a la ejecución del delito.

En lo que se refiere a los caracteres generales del instituto, cabe nuevamente acentuar la obligatoria observancia del carácter reparatorio de la institución así como del principio de reparación integral del daño causado. Del mismo modo, la reclamación de los perjuicios estará siempre sometida a los principios de rogación y congruencia.<sup>268</sup> En cumplimiento del artículo 120.3 CE, los tribunales de justicia deben obligatoriamente motivar sus sentencias resolutorias, justificando los parámetros y razonamientos que han tenido en cuenta a la hora de conceder y cuantificar la indemnización. Este mandato constitucional aparece cristalizado en el artículo 115 CPesp, que, además del establecimiento de la referida obligación de fijar las bases en las que fundamentar los daños y perjuicios, permite a los jueces y tribunales determinar la cuantía en la propia resolución o en el momento de ejecución.<sup>269</sup> En el fondo, la lectura de este precepto en consonancia con el estado de la ciencia nos da a entender que la cuestión de fondo no es, en realidad, el monto indemnizatorio, sino la base en la que éste se fundamente. Téngase en cuenta la imposibilidad de cuantificar algunos daños. Es por esta razón por la que la jurisprudencia ha declarado en multitud de ocasiones que el *quantum* indemnizatorio no es revisable. Por el contrario, lo que sí es revisable es la base que fundamenta dicha

---

<sup>267</sup> MÁRQUEZ DE PRADO PÉREZ, J., “Efectos de la Responsabilidad civil *ex delicto*”, pp. 152-154.

<sup>268</sup> MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, pp. 470-471.

<sup>269</sup> MAGALDI PATERNOSTRO, M.<sup>a</sup> J., “Artículo 115”, pp. 902-904 y MONTÉS PENADÉS, V. L., “Artículo 115”, pp. 614-616. *Vid.* las numerosas citas jurisprudenciales en MÁRQUEZ DE PRADO PÉREZ, J., “Efectos de la Responsabilidad civil *ex delicto*”, pp. 159-160. Sin embargo, CAVANILLAS MÚGICA, S., “Efectos de la responsabilidad civil *ex delicto*: indemnización de perjuicios materiales y morales”, pp. 71-72 critica que, en la práctica, la motivación de muchas sentencias penales deja mucho que desear.

cantidad, no la estimación discrecional que, sobre ella, hayan realizado los tribunales de justicia.<sup>270</sup> En este sentido, también se ha señalado en múltiples ocasiones que la indemnización de perjuicios es una deuda de valor, no sujeta al criterio nominalista, es decir, que procede estimar el valor del bien afectado en el momento de dictar sentencia para que el perjudicado no se vea gravado, por ejemplo, por la lentitud de la Administración de Justicia.<sup>271</sup>

En cuanto al contenido de la indemnización resulta interesante resaltar, como lo ha hecho ROIG TORRES, que el artículo 113 CPesp establece una división de los perjuicios indemnizables entre perjuicios materiales y perjuicios morales, a diferencia del Código Civil que no prescribe nada al respecto.<sup>272</sup> Efectivamente, como bien señala la referida autora, esta distinción plantea algunos problemas a la hora de catalogar ciertos daños, pero en realidad no se trataría de ningún problema que únicamente afecte a la modalidad de la indemnización en sede de responsabilidad civil *ex delicto*. Al respecto, ya veíamos *supra* que no hay una división totalmente unánime ni completamente satisfactoria de los daños, pues la subsunción de los hechos en una u otra categoría siempre tiende a solaparse. También son aquí trasladables los requisitos que en el capítulo anterior mencionábamos sobre el daño, particularmente, conviene resaltar el requisito de la certeza, el cual viene estrechamente relacionado con la necesidad de que el daño sea probado. Se rechazan expresamente aquellos daños hipotéticos, dudosos o posibles pero inseguros.<sup>273</sup> De cualquier forma, volviendo a la referida división que proporciona el artículo 113 CPesp y centrándonos en el perjuicio material, éste se entiende dividido, a su vez, en lucro cesante y daño emergente por aplicación del artículo 1106 CCesp.<sup>274</sup> A la hora de su apreciación, CAVANILLAS MÚGICA ha puesto de manifiesto que la

---

<sup>270</sup> Doctrina jurisprudencial ya consolidada y reflejada en ya señalada en DÍAZ VALCÁRCEL, L. M., voz “Indemnización (Derecho Penal)”, en NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA, pp. 282-283. En la doctrina más reciente, por todos, ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., “Artículo 115”, pp. 1436-1437, CAVANILLAS MÚGICA, S., “Efectos de la responsabilidad civil ex delicto: indemnización de perjuicios materiales y morales”, pp. 69-71 y MÁRQUEZ DE PRADO PÉREZ, J., “Efectos de la Responsabilidad civil ex delicto”, pp. 176-177.

<sup>271</sup> SERNA MEROÑO, E., “Artículo 113”, p. 276. Con reseñas jurisprudenciales, MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 471, MÁRQUEZ DE PRADO PÉREZ, J., “Efectos de la Responsabilidad civil ex delicto. Indemnización de los daños materiales, corporales y morales”, pp. 163-165 y CAVANILLAS MÚGICA, S., “Efectos de la responsabilidad civil ex delicto: indemnización de perjuicios materiales y morales”, pp. 67-68.

<sup>272</sup> ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos*, pp. 190-191. De hecho, apuntan QUINTERO OLIVARES, G. y TAMARIT SUMALLA, J. M., “Capítulo I – De la responsabilidad civil”, p. 600, SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Artículo 110”, p. 330 y CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., “Artículo 110”, p. 366 que la expresa inclusión de la indemnización de los perjuicios de carácter moral es una novedad en el CP 1995. Sin embargo, ya sabemos que, en el fondo, la pretendida novedad únicamente lo sería desde el punto de vista de la legislación meramente positiva, pues de acuerdo con el estado del conocimiento en Derecho civil en el momento de la aprobación del Código, los perjuicios morales ya eran considerados indemnizables.

<sup>273</sup> MÁRQUEZ DE PRADO PÉREZ, J., “Efectos de la Responsabilidad civil ex delicto”, p. 156.

<sup>274</sup> LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias jurídicas del delito*, pp. 152-153, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., “Artículo 113”, p. 370, MAGALDI PATERNOSTRO, M.ª J., “Artículo 113”, pp. 894-895, MÁRQUEZ DE PRADO PÉREZ, J., “Efectos de la Responsabilidad civil ex delicto”, p. 174 y ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos*, pp. 195-197, con amplias reseñas jurisprudenciales.

jurisprudencia penal de esta modalidad de la responsabilidad civil *ex delicto* se asienta sobre la jurisprudencia civil.<sup>275</sup>

Por otra parte, las cuestiones que rodean a los perjuicios morales son las que ya examinábamos en el capítulo anterior: su admisibilidad, nacimiento, cuantificación y la problemática de la procedencia del baremo, así como lo que respecta a su reparabilidad.<sup>276</sup> Al respecto, probablemente la controversia más examinada por la doctrina en el transcurso de los años es precisamente la admisibilidad de la reparación del perjuicio moral. Ya veíamos cómo algunos autores habían abogado por su improcedencia, o bien señalaban que constituía una pena privada, ya que se trata de un tipo muy particular de daño en el que es prácticamente imposible determinar con exactitud el *quantum* de su reparación. También en este sentido observamos cómo, en el ámbito de este daño moral, se distinguía entre un daño moral “puro” y un daño moral que afectaba de una forma más o menos directa al patrimonio. Aunque actualmente se admiten los dos tipos, algunos autores relativamente recientes ya se posicionaron a favor de admitir únicamente la reparación del daño moral en aquellos casos en los que se constate la existencia de un quebranto económico.<sup>277</sup> De acuerdo con el estado de la jurisprudencia y la doctrina más reciente, se entiende que la apreciación del daño moral se extrae de los propios hechos constitutivos de delito.<sup>278</sup> Por otra parte, algunos autores han identificado, de acuerdo con el estado de la jurisprudencia, una amplia variedad de delitos en los que se entiende que el daño moral es inherente a su comisión, es decir, que la apreciación de la ejecución de tales delitos equivale, en el plano civil, a la causación de un daño moral.<sup>279</sup> Una vez admitida la resarcibilidad de este daño moral y constatado su nacimiento en el supuesto concreto, es necesario pasar a su cuantificación, otro complejo problema. Por lo general, la jurisprudencia señala que el juez o tribunal tiene discrecionalidad a la hora de fijación del *quantum* indemnizatorio. Se trata de un juicio prudencial y equitativo cuya base se extrae, en línea con la resolución mayoritaria a la problemática del nacimiento, de los

---

<sup>275</sup> CAVANILLAS MÚGICA, S., “Efectos de la responsabilidad civil ex delicto: indemnización de perjuicios materiales y morales”, pp. 76-77.

<sup>276</sup> Difusamente, sobre la problemática de los perjuicios morales en la indemnización como institución de la responsabilidad civil *ex delicto* ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos*, pp. 211-223.

<sup>277</sup> E. gr., entre los penalistas, LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 153. Con anterioridad, QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Compendio de derecho Penal*, p. 494 e *Id.*, *Curso de Derecho Penal*, p. 554. Un breve resumen de las posturas doctrinales en torno a esta problemática del perjuicio moral en ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos*, pp. 190-194.

<sup>278</sup> Doctrina jurisprudencial ya señalada en DÍAZ VALCÁRCEL, L. M., voz “Indemnización (Derecho Penal)”, en NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA, p. 283. Más recientemente, SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Artículo 113”, p. 334.

<sup>279</sup> *Vid.* la elaborada lista que aporta ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos*, pp. 190-194, con extensas referencias jurisprudenciales. Identificando particularmente los delitos contra la vida, la integridad física, la libertad e indemnidad sexuales, las detenciones ilegales, las amenazas, delitos contra la integridad moral, contra el honor, contra la intimidad, contra el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. De otra parte, también incorpora los delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico y falsedades, aunque señala que estos últimos no suelen generar responsabilidad civil pero que sí es posible tal nacimiento con su comisión. Con anterioridad, CAVANILLAS MÚGICA, S., “Efectos de la responsabilidad civil ex delicto: indemnización de perjuicios materiales y morales”, pp. 87-102. Resulta de interés mencionar la problemática de los daños morales a aquellos testigos del delito y familiares de la víctima, *Ult. Op. Cit.*, pp. 100-102.

propios hechos.<sup>280</sup> En todo caso, es de suma importancia subrayar que, ciertamente, el perjuicio moral no podrá nunca resarcirse por completo, pero sí es posible que, de alguna forma, sea compensado.<sup>281</sup> Igualmente, aunque se reconozca naturaleza compensatoria a la satisfacción del daño moral y su cuantificación sea discrecional, ello no impide que ésta se pueda revisar cuando sea manifiestamente absurda, desorbitada, arbitraria y/o desordenada. Recordemos al respecto que sólo pueden revisarse las bases sobre las que se asienta el razonamiento, no el *quantum* indemnizatorio.<sup>282</sup>

Finalmente, en lo que respecta a los daños corporales, la jurisprudencia tiene establecido que tal categoría permite reclamar los siguientes conceptos: días de lesión hasta la curación, gastos sanitarios (incluidos, en ocasiones, también los desplazamientos), *pecunia doloris* y las secuelas e impedimentos para la ocupación habitual del perjudicado. Todos ellos, de acuerdo con los criterios del artículo 115 CPesp, deberán concretarse en los hechos probados, tanto si el monto total se fija en la propia sentencia como si se realiza más tarde en la fase de ejecución.<sup>283</sup> De cualquier forma, no es necesario un razonamiento exhaustivo, pudiéndose fijar las bases por referencia a un parámetro objetivo, siempre que ello permita conocer la base fundamentadora y la razón práctica en que se apoya.<sup>284</sup>

### 3.3. Las personas indemnizables

Según el artículo 113 CPesp, “*La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o terceros*”. Es decir, que la persona titular del derecho de indemnización no es el sujeto pasivo ni necesariamente la persona sobre la que recae físicamente la acción típica en Derecho penal, sino el “*agraviado (...) sus familiares o terceros*”. Ciertamente, la técnica legislativa de este artículo deja mucho que desear, ya que ninguno de los conceptos que emplea resulta mínimamente respetuoso con la disciplina del Derecho privado, en contraste con el artículo 109.2 CPesp, el cual sí identifica correctamente al titular bajo la noción de “*perjudicado*”. En efecto, la persona

---

<sup>280</sup> MÁRQUEZ DE PRADO PÉREZ, J., “Efectos de la Responsabilidad civil ex delicto”, pp. 176-177. Interesante resulta la postura de BREBBIA, R. H., *El daño moral*, p. 205 quien considera que el recurso a la equidad y al prudente arbitrio de los tribunales de justicia no es suficiente. Por el contrario, propone considerar, en primer lugar, a la gravedad objetiva del daño, teniendo en cuenta la importancia del derecho vulnerado y del menoscabo ocasionado. En segundo lugar, considera oportuno atender a la personalidad de la víctima; su *status* familiar, social y profesional, así como la receptividad particular de la víctima. A partir de ambos elementos, BREBBIA estima que se puede reconstruir la personalidad del agraviado y, consecuentemente, valorar de forma más objetiva los daños ocasionados.

<sup>281</sup> De ahí que autores como ALONSO-CORTÉS CONCEJO, A., *Fundamento de la responsabilidad civil delictual*, p. 185 sean partidarios de su indemnización sólo a través de una reparación no pecuniaria. De otra parte, QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Compendio de derecho Penal*, p. 494 e *Id.*, *Curso de Derecho Penal*, p. 554 ya expresó su inquietud al respecto, manifestado que cree que hay posibilidad de hacer granjería del delito, con el paradójico resultado de que el daño moral se convierta en el más inmoral de los tráficos, lo cual explicaría su manifiesto rechazo a la indemnización del daño moral “puro”.

<sup>282</sup> Por todos, ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., “Artículo 115”, pp. 1436-1438.

<sup>283</sup> Con amplias referencias jurisprudenciales, MÁRQUEZ DE PRADO PÉREZ, J., “Efectos de la Responsabilidad civil ex delicto”, pp. 178-180, CAVANILLAS MÚGICA, S., “Efectos de la responsabilidad civil ex delicto: indemnización de perjuicios materiales y morales”, pp. 80-83 y ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos*, pp. 205-211.

<sup>284</sup> ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., “Artículo 115”, p. 1437.

indemnizable no es, en puridad, ni el agraviado, ni sus familiares ni terceros, sino aquél que ha sido menoscabado o atropellado en sus intereses privados por la acción del sujeto causante del daño civil. En España, solemos identificar a este sujeto con el nombre de “perjudicado”, como decíamos en el capítulo anterior, mientras que en Italia tal concepto se expresa con la referencia al *danneggiato*.<sup>285</sup>

En el fondo, si se contrastan las consecuencias prácticas de esta declaración con la amplitud del concepto de daño (es decir, en el sentido de que el titular de la indemnización es el perjudicado y, a su vez, es perjudicado quien se ha visto menoscabado en sus intereses por la acción dañosa o, simplemente, quien ha recibido el daño en su esfera privada) se llegará a la conclusión de que la titularidad del derecho a la indemnización es un concepto bastante amplio. En efecto, teniendo en cuenta la abstracción propia del perjuicio, se puede extender considerablemente la titularidad a otros sujetos que reciben una lesión indirecta en sus intereses. El propio artículo aporta una pequeña indicación al respecto, reflejando que también son resarcibles los perjuicios “*que se hubieren irrogado a sus familiares o terceros*”. Seguramente, en la gran mayoría de los supuestos nos encontraremos frente a un único perjudicado, que coincidirá con el sujeto pasivo y/o con aquel sujeto sobre el que recae físicamente la acción típica en el plano del Derecho penal. Sin embargo, lo cierto es que el derecho a la indemnización se reconoce a toda aquella persona física o jurídica que se haya visto perjudicada por los hechos constitutivos de delito de conformidad con el Derecho de daños, por ejemplo, la Administración Pública en aquellos casos en los que un funcionario haya sido víctima de un delito y, como resultado, haya sido necesario darle de baja durante el periodo de curación o bien hubiese resultado incapacitado para su puesto de trabajo.<sup>286</sup> En este supuesto concreto la Administración recibe un perjuicio indirecto, de rebote o *par ricochet*, ostentando una condición de tercero perjudicado, mientras que existen otros delitos en los que la Administración es considerada directamente como agraviada, como por ejemplo, en un delito de malversación de caudales públicos o cualquier otro delito contra la Administración Pública o de Justicia.

De otra parte, en doctrina y jurisprudencia resulta paradigmático el estudio de la indemnización en casos de muerte. Se trata del supuesto más representativo en lo que se refiere a la problemática del sujeto perjudicado, pues múltiples son las partidas indemnizatorias y, consecuentemente, puede llegar a haber numerosos perjudicados. Es,

---

<sup>285</sup> De esta opinión, por todos, ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos*, p. 246. Distinguiendo con acierto entre las mencionadas nociones civiles y penales, MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, p. 229. No obstante, es cierto que habitualmente el perjudicado tiende a coincidir con la noción de víctima del delito QUINTERO OLIVARES, G. y TAMARIT SUMALLA, J. M., “Capítulo I – De la responsabilidad civil”, p. 599.

<sup>286</sup> Analiza esta problemática en la jurisprudencia ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos*, pp. 247-250 quien pone de relieve que la solución otorgada por la Sala 1ª y la Sala 2ª del Tribunal Supremo no siempre ha sido uniforme. Actualmente, por el contrario, parece que sí lo es. Resulta que la Sala 2ª ha terminado acogiendo a la postura de la Sala 1ª, entendiéndose que la Administración sólo sería considerada como perjudicada cuando hubiese realizado algún desembolso adicional para cubrir la falta de actividad del funcionario. A favor de esta solución, CAVANILLAS MÚGICA, S., “Efectos de la responsabilidad civil ex delicto: indemnización de perjuicios materiales y morales”, pp. 83-86. De otra opinión, PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Comentario al artículo 1.902”, p. 1990.



además, un problema jurídico de extraordinaria complejidad.<sup>287</sup> Al respecto, la Sala 1ª del Tribunal Supremo se ha pronunciado en multitud de ocasiones remarcando que la indemnización no corresponde a los herederos del difunto, sino a los perjudicados, por el daño que éstos sufren tras su pérdida. Se trata de una indemnización *ex iure proprio* y no *ex iure hereditatis*.<sup>288</sup> En cambio, la Sala 2ª del Tribunal Supremo no siempre ha seguido esta misma línea. En un principio, consideraba que las personas indemnizables por la muerte del sujeto eran los herederos del difunto. Posteriormente, se adhirió a la tesis de la Sala 1ª, estimando que procedía indemnizar a los perjudicados, fuesen o no herederos del fallecido.<sup>289</sup> En el fondo, y como en todo, se trata de una solución jurisprudencial que no es compartida por toda la doctrina, pero no nos detendremos en esta cuestión.<sup>290</sup>

Por el contrario, queremos nuevamente acentuar que numerosos son los perjuicios que puede producir la muerte de un sujeto. Es por ello por lo que se han identificado tres grandes grupos de conceptos indemnizables. El primero de todos ellos son los gastos funerarios y sanitarios, los cuales se enmarcan como daños netamente patrimoniales. En virtud de esta categoría, se indemniza a quien sufragó tales gastos, aunque cabe discutir su procedencia si son considerados excesivos.<sup>291</sup> El segundo es el desamparo económico, que se corresponde con la situación generada a aquellas personas económicamente dependientes del fallecido, los cuales o bien carecerán de medios de subsistencia o bien han visto mermado su nivel de vida.<sup>292</sup> Finalmente, el tercer grupo de concepto indemnizable en los supuestos de muerte es el daño moral o *pecunia doloris*, que se entiende, ante todo, como la aflicción ocasionada por la pérdida del ser querido.<sup>293</sup> En

---

<sup>287</sup> Véase, al respecto, la contribución de PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Diálogo sobre la indemnización por causa de muerte”, p. 1569 donde ni siquiera el autor llegó a decantarse expresamente por una solución o por otra. Por el contrario, *vid.* CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., “Artículo 113”, p. 371, quien indica que la jurisprudencia es cauta a la hora de examinar la extensión del ámbito de los perjudicados para evitar una excesiva ampliación. Al respecto, profundiza en la idea de que se suele exigir un perjuicio directo y, en lo que se refiere al daño moral, se entiende que la mayor proximidad a la víctima excluye a otros eventuales perjudicados más lejanos.

<sup>288</sup> Con múltiples referencias jurisprudenciales, CAVANILLAS MÚGICA, S., “Efectos de la responsabilidad civil ex delicto: indemnización de perjuicios materiales y morales”, pp. 102-103 y MÁRQUEZ DE PRADO PÉREZ, J., “Efectos de la Responsabilidad civil ex delicto”, pp. 181-182.

<sup>289</sup> Ampliamente, sobre la evolución en la jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos*, pp. 251-258.

<sup>290</sup> Con otro punto de vista sobre la solución expuesta, DE CASTRO Y BRAVO, F., “La indemnización por causa de muerte”, p. 486, MONTÉS PENADÉS, V. L., “Artículo 113”, p. 604 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, p. 602.

<sup>291</sup> CAVANILLAS MÚGICA, S., “Efectos de la responsabilidad civil ex delicto: indemnización de perjuicios materiales y morales”, pp. 113-114 y ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos*, p. 265.

<sup>292</sup> ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos*, pp. 265-267. Duda sobre el contenido en que pudiera interpretarse tal categoría CAVANILLAS MÚGICA, S., “Efectos de la responsabilidad civil ex delicto: indemnización de perjuicios materiales y morales”, pp. 115-116 preguntándose si en el fondo tal partida se identifica con la estricta prestación de alimentos o, más bien, con un lucro cesante puro, entendiendo por tal la pérdida de aquella atención económica o *in natura* que venía prestando el agraviado o que es corrientemente prestada entre personas en quienes concurre la relación de parentesco existente entre agraviado y perjudicado, aun no siendo obligada ni estrictamente necesitada. Por su parte, CAVANILLAS MÚGICA parece decantarse por la segunda opción, entendiendo que, en el fondo, la categoría del desamparo económico pretende indemnizar la pérdida de los cuidados y atenciones que se suelen o que se deben prestar.

<sup>293</sup> CAVANILLAS MÚGICA, S., “Efectos de la responsabilidad civil ex delicto: indemnización de perjuicios materiales y morales”, p. 117.

este sentido, no resulta de extrañar que la muerte de un sujeto ocasione daño moral a toda aquella persona con la que éste tuviera algún tipo de relación: familiar, amistosa, laboral...etc. Sin embargo, lo cierto es que la jurisprudencia parece establecer una suerte de orden de preferencia entre aquellas personas especialmente cercanas al fallecido, estimando, ante todo, la procedencia de la indemnización del daño moral causado a los familiares más próximos en detrimento de aquella que procedería frente a los amigos o los familiares más lejanos. De esta forma, y en línea con la solución a la problemática del nacimiento y a la prueba del daño moral, se entiende que el fallecimiento produce a los familiares un perjuicio moral evidente, aunque se permite la prueba en contra, por ejemplo, cuando se haya roto el vínculo afectivo.<sup>294</sup> Así pues, en el fondo, los supuestos imaginables son inabarcables en su totalidad pero, ante todo, cabe resaltar que se incentiva la indemnización al cónyuge, a los hijos y a los padres del fallecido.<sup>295</sup>

A pesar de todo lo expuesto sobre el contenido de la indemnización por causa de muerte, queda una importante cuestión por resolver y no es otra que la indemnización de los perjuicios sufridos por la víctima antes de fallecer. Si sabemos que la indemnización, como institución privada que es, resulta transmisible y en tal sentido se pronunciaba el antiguo artículo 105 CP 1973 sobre su transmisibilidad *mortis causa*, ¿cabe una indemnización *de iure hereditatis* a los herederos del agraviado basada en aquel derecho a la reparación que éste ostentaba antes de fallecer? Al respecto, ROIG TORRES considera que debe diferenciarse según si el fallecido haya reclamado o no la correspondiente indemnización – piénsese, por ejemplo, en un supuesto de larga enfermedad u hospitalización. Si la ha reclamado, los herederos podrán continuar el proceso, independientemente de la naturaleza de los perjuicios morales o materiales ocasionados al fallecido. Por el contrario, si no se ha ejercitado la acción, se reconoce la transmisibilidad del derecho a la reparación de los perjuicios patrimoniales sin mayores controversias. En cambio, se discute sobre si es transmisible la indemnización del perjuicio moral, ya que algunos autores entienden que tales perjuicios son inherentes a la persona y que, por tanto, solo el propio perjudicado podría exigir su resarcimiento. Por su parte, ROIG TORRES aboga por la solución contraria.<sup>296</sup>

### 3.4. La cuantificación

Examinada la problemática de la indemnización, sólo quedaría hacer una breve referencia a la cuantificación del monto indemnizatorio. Al respecto, tal cuestión es una obligación de los tribunales de justicia según el artículo 115 CPesp. En tal sentido sobre la cuantificación, no existe un método legal establecido en la norma a la hora de fijar la

---

<sup>294</sup> Advierten la existencia de tal orden de preferencia, con multitud de notas jurisprudenciales CAVANILLAS MÚGICA, S., “Efectos de la responsabilidad civil ex delicto: indemnización de perjuicios materiales y morales”, pp. 122-123 y ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos*, pp. 267-269.

<sup>295</sup> Analizando multitud de supuestos en la jurisprudencia ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos*, pp. 270-282. También, con anterioridad, CAVANILLAS MÚGICA, S., “Efectos de la responsabilidad civil ex delicto: indemnización de perjuicios materiales y morales”, pp. 117-122 y MÁRQUEZ DE PRADO PÉREZ, J., “Efectos de la Responsabilidad civil ex delicto”, pp. 183- 193.

<sup>296</sup> ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos*, pp. 262-264.

indemnización, sino que, por el contrario, el juez o magistrado debe acudir a unos principios generales ya mencionados, como el principio rogatorio, el de reparación integral, el de congruencia, etc.<sup>297</sup> Por tanto, y para cumplir con el referido mandato, se debe primero determinar el alcance del daño y, posteriormente, razonar la cantidad indemnizatoria así como las bases que la sustentan.<sup>298</sup> Sobre esto ya decíamos que los perjuicios materiales deben siempre probarse mientras que los morales no son susceptibles de prueba alguna, por lo que deberán ponderarse según los hechos y circunstancias de cada supuesto.<sup>299</sup> En todo caso, no es necesario que el órgano judicial desarrolle minuciosamente todas y cada una de las bases del monto indemnizatorio ni que analice detenidamente los efectos del daño. Por el contrario, simplemente es necesario un comentario más bien generalista sobre el daño y su indemnización. Si no se cumple con esta obligación y no se contienen los elementos de juicio y su valoración, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional consideran que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y, consecuentemente, se causa indefensión.<sup>300</sup> Por ello, aun en el caso de que el juez o magistrado se acoja a la posibilidad que le otorga el artículo 115 CPesp de fijación de la indemnización en el momento de la ejecución de la sentencia y no en la propia resolución, debe señalar en ésta las bases que toma como referencia para posteriormente calcular el total indemnizatorio.<sup>301</sup> Del mismo modo, también decíamos que la regla general es que no cabe revisión del monto indemnizatorio, sino sobre las bases sobre las que éste se fundamenta. Esta revisión procede o bien en aquellos casos en lo que haya habido algún error en la determinación o bien cuando se concede una cantidad superior a la solicitada por las partes.

En este sentido, los jueces y magistrados suelen acudir al Baremo del TRLRCSCVM para fijar la indemnización que corresponda. Ciertamente, se trata de una disposición que no tiene por qué ser directamente vinculante, en el sentido de que no todos los daños que se estudien en sede penal se habrán ocasionado en el contexto de la circulación de vehículos

---

<sup>297</sup> De ahí que LARROSA AMANTE, M. Á., “Artículo 115”, pp. 358, 367 y 383-384 considere que es un artículo innecesario, ya que para expresar simplemente la obligación judicial de motivación ya está el artículo 120.3 CE. De otra opinión sobre el precepto e indicando sus contenidos CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., “Artículo 115”, pp. 374-375.

<sup>298</sup> Nos resulta de interés reflejar aquí la importancia de la determinación del alcance del daño, la cual, en nuestro sistema, se realizará empleando los medios de prueba admisibles en Derecho. En este sentido, quisiéramos traer a colación una institución de carácter anglosajón recientemente incorporada a algún Estado de tradición jurídica continental. Se trata de los *Victim Impact Statements* o Declaración de Impacto de la Víctima. A través de los contenidos de esta institución, la víctima o su representante puede poner de manifiesto ante el tribunal cómo le ha afectado el delito, con cuantos detalles estime conveniente. Así, los partidarios de su adopción indican que es una institución necesaria para conocer de primera mano el alcance del perjuicio, daño o menoscabo (¡no necesariamente civil!) ocasionado a la víctima. *Amplius*, POSADA PÉREZ, J. A., “Los efectos de la declaración de impacto de la víctima” e *Id.*, “Reflexiones en torno a los principios generales de los Victim impact statements”.

<sup>299</sup> Por todos, MÁRQUEZ DE PRADO PÉREZ, J., “Efectos de la Responsabilidad civil ex delicto”, pp. 158-159.

<sup>300</sup> ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos*, pp. 288-290. No obstante, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional consideran que si los perjuicios se desprenden de los hechos probados, la resolución está suficientemente fundada *Ibid.*, pp. 292-293.

<sup>301</sup> Citando jurisprudencia al respecto *Ibid.*, p. 301. Igualmente, cabe resaltar que la cuestión más importante que rodea a la problemática del Baremo en el Derecho de daños es, probablemente, su pretendida inconstitucionalidad. Nuevamente, analizando difusamente la jurisprudencia en este sentido *Ibid.*, pp. 311-325.

a motor. Sin embargo, incluye una serie de criterios que son de gran utilidad para proceder a la valoración de todos los daños, al menos con carácter orientativo.

## V. RESPONSABLES CIVILES Y PERJUDICADOS

### 1. Consideraciones previas

En este capítulo hemos venido acentuando las particularidades del régimen de responsabilidad civil *ex delicto*, el cual se encuentra, como ya sabemos, íntimamente relacionado con el modelo de responsabilidad civil “pura”. Igualmente, hemos puesto de manifiesto que el Código Penal español ha apostado tradicionalmente por un régimen de responsabilidad civil *ex delicto* que desarrolla nuevos contenidos sustantivos del régimen general de la responsabilidad civil, modificando sensiblemente la regulación. Como hemos referenciado, estas diferencias se encuentran, sobre todo, en el tratamiento de la responsabilidad civil *ex delicto* de algunos sujetos particulares.

Siendo el objeto indirecto de nuestro trabajo la responsabilidad civil *ex delicto*, realizaremos un breve estudio de los sujetos vinculados por la mencionada relación obligatoria en las siguientes páginas. La finalidad principal no es otra que exponer con la mayor claridad posible el régimen sustantivo de nuestro interés que, ciertamente, difiere del régimen principal, al que no le hemos dedicado tanta atención en lo que se refiere, particularmente, a la responsabilidad civil por hecho ajeno y a los supuestos especiales de responsabilidad civil. Por tanto, es cierto que el régimen que aquí se expone difiere del régimen general, es cierto que tal diferencia, a nuestro parecer y de acuerdo con buena parte de la doctrina, no está justificada en el ordenamiento español, y también es cierto que muy probablemente no le hemos dedicado a la responsabilidad civil por hecho ajeno y a los supuestos especiales toda la atención que merecieran, pero no es menos cierto que el objeto de nuestro trabajo no es un estudio omnicompreensivo sobre la responsabilidad civil, ni un estudio comparativo entre el régimen ordinario y el régimen *ex delicto*, ni nada en este sentido. Por el contrario, el objeto de nuestro trabajo, recordemos, es únicamente la responsabilidad civil *ex delicto*, más concretamente el artículo 112 CPesp, en interés del Derecho penal. En consecuencia, aunque creemos haber dado al Derecho y a la responsabilidad civil *stricto sensu* la importancia y el lugar que merecen, debe el lector tener en cuenta el objeto principal de nuestro estudio.

### 2. Las reglas generales

En lo que se refiere a la problemática del sujeto responsable civil, la solución del Código Penal se encuentra en línea con la metodología empleada en el resto de las cuestiones que aborda. Es decir, que vuelve a aplicar evidentes mecanismos de simplificación. En contraste con la amplia variedad de supuestos previstos en el Código Civil y en las leyes especiales, el legislador penal realiza un ejercicio de drástico reduccionismo. Frente a la multitud de normas civiles generales y especiales por hecho propio y por hecho ajeno, tanto el Código Penal español como el italiano allanan expeditivamente la cuestión aportando una solución jurídica a través de pocos artículos.

## 2.1. Responsables civiles y perjudicados

En el caso de Italia, el primer párrafo del artículo 185 CPita reenvía directamente a la ley civil aquellos supuestos de *restituzioni*, mientras que el segundo párrafo del mismo artículo, si bien vuelve a reenviar la cuestión a la ley civil en casos de *risarcimento*, hace expresa referencia al “culpable” y a las personas que deben responder civilmente por el hecho de éste.<sup>302</sup> Al respecto, si bien el reenvío resulta, a nuestro juicio, una fórmula legal bastante respetuosa con los principios de unidad y coherencia del ordenamiento jurídico, además de la evidente simplificación, lo cierto es que el tenor literal no resulta afortunado. Pareciera que si no hay culpabilidad (¿entiéndase penal o civil?) no se responde civilmente. Quizás lo más razonable sería entender que se refiere a la culpabilidad penal, por respeto a la vía judicial. Pero esta solución no es del todo satisfactoria, porque no hay una relación directa entre la culpabilidad penal y la capacidad civil. Una no tiene por qué excluir a la otra necesariamente. En el fondo, ¿si no hay culpabilidad penal no se responde civilmente en ningún caso, *e. gr.* en supuestos de grave adicción? Al respecto hemos comprobado que, de acuerdo con las normas del Derecho civil, la cuestión no sería resuelta de ese modo. En el caso de nuestro ejemplo, se responde por hecho propio si se demuestra la capacidad civil, concepto autónomo frente a la culpabilidad penal. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que estamos ante una institución civil, por lo que no es del todo rechazable la opción de considerar la culpabilidad civil. Sin embargo, ¿qué ocurre con los supuestos de responsabilidad objetiva? ¿se entienden excluidos?<sup>303</sup> Considérese al respecto que el *Codice Rocco* data de 1930, un periodo en el que la responsabilidad objetiva no gozaba del protagonismo que posee actualmente. En todo caso, y aún más importante, ¿deberían tutelarse estos supuestos actualmente en vía penal? Nuevamente, vuelve a surgir la cuestión acerca de la finalidad, objetivos y fundamentos del modelo de responsabilidad civil *ex delicto* en nuestros sistemas. Como podemos comprobar, la literalidad de la fórmula italiana presenta claros problemas interpretativos que se deben a la expresa referencia al “*colpevole*”. Si se parte de un mero sistema de reenvío, que es además acumulativo, sería aconsejable cambiar dicha referencia por alguna otra menos ambigua, como por ejemplo, la mención al “*reo*”.

En el caso de España, la regla general parece venir dada por el artículo 116 CPesp, que parte nuevamente de la declaración de responsabilidad penal del sujeto. Sin embargo, hemos de recordar aquí lo que hemos expuesto *supra*. En primer lugar, que respecto a la clásica fórmula del anterior artículo 19 CP 1973, se añade el ulterior requisito de “*si del hecho se derivaren daños o perjuicios*”. En segundo lugar, que, de acuerdo con nuestro punto de vista sobre el nacimiento, no es necesario ser responsable penal para responder civilmente conforme a la estructura de la norma *ex delicto* y a la dicción literal de la primera parte del propio artículo 109.1 CPesp. Por el contrario, únicamente es necesario

---

<sup>302</sup> Recordemos el tenor literal: Art. 185 CPita. (Restituzioni e risarcimento del danno) “*Ogni reato obbliga alle restituzioni, a norma delle leggi civili. Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui.*”

<sup>303</sup> *Vid.* el interesante comentario de sentencia que realiza DÍAZ LÓPEZ, J. A., “¿Responsabilidad civil *ex delicto* de un banco por la crisis nerviosa del cliente que presenció un atraco?”.

haber cometido un ilícito penal y que, posteriormente, se aprecie un ilícito civil a partir de los mismos hechos.<sup>304</sup> En todo caso, resulta evidente que subsisten múltiples excepciones a la aparente regla de la previa declaración de la responsabilidad penal. Téngase en cuenta que, de acuerdo con los próximos artículos del Código Penal, existen multitud de reglas ulteriores a la constatación del ilícito penal que no afectan a la responsabilidad civil y que, del mismo modo, excluyen de forma más o menos evidente la pretendida necesidad de previa declaración de responsabilidad penal en el sistema *ex delicto*. En todo caso, es cierto que lo lógico sería pensar que, ejecutado el ilícito penal, lo más razonable sería esperar, en principio, la posterior declaración de responsabilidad penal, aunque no deberíamos precipitarnos en tal sentido. En cualquier caso, examinemos las referidas excepciones.

Primera, la referencia a la inimputabilidad penal (alteración psíquica, intoxicación plena o síndrome de abstinencia y alteración en la percepción *ex arts. 20 1º, 2º y 3º CPesp*) es irrelevante para el nacimiento de la responsabilidad civil *ex delicto* según los artículos 118.1 1ª y 2º CPesp, con independencia de que estos inimputables sean mayores o menores de edad. En este sentido y desde nuestro punto de vista, se requeriría únicamente la capacidad civil para ser responsable civil *ex delicto*.<sup>305</sup> Segunda, la mención a la edad. En este sentido, habría que distinguir dos supuestos, los sujetos con edad comprendida entre 14 y 17 años, a los que sería de aplicación la LORRPM *ex art. 1.1* del mismo cuerpo legal, y aquellos menores de 14 años. En el primer caso, según el propio artículo 61.2 LORRPM son responsables civiles subsidiarios *ex delicto* junto a sus padres. En el segundo, no les sería de aplicación la LORRPM según una lectura conjunta de los artículos 1.1 y 3 del mismo cuerpo legal. No obstante, en lo que únicamente se refiere a la responsabilidad civil, una cuestión es que el menor de 14 años sea o no responsable civil de acuerdo con las normas del Derecho de daños y otra muy distinta que se le pueda exigir responsabilidad civil *ex delicto* en la vía penal. En este sentido, conforme a las normas civiles generales, se les puede exigir, en principio, responsabilidad privada en vía civil.<sup>306</sup> Pero ¿qué ocurriría respecto a la vía punitiva? Al respecto, debe tenerse en cuenta la mencionada estructura de la norma *ex delicto*, que exige la previa constatación de un ilícito penal, las reglas de la dogmática penal, que indican que la edad afectaría únicamente a la culpabilidad o imputabilidad subjetiva<sup>307</sup> y el artículo 3 LORPM. Por

---

<sup>304</sup> Con acierto acentúa MAPELLI CAFFARENA la confusión entre las áreas civiles y penales expresada en el art. 116 CPesp, ya que, como hemos dicho en varias ocasiones, se puede ser responsable civil sin ser responsable penal y viceversa. Es posible que concurren simultáneamente responsables civiles no penales y responsables penales no civiles, por lo que, de acuerdo con el autor, consideramos que se trata de una cláusula imprecisa y poco acertada. *Vid.*, MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 475.

<sup>305</sup> De otra opinión, con matices, PANTALEÓN DÍAZ, M., “La enigmática regla 1ª del artículo 118.1 del Código Penal”, p. 15.

<sup>306</sup> De esta misma opinión, GÓMEZ CALLE, E., “Los sujetos de la responsabilidad civil”, pp. 1002-1004 y ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, p. 15.

<sup>307</sup> Por todos, BACIGALUPO, E., *Derecho penal. Parte general*, p. 448, BUSTOS RAMÍREZ, J. J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho Penal*, vol. 1, p. 361-363, CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español*, pp. 965-984, GARCÍA RIVAS, N., “La culpabilidad (II)”, p. 238, MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, pp. 610-614, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, pp. 347-350 y ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio*

nuestra parte, entendemos que, de acuerdo con las estrictas reglas de la dogmática jurídico-penal y conforme a la estructura de la norma *ex delicto*, bien cabría exigirle responsabilidad civil en vía penal tanto a los menores entre 14 y 17 años, de acuerdo con la LORRPM, como a los menores de 14 años en un principio, ya que la edad de éstos únicamente afectaría a la culpabilidad, por lo que, para cuando se llegue al análisis de ésta, ya se habrá analizado la concurrencia del ilícito penal. Sin embargo, deben tenerse en cuenta las reglas del artículo 3 LORRPM:

*“Cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes. El Ministerio Fiscal deberá remitir a la entidad pública de protección de menores testimonio de los particulares que considere precisos respecto al menor, a fin de valorar su situación, y dicha entidad habrá de promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.”*

Por lo expuesto, lo cierto es que cuando encontremos a un menor de 14 años que haya cometido, en el plano enteramente fáctico, un ilícito penal, desde el punto de vista estrictamente procedimental, ni siquiera se activará el proceso penal. Por el contrario, el órgano correspondiente atenderá a *“lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes”* y el Ministerio Fiscal remitirá testimonio de los particulares a la entidad pública de protección de menores para que ésta valore la situación y promueva las correspondientes medidas de protección. Por tanto, entendemos que, procesalmente hablando, no se exigirá responsabilidad civil *ex delicto* al menor de 14 años. Al contrario, será necesario acudir a la vía civil, donde será totalmente irrelevante la concurrencia de un ilícito penal y únicamente serán necesarios los requisitos del ilícito civil, particularmente, que el causante sea un sujeto civilmente imputable.<sup>308</sup>

Por nuestra parte, interpretamos la mención a *“las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones”* en el artículo 3 LORRPM como aquellas medidas legales que exclusivamente pretenden tutelar el interés del menor, como por ejemplo las previstas en el artículo 158 CCesp. Entendemos que la referencia a la protección del menor de 14 años no conlleva que se le proteja hasta tal punto que se impida que sea responsable en vía civil, máxime porque las normas de responsabilidad civil, ya sean *“pura”* o *ex delicto*, no son normas de protección del menor, sino normas de exclusiva tutela del interés del perjudicado.<sup>309</sup> Ciertamente, pueden llegar a ser cuestionadas las normas civiles que imponen este tipo de obligaciones a un menor tan joven (o, directamente, a un menor) en el sentido de que se dude de la capacidad

---

*de Derecho Penal*, pp. 379-380. Por la doctrina alemana, JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General*, pp. 629-630 y ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*, t. 1, pp. 847-850

<sup>308</sup> En esta línea, sobre la necesidad de acudir en estos casos a la vía civil ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, p. 65.

<sup>309</sup> De otra opinión parece ser PANTALEÓN DÍAZ, M., *“La enigmática regla 1ª del artículo 118.1 del Código Penal”*, pp. 6-8.

económica real que posea éste para hacer frente a sus responsabilidades civiles. En cualquier caso, a nuestro juicio, parece claro que el ordenamiento los hace responsables civiles, al menos en vía civil. Igualmente, los motivos que excluyen *de facto* la responsabilidad civil *ex delicto* del menor de 14 años son enteramente procesales, en contraste con la dogmática y la estructura de la norma *ex delicto*. Por todo lo expuesto, entendemos que no hay motivos de edad del causante para rechazar nuestra teoría de que no es necesario ser responsable penal para ser responsable civil, ya sea en vía punitiva o en vía civil, pues ambas responsabilidades pertenecen a dos planos jurídicos distintos y, aunque la estructura de la norma *ex delicto* exige la previa concurrencia de un ilícito penal, en el caso del menor de 14 años, ni siquiera se iniciará el proceso, por lo que su responsabilidad civil en vía punitiva no se declara por motivos procesales, no por motivos dogmáticos. En cualquier caso, resaltamos que no es función del proceso penal la tutela del ilícito civil, por lo que podría llegar a justificarse la no declaración de responsabilidad civil *ex delicto* en esta sede. Recordemos también, por otro lado, que la tutela del ilícito civil en vía penal no se hace por motivos penológicos o político-criminales, sino por simple y llana economía procesal. Asimismo, hay que tener en cuenta que la norma *ex delicto* sigue siendo, a pesar de todo, una norma civil, por lo que más allá del mencionado requisito, la relación que establece entre uno y otro plano es inexistente o, si se quiere, artificial, ya que dicha norma no hace más que forzar una pretendida relación entre los planos penal y civil para justificar la ulterior tutela del ilícito civil.

Tercera, el error de prohibición y el de tipo son igualmente irrelevantes, de acuerdo con una lectura conjunta de los artículos 14 y 118.2 CPesp. Cuarta, tampoco debe tenerse en cuenta el miedo insuperable según el artículo 118.1 4<sup>a</sup>, a pesar de la novedosa atribución de la responsabilidad civil. Quinta, entendemos que tampoco serían impedimento la ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, por lo expuesto *supra*, a pesar del silencio del Código en este sentido.<sup>310</sup> En esta línea, todo lo que hemos reseñado se refiere a la responsabilidad por hecho propio, pero la incorrección de la fórmula de responsabilidad penal como requisito para la responsabilidad civil *ex delicto* también se refleja, y de forma mucho más clara, en la responsabilidad por hecho ajeno. La primera de todas las excepciones se encuentra en el tratamiento de la restitución, la cual tiene lugar, con los matices realizados *supra*, aunque el bien se encuentre en poder de un tercero, con lo cual no es necesaria ni la declaración penal del propio sujeto ni la del referido tercero para que se responda civilmente. En todo caso, sería responsable civil el mero poseedor. Todo ello sin necesidad de daño o perjuicio alguno, con la mera posesión del bien usurpado se respondería civilmente a través de esta vía. Igualmente, la única excepción a esta regla especial, recordemos, sería la previa declaración de la irreivindicabilidad del bien. De otra parte se encontraría el resto de las reglas especiales contenidas en los artículos 117, 120, 121 y 122 CPesp.

Finalmente, en cuanto al sujeto activo de la obligación privada, es decir, el *accipiens*, la regla general es que es el propio perjudicado quien resulta acreedor de la responsabilidad

---

<sup>310</sup> En la doctrina actual, de esta opinión, SILVA SÁNCHEZ, J. M., “¿Ex delicto?”, p. 6. Con anterioridad, SILVA MELERO, V., “Analogías y diferencias entre la ilicitud civil y penal”, pp. 441-442.



civil *ex delicto*. En muy resumidas cuentas, el perjudicado es aquella persona a la que directamente se le causa el daño, independientemente del protagonismo que haya experimentado en los hechos declarados delictivos. Es decir, se trata de un concepto enteramente civil y, por tanto, completamente independiente de la idea de sujeto pasivo, objeto material o víctima.<sup>311</sup> De acuerdo con los contenidos de la responsabilidad civil *ex delicto*, en el caso de la restitución, la regla general es que sería perjudicado principal el poseedor y, en el caso de la indemnización, pueden llegar a serlo el perjudicado, sus familiares y terceras personas según el artículo 113 CP.

## 2.2. Los supuestos de pluralidad de responsables civiles y la obligación del establecimiento de cuotas. La relación interna y las reglas de ejecución

Pasemos ahora a la cuestión de las reglas en supuestos de pluralidad de causantes. En este tipo de supuestos, el mencionado artículo 116.1 CPesp obliga al juez o tribunal a señalar la cuota de la que deba responder cada uno de los intervinientes.<sup>312</sup> Se trata de una obligación que no tiene paralelismo alguno ni en el Código Civil ni en las reglas más básicas del Derecho de daños, aunque nada impide que en vía civil se establezcan cuotas si así lo estima el correspondiente órgano judicial. Esta obligación expresa es, por tanto, una característica propia del sistema de responsabilidad civil *ex delicto*. La literalidad del precepto que la impone es la siguiente:

**Artículo 116.1 CPesp** “*Si son dos o más los responsables de un delito los jueces o tribunales señalarán la cuota de la que deba responder cada uno*”.

Desafortunadamente, el Código Penal no da indicaciones al respecto, por lo que habrá que acudir a los criterios generales de imputación civil. De acuerdo con el carácter privado de la institución, entendemos que, para establecer las cuotas en esta segunda parte del análisis del caso, la cuestión debe resolverse conforme a las reglas del Derecho civil, por lo que sería necesario tomar la relevancia del comportamiento de cada sujeto en la producción del daño como punto de partida.<sup>313</sup> Es necesaria una separación contundente entre el plano civil y el plano penal. En todo caso, deben dejarse a un lado todos los criterios penales que se hayan empleado anteriormente en la resolución. Insistimos, una vez más, que los criterios de atribuidibilidad que deben aplicarse son los propios del Derecho civil, y no los del Derecho penal. Consecuentemente, no resulta razonable responsabilizar a cada sujeto únicamente de su delito concreto ni tampoco debe existir unidad de infracción para todos los intervinientes. En este sentido, no habrá ningún problema de determinación si se estima que los sujetos contribuyeron en igual medida a causar el daño. La dificultad, evidentemente, resultará cuando existan diferencias en la relevancia de la intervención de cada sujeto a la hora de la producción del daño civil, por lo que deberán establecerse cuotas dispares. Si no se realiza esta obligación de concretar

---

<sup>311</sup> También de esta opinión, MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 472.

<sup>312</sup> Se trata de un planteamiento novedoso. Sobre la fórmula anterior *vid.* CORDOBA RODA, J., “Artículo 106”, pp. 594-598 e *Id.*, “Artículo 107”, pp. 598-600.

<sup>313</sup> De esta opinión, MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, pp. 474-476. Ampliamente, ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos*, pp. 360-372, con multitud de reseñas jurisprudenciales.

la cuota de cada uno de los intervinientes, la totalidad se entiende dividida en partes iguales.<sup>314</sup> A continuación, el artículo 116.2 CPesp establece nuevas reglas dentro del marco del supuesto de pluralidad de responsables civiles *ex delicto*, con el siguiente tenor literal:

*“Los autores y los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables.*

*La responsabilidad subsidiaria se hará efectiva: primero, en los bienes de los autores, y después, en los de los cómplices.*

*Tanto en los casos en que se haga efectiva la responsabilidad solidaria como la subsidiaria, quedará a salvo la repetición del que hubiere pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno.”*

Como bien puede comprobarse, la clara comprensión de los contenidos del precepto resulta verdaderamente difícil debido a su redacción. Sin embargo, a juzgar por su más absoluta literalidad pareciera, primero, que el precepto parte nuevamente de la responsabilidad penal, empleando los conceptos de autor y cómplice como únicos sujetos obligados, lo cual, de acuerdo con lo expresado *supra*, no nos parece que sea del todo correcto.<sup>315</sup> Segundo, que los autores son responsables solidarios entre ellos y que lo mismo ocurre con los cómplices. Tercero, que los cómplices son responsables subsidiarios respecto a los autores y viceversa. Cuarto, que la ejecución de la obligación civil se realizará sobre los autores en primer lugar y, posteriormente, sobre los cómplices. Quinto, que, en todo caso, cabe derecho de repetición contra los demás. En este sentido, la gran duda que nos suscita el precepto es ¿qué ocurre con aquellos que son responsables civiles pero no son responsables penales por la razón que sea? En principio entendemos que nada impediría aplicar la analogía y declararlos responsables solidarios entre ellos, pero en caso de concurrencia conjunta de esta clase de responsables civiles no penales y aquellos responsables penal y civilmente ¿cuál es la relación de los primeros con los demás? ¿deberían meterse en un grupo con los autores, con los cómplices o formar otro ellos solos?

Más allá de lo expuesto, pareciera que, estableciendo una combinación de responsabilidad civil solidaria y subsidiaria, la voluntad del legislador es aplicar el principio *pro damnato*, es decir, que ningún obstáculo dificulte la satisfacción del interés de los perjudicados.<sup>316</sup> No obstante, hay dos cuestiones de interés que resaltar. En primer lugar, a pesar de la aparente garantía patrimonial del perjudicado, si en materia de responsabilidad civil *ex delicto* cada uno responde por su cuota frente al acreedor ¿por qué se distingue entre el

---

<sup>314</sup> Así, MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 475, ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos*, pp. 374-376 y QUINTERO OLIVARES, G. y CAVANILLAS MÚGICA, S., “Las personas civilmente responsables”, p. 149.

<sup>315</sup> En cualquier caso, de acuerdo con ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos*, pp. 373-374, debe entenderse que la mención a los autores no es sólo respecto a aquellos en el sentido penalmente estricto, sino también respecto a aquellos considerados como tales por el artículo 28 CPesp.

<sup>316</sup> También de esta opinión, MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 475 e IZQUIERDO MARTÍN, P., “Irresponsabilidad penal y responsabilidad civil”, p. 204.

autor y el cómplice en este segundo apartado? La evidencia de esta distinción se encuentra claramente expresada en los tres párrafos: en el primero, separándolos en régimen de subsidiariedad el uno con el otro, en el segundo, ejecutando los bienes en los autores antes que en los de los cómplices, y en el tercero, haciendo referencia a los casos de responsabilidad solidaria (o sea, entre aquellos de la misma clase), y a los casos de responsabilidad subsidiaria, respecto a aquellos de la otra clase.<sup>317</sup> Nos parece una solución que, al menos en su literalidad, resulta verdaderamente criticable si lo que efectivamente se pretende es garantizar que el perjudicado perciba la responsabilidad civil que le corresponde. Quizás la solución de este enigma estriba en que el legislador entiende que la obligación civil debe ejecutarse primero frente al autor y después frente al cómplice. A pesar de ello, ¿qué necesidad hay de hacerlo si ambos son obligados civiles y cada uno responde de su cuota? Este hecho nos resulta verdaderamente asombroso, máxime si se tiene en cuenta que la verdadera garantía patrimonial frente al perjudicado no es otra que la declaración de todos los responsables civiles como obligados en régimen de solidaridad directa, como hacen los artículos 187 CPita y 2055 CCita.<sup>318</sup> Todo ello se complica aún más si se añade la problemática del responsable civil no penal. Desde nuestro punto de vista, tal distinción no tiene mucho sentido, ya que todos son, o deberían ser, obligados civiles en un mismo plano de igualdad – una suerte de “*par conditio debitorum*”. En segundo lugar, nos parece claro que el legislador, partiendo de la evidente separación entre cómplices y autores, ha dejado, de forma consciente o inconsciente, un importante hueco en la norma, que no es otro que la cuestión de la relación obligacional entre ambas categorías frente al perjudicado, es decir, entre las cuotas de los autores y las cuotas de los cómplices ¿hay una relación de mancomunidad o solidaridad? Lo cierto es que, a la luz de la literalidad del precepto, la cuestión no queda clara. En consecuencia, dos son las cuestiones que deberán resolverse. La primera, ¿qué necesidad hay de distinguir entre el autor y el cómplice? Y la segunda, ¿cuál es la relación obligatoria interna entre autores y cómplices frente al perjudicado? ¿mancomunada o solidaria?

Por nuestra parte, no sabríamos responder debidamente a ninguna de las dos inquietudes. Respecto a la primera pregunta, no encontramos ninguna justificación satisfactoria. Entendemos que todos los obligados civiles deberían recibir el mismo tratamiento, sin perjuicio de la posibilidad u obligación del establecimiento de cuotas de acuerdo con la relevancia de sus respectivos comportamientos de cara a la producción de los daños. Por tanto, como decíamos, no encontramos razón alguna para la distinción entre autores y cómplices frente al acreedor de la responsabilidad civil *ex delicto*, ni mucho menos para distinguirlos frente al responsable civil no penal. En esta línea, respecto a la segunda pregunta, tampoco sabríamos pronunciarnos, en vista, además, del complejo debate doctrinal en sede civil. Igualmente, recordemos que la jurisprudencia civil parece ser bastante sólida en lo que se refiere a la pluralidad de causantes; es mancomunada en contractual y solidaria en extracontractual. Desde luego, sería aconsejable que, al menos en sede penal, la relación obligacional fuera solidaria y directa, para garantizar la

---

<sup>317</sup> Críticamente, señalando que la distinción entre autores y cómplices tendría sentido en el Código Penal anterior, ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos*, pp. 372-373.

<sup>318</sup> *Vid.* ROMANO, M., “Art. 187”, pp. 373-376.

indemnidad del perjudicado, pero una cosa es la *lege lata* y otra bien distinta la *lege ferenda*. En el ámbito comparado la solidaridad viene reconocida por los artículos 187 CPita y 2055 CCita. Para mayor complicación, la cuestión no parece haber sido debidamente resuelta por la jurisprudencia, la cual ni siquiera cuenta con una clara posición al respecto, ya que se aprecian diversas líneas jurisprudenciales sobre la interpretación del artículo 116.2 CPesp.<sup>319</sup> A pesar de todo, esta cuestión resulta realmente contrastable con la solución que aporta el artículo 116.3 CPesp respecto a los casos de responsabilidad penal de las personas jurídicas, que señala tajantemente la responsabilidad civil solidaria con las personas físicas que fueran condenadas por los mismos hechos.<sup>320</sup> ¿Sería éste un argumento *a pari* para defender la solidaridad entre autores, cómplices y responsables civiles no penales? En cualquier caso, de acuerdo con los criterios de simplificación que parecen regir la obligación civil *ex delicto* y en congruencia con lo expuesto en este apartado, entendemos que sería aconsejable suprimir la mención a los autores y a los cómplices así como declarar la solidaridad entre todos los responsables civiles, con independencia del grado de responsabilidad penal, autoría y/o participación.

Finalmente, una última cuestión viene referida a la posición que adquieren los responsables subsidiarios respecto a los principales por los que responden: si se subrogan en la posición de estos últimos y, por tanto, deberán hacerse cargo también todo lo que les correspondiese a ellos por vía de la solidaridad o subsidiariedad, o si, por el contrario, sólo deberán responder por la cuota de su principal. Parece que la solución jurisprudencial se inclina por la primera opción.<sup>321</sup>

---

<sup>319</sup> Expone las tres líneas jurisprudenciales así como a los diferentes autores que son partidarios de cada una de ellas, ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos*, pp. 376-382. La primera entiende la solidaridad dentro de cada grupo y la subsidiariedad respecto al otro, de acuerdo con la literalidad del art. 116.2 CPesp. La segunda afirma la solidaridad de todos los responsables penales frente al perjudicado, sin distinguir entre autores y cómplices, entendiendo que las reglas de solidaridad y subsidiariedad vienen referidas únicamente a las relaciones internas entre los obligados – *e. gr.* SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Artículo 116”, p. 343, CARRILLO VINADER, F. J., “Artículo 116”, pp. 421-423 y CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., “Artículo 116”, pp. 376-377. Finalmente, la tercera entiende que sólo los autores deben hacer frente a la totalidad de la responsabilidad civil y, sólo en caso de impago total o parcial, responderán los cómplices.

<sup>320</sup> Artículo 116.3 CPesp: “La responsabilidad penal de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil en los términos establecidos en el artículo 110 de este Código de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos.” *Amplius*, MAGALDI PATERNOSTRO, M.ª J., “Artículo 116”, p. 905 y 908-909.

<sup>321</sup> ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos*, pp. 382-383. Respecto al art. 107 CP 1973, que sería el equivalente al actual art. 116.2 es partidario de la primera opción CÓRDOBA RODA, J., “Artículo 107”, p. 600. Sigue esta tesis, MAGALDI PATERNOSTRO, M.ª J., “Artículo 116”, p. 905.

## CAPÍTULO IV:

# ANÁLISIS HERMENÉUTICO DEL ARTÍCULO 112 DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

### I. DE NUEVO SOBRE LA METODOLOGÍA EN ESTE CAPÍTULO

Hasta ahora, hemos detenido nuestra atención en exponer la evolución histórica y político-criminal de la reparación en Derecho penal. Igualmente, hemos abordado la cuestión del régimen jurídico en España. A continuación, analizaremos detenidamente el artículo 112 CPesp. Para ello, emplearemos los tradicionales métodos hermenéuticos, ampliamente reconocidos por la doctrina.

En primer lugar, aplicaremos el método literal, identificando las expresiones empleadas por el legislador y analizando el artículo 112 CPesp desde el punto de vista lingüístico. En segundo lugar, acudiremos al método histórico. De acuerdo con los planteamientos y parámetros propios de su aplicación, este segundo apartado constará, a su vez, de tres partes diferenciadas. Primero, analizaremos los precedentes normativos inmediatos, constituidos, en nuestro caso, por la regulación anterior de la modalidad de la “reparación” *ex delicto*. A continuación, expondremos rigurosamente el proceso de formación de la norma, acudiendo a los materiales prenormativos y prestando particular atención a los estudios y debates parlamentarios. Finalmente, para concluir este apartado, examinaremos con detenimiento el contexto histórico-jurídico en el que se inserta el periodo de formación de la norma. Así, este apartado nos ayudará a tener perfectamente ubicado todo el proceso histórico en el que se inserta la promulgación del artículo 112 CPesp, ya que las tres partes de nuestra aproximación histórica están, por un lado, ligadas de forma evidente a la formulación de la norma, y por otro, íntimamente vinculadas entre sí, resultando en un análisis mucho más profundo. Nótese que abarcaremos las tres esferas del estudio histórico: examinaremos el régimen anterior en sí mismo (perspectiva histórica interna), el proceso de elaboración de la norma (perspectiva histórica *stricto sensu*) y el contexto histórico-jurídico en el que se inserta este proceso de elaboración (perspectiva histórica externa). Sin embargo, como cualquier otro método hermenéutico, su valor no es absoluto, sino que, por el contrario, es más bien limitado. De hecho, algunas escuelas lo rechazan frontalmente. A día de hoy, parece imponerse una interpretación objetiva-evolutiva de la norma, predominando, por tanto, otros criterios por encima del histórico. Es más, considerando la complejidad del sistema de fuentes del Derecho contemporáneo, particularmente en lo que se refiere al papel actual del poder legislativo, donde intervienen multitud de órganos, comisiones y grupos políticos, resulta verdaderamente complicado extraer de manera uniforme, y sin ningún atisbo de duda, la voluntad del legislador.<sup>1</sup> En cualquier caso, nos parece evidente que, independientemente del parecer individual que cada uno adopte sobre la procedencia del método histórico, su aplicación en este caso nos llevará al esclarecimiento de unos límites mínimos a la libre

---

<sup>1</sup> El criterio histórico aquí lo empleamos siguiendo las indicaciones metodológicas de SORIANO DÍAZ, R., *Compendio*, pp. 261-262 y ROBLES, G., *Teoría del Derecho*, vol. 2, pp. 436-438.

interpretación, los cuales se corresponderían, como poco, con una abstracta delimitación de la *voluntas legislatoris*.

En tercer lugar, interpretaremos el precepto dentro de sus dos contextos jurídicos, el contexto interno y el contexto externo. Por esta razón, vista la complejidad de esta tercera aproximación, dedicaremos un apartado a cada uno de los contextos, que resultará, por un lado, en la aplicación del criterio lógico-conceptual, entendiendo la norma en el contexto de sí misma, y por otro lado, en la aplicación del criterio sistemático, analizando la norma en el contexto del ordenamiento en el que se ubica. De esta forma, realizaremos un estudio normativo-contextual completo. En lo que se refiere a la aplicación del criterio lógico-conceptual, trataremos de comprender la norma desde sí misma, analizando sus diferentes elementos y aplicándoles las reglas de la lógica. En este sentido, la aplicación de tal criterio constará de dos fases: una primera, de interpretación de acuerdo con la metodología del conceptualismo jurídico, descomponiendo la norma en sus elementos más básicos para después reconstruirla alrededor de conceptos y principios jurídicos comunes. Así, una vez obtenidos los referidos conceptos y principios, se procederá tanto al análisis de la totalidad de la norma con éstos como al análisis de los conceptos y principios entre sí mismos, a fin de obtener una comprensión global. En la segunda fase, como adelantábamos, emplearemos complementariamente las reglas de la lógica a los contenidos de la norma para obtener, con el máximo grado de precisión, su ámbito de aplicabilidad.<sup>2</sup> De otra parte, respecto a la aplicación del método sistemático, colocaremos la norma de nuestro interés en relación con el resto de preceptos del ordenamiento jurídico. La idea fundamental en este apartado es ubicar el lugar que ocupa el artículo 112 CPesp respecto a la totalidad de nuestro ordenamiento.<sup>3</sup>

En cuarto lugar, ya empleados los anteriores criterios hermenéuticos, aplicaremos el método teleológico. Para ello consideraremos, ante todo, la finalidad de la norma o *voluntas legis*, relacionándola con los límites formales, materiales y pragmáticos que restringirían su interpretación en este sentido. La idea fundamental en este apartado es conocer el texto desde sí mismo, desconectándolo de su contexto jurídico y de la voluntad del legislador en la medida de lo posible. De esta forma, se considera que este método hermenéutico se encuentra directamente relacionado con la llamada interpretación objetiva-evolutiva.<sup>4</sup> No obstante, es cierto que en múltiples ocasiones resulta difícil separar la voluntad del creador de la norma (*voluntas legislatoris*) de la voluntad de la norma en sí (*voluntas legis*), pues, en efecto, detrás de la voluntad de un texto legal se encuentra siempre la voluntad de alguien. Es decir, que todo texto jurídico es, en el fondo, el resultado de una decisión.<sup>5</sup> En cualquier caso, realizaremos un ejercicio de análisis y reconstrucción de la *voluntas legis*, intentando desconectarla de su contexto y de la *voluntas legislatoris* todo lo que nos sea posible.

---

<sup>2</sup> Sobre el criterio lógico-conceptual, SORIANO DÍAZ, R., *Compendio*, pp. 257-260.

<sup>3</sup> Cfr. ROBLES, G., *Teoría del Derecho*, vol. 2, pp. 465-471, quien, desde el punto de vista de la teoría comunicacional del Derecho, une ambos métodos bajo la categoría de “interpretación sistemática”. Ampliamente, sobre los procedimientos y criterios, *Ibid.*, pp. 472-479 y 482-488.

<sup>4</sup> SORIANO DÍAZ, R., *Compendio*, pp. 263-264.

<sup>5</sup> ROBLES, G., *Teoría del Derecho*, vol. 2, pp. 498-499.

Finalmente, como decíamos, dedicaremos un último apartado a contrastar y evaluar los resultados obtenidos tras la aplicación de todos y cada uno de los métodos expresados. Ciertamente, es posible que las conclusiones provisionales obtenidas en las diferentes secciones colisionen frontalmente y terminen siendo completamente incompatibles entre sí. Es por ello que, en este último apartado, contrastaremos los resultados del empleo de los diferentes criterios. Igualmente, procederemos a valorar el alcance total de la interpretación, abogando por la solución que estimemos más acorde a los valores y usos de nuestro ordenamiento. De cualquier forma, queremos resaltar, ya de entrada, que somos partidarios de una lectura armónica y proporcionada de los diversos criterios de interpretación pues, en realidad, de todos y cada uno de ellos se pueden extraer contenidos útiles.<sup>6</sup> Sin embargo, como decíamos, no quisiéramos pecar de insensatez, ya que es muy probable encontrar interpretaciones que se contradigan las unas a las otras. Por lo tanto, queremos reflejar en esta introducción al capítulo que, aun considerando la plena validez y procedencia de todos y cada uno de los métodos que se van a emplear, sólo excepcionalmente sería razonable anular, sustituir o modificar alguno de ellos en función de los resultados obtenidos, por ejemplo, si éstos resultasen estériles. En otras palabras, a pesar de que somos firmes defensores del empleo de la pluralidad de métodos hermenéuticos, lo cierto es que no vamos a otorgarle el mismo valor a todos ellos ni tampoco vamos a considerar alguno preferente al resto. Todo dependerá de los resultados que obtengamos de la aplicación del criterio en cuestión, valorado en relación con el resto. Estimamos que este contraste entre conclusiones provisionales será especialmente procedente cuando exista alguna cuestión genérica o ambigua, pues habrá que elegir la interpretación que mejor encaje con la totalidad de resultados obtenidos. Por otra parte, una vez realizado nuestro contraste y valoración, extraeremos de nuestra interpretación aquellos intereses que el ordenamiento trata de proteger a través de una norma tan peculiar como el artículo 112 CPesp. Del mismo modo, también realizaremos nuestras apreciaciones acerca de esos intereses y de la idoneidad en la forma de protegerlos, o lo que es lo mismo, someteremos a crítica personal todo aquel aspecto relativo a los valores de la norma y a su cristalización. Por último, procederemos a exponer nuestras conclusiones y consideraciones finales sobre el artículo 112 CPesp.

En el fondo, la totalidad del planteamiento metodológico empleado en este capítulo puede dividirse en dos grandes bloques, de acuerdo con el método hermenéutico-analítico. De un lado, se pretende descomponer la materia en sus elementos más simples, lo cual se identifica con el primer bloque, en el que se emplean todos los métodos de interpretación. De otro lado, en el segundo bloque, se perseguirá reconstruir el conocimiento a partir de estos elementos simples. Así, esta segunda aproximación se realizará en el último apartado de este capítulo, relativo a la revisión, contraste y valoración sobre la norma y sus contenidos. De la misma forma, quisiéramos remarcar que hemos seleccionado esta aproximación metodológica debido a que entendemos que se trata de la fórmula más

---

<sup>6</sup> De esta opinión, defendiendo la necesidad de que el jurista aplique una pluralidad de métodos hermenéuticos y los conjugue armónicamente, por todos, ROBLES, G., *Teoría del Derecho*, vol. 2, p. 377 y SORIANO DÍAZ, R., *Compendio*, p. 249.

completa de entre todas las que se podrían haber empleado.<sup>7</sup> Nuestro objetivo, como ya señalábamos, no es otro que examinar detenidamente el artículo 112 CPesp con el máximo rigor científico. Resaltábamos en la introducción que el artículo de nuestro interés es un precepto que, hasta donde nos alcanza el conocimiento, no encuentra homólogo en ningún otro ordenamiento. También en esta línea, se trata de un precepto que no ha sido lo suficientemente trabajado desde nuestro punto de vista, habiéndose presentado únicamente estudios de contenidos superficiales. Por estas dos razones, entendemos que no solamente queda justificado el interés del estudio, sino también la aproximación que aquí realizamos.

## II. MÉTODO LITERAL

### 1. Aplicación del método literal

#### 1.1. Primeras notas introductorias

Desde su aprobación en 1995, el artículo 112 CPesp no ha sufrido modificación alguna. Sigue manteniendo el mismo tenor literal desde entonces, el cual reproducimos a continuación:

*“La reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa.”*

Un primer apunte que se extrae de la mera lectura del precepto es que su redacción se centra fundamentalmente en delimitar el “cómo” se repara el daño. A pesar de estar empleando el método literal, consideramos que podemos tomarnos ciertas licencias en lo que respecta, precisamente, al contraste entre la literalidad de este artículo y otros del mismo ámbito. Por ejemplo, dentro del mismo Código Penal, el artículo 111 CPesp – recordemos, dedicado a la restitución – no se centra en el cómo, sino más bien en el “qué” y en el “cuándo”, es decir, en el qué hay que restituir, y en el cuándo hay que hacerlo. Tales contenidos se corresponderían, respectivamente, con la declaración de que hay que restituir “*el mismo bien*” y de que hay que hacerlo “*aunque el bien se halle en poder de tercero y éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe*” (matizable esta última apreciación, además, con el segundo apartado del mismo artículo, relativo a la irreivindicabilidad). En otras palabras, de la lectura de los dos apartados de este último artículo se extrae que la restitución del mismo bien tiene lugar siempre que no haya habido irreivindicabilidad. Si acaso, respecto al “cómo” debe restituirse el bien sería procediendo al “*abono de los deterioros y menoscabos que el juez o tribunal determinen*”. Sin embargo, es evidente que el artículo 111 CPesp no presta tanta atención al “cómo”, en contraste con el artículo 112 CPesp. También en esta línea, puede inferirse, de forma indirecta, que el artículo 111 CPesp indica el “quien” debe restituir, que no es otro que aquel sujeto que se encuentre en poder del bien. En este sentido, quizás esta cuestión del

---

<sup>7</sup> Planteamiento metodológico obtenido de ROBLES, G., *Teoría del Derecho*, vol. 2, p. 374.



sujeto obligado a restituir no se extraiga directamente de la aplicación del método literal, sino más bien de la aplicación de las reglas de la lógica, las cuales en puridad sobrepasan el ámbito de la exclusiva y estricta aplicación de este método. No obstante, a nuestro juicio puede extraerse tal consideración partiendo de que si se restituye siempre el mismo bien y, además, se establece que la restitución tiene lugar aunque el bien esté en poder de tercero, el obligado a restituir es precisamente éste último, quien ostenta el bien en su poder. Del mismo modo, en la redacción de este artículo se destaca, como criticábamos *supra*, la completa ausencia de referencia alguna al sujeto pasivo de la obligación restitutoria, es decir, a la cuestión de “*a quién*” se le restituye.<sup>8</sup> En lo que respecta a la redacción del artículo 113 CPesp – recordemos, dedicado a la indemnización –, cabe señalar que, en línea con aquélla del artículo 111 CPesp, tampoco parece interesarse mucho por el “*cómo*”. Más bien todo lo contrario. En este caso, la ausencia de este interés se presenta de una forma mucho más evidente, pues la literalidad del artículo 113 CPesp se centra únicamente en el “*qué*” y en el “*a quién*”, es decir, en establecer que “*La indemnización de perjuicios materiales y morales*” se realizará frente “*al agraviado*” y a “*sus familiares o a terceros*”. Ni rastro del “*cómo*”, del “*quién*” ni del “*cuándo*”.<sup>9</sup>

Por nuestra parte, debemos resaltar que hemos elegido estos dos artículos como ejemplo debido a que ambos representan las otras dos modalidades de la responsabilidad civil *ex delicto*. Sin ánimo de realizar un profundo contraste entre unas y otras modalidades, simplemente quisiéramos subrayar la diferencia que existe entre la redacción de nuestro precepto frente a los otros dos. En esta línea, se observa cómo el artículo 112 CPesp se centra, como decíamos, en establecer el “*cómo*” puede repararse el daño. Igualmente, cabría argumentar que este artículo también menciona explícitamente el “*qué*” en su redacción, el cual cabría identificar sencillamente con “*La reparación del daño*”. Sin embargo, nuevamente, nos encontraríamos con que nada indica el artículo acerca de qué es exactamente este daño o cómo surge. También de esta forma, parece poder extraerse la cuestión relativa al “*quién*” es el obligado a reparar: el propio “culpable” según la literalidad del artículo. Es aquí donde habría que introducir un pequeño matiz que, a nuestro juicio, la redacción del precepto no termina de solventar. Más allá de la controvertida selección de este término para designar al sujeto obligado, cuestión sobre la que volveremos, el propio artículo 112 CPesp señala la obligación de que el Juez o Tribunal determine si la obligación “*ha(n) de ser cumplida(s) por él mismo o puede(n) ser ejecutada(s) a su costa*”, es decir, es perfectamente posible que repare el daño alguien diferente al propio culpable, concretamente un tercero que ejecute a costa de este último. Sin embargo, aquí no acaban las incógnitas sobre el sujeto que debe reparar. Por un lado, ¿quién es exactamente el culpable? ¿el civil o el penal? Por otro lado, ¿quién es este

---

<sup>8</sup> Vid. la literalidad del artículo 111 CPesp: “*1. 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. 2. 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 irreivindicable*”.

<sup>9</sup> Vid. la literalidad del artículo 113 CPesp: “*La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros*”.

segundo sujeto? ¿sería alguien que responde por este primero según otros preceptos del ordenamiento u otro cualquiera? A juzgar por la literalidad de que las obligaciones “*pueden ser ejecutadas a su costa*” ¿es quizás un tercero contratista cualquiera a quien se le puede encargar, a costa del *culpable*, la ejecución de la prestación reparatoria que, en teoría, le corresponde a este primero?

En todo caso, resulta que si se contrasta la redacción de los tres preceptos, artículos 111, 112 y 113 CPesp, se comprobará cómo su literalidad únicamente parece tener en común un ligero interés por enunciar someramente la cuestión relativa al objeto de cada una de las instituciones, esto es, el “*qué*”. Sin embargo, lo cierto es que si se intenta profundizar en esta problemática para poder encontrar puntos diferenciatorios y puntos en común, la exclusiva literalidad de los artículos no proporciona mucha información al respecto. Más bien todo lo contrario. Será imprescindible, por tanto, acudir a otros métodos hermenéuticos para poder analizar debidamente esta cuestión. Por el momento, simplemente, recapitulemos a qué hace referencia y qué omite cada artículo de acuerdo con la superficial (y generosa) aplicación que venimos realizando del método literal. En primer lugar, el artículo 111 CPesp señala el “*qué*”, “*cuándo*”, “*cómo*” y “*quién*”, omitiendo la problemática del “*a quién*”. Es posiblemente el artículo más completo en este sentido literal, aunque, como ya sabemos, sus carencias como norma jurídica concurren por otros senderos. En segundo lugar, el artículo 112 CPesp hace referencia al “*qué*”, “*cómo*” y “*quién*”, y, sin embargo, no incluye declaración alguna acerca del “*a quién*” ni del “*cuándo*”. Finalmente, en tercer lugar, el artículo 113 CPesp menciona las cuestiones del “*qué*” y del “*a quién*”, aunque pasa por alto toda referencia al “*quién*”, “*cuándo*” y “*cómo*”. En este sentido, cabe también destacar que en los mencionados preceptos no se hace referencia alguna al fundamento (“*por qué*”) ni a la finalidad (“*para qué*”) de ninguna de las modalidades. Tampoco respecto a la totalidad del modelo *ex delicto*. Ciertamente, esta clase de información no suele aparecer en el articulado, sino que suele requerir estudios interpretativos más profundos basados en la aplicación de otros métodos. Así pues, lo cierto es que se aprecia cómo, a pesar de ser tres modalidades paralelas o pretendidamente similares de la responsabilidad civil *ex delicto*, si se parte de la exclusiva redacción de sus correspondientes artículos se llega a la conclusión de que, entre todas ellas, parece haber más puntos diferenciatorios que características en común. Desde nuestro punto de vista, consideramos que si las tres son modalidades de la responsabilidad civil *ex delicto*, lo lógico sería que, cuanto menos, tuvieran un planteamiento similar o asimilable, para poder delimitarlas con cierta precisión. Sin embargo, creemos haber podido comprobar que esto no es así, al menos, desde el punto de vista de una aplicación “generosa” del método literal.

## 1.2. Sobre la reparación en el artículo 112 CPesp y otros preceptos que incluyen esta fórmula lingüística

### A. La “reparación” en la legislación penal

Continuando con nuestra aproximación, si hemos observado que la única característica compartida por la redacción de los tres artículos mencionados es el interés por establecer

el “*qué*”, resultaría conveniente profundizar en esta idea. Por ello, entraremos a observar la redacción de otros preceptos que incluyan referencias literales a la reparación o a la reparación del daño. Así pues, se comprueba fácilmente que el Código Penal emplea locuciones idénticas o derivadas de la reparación en sí o de la reparación del daño en múltiples preceptos ubicados en la parte general, en la parte especial y en las consecuencias jurídicas del delito. En este sentido, por ejemplo, en lo que respecta a la parte general, el artículo 21. 5ª CPesp identifica la reparación del daño ocasionado a la víctima, o disminución de sus efectos, como circunstancia atenuante de la responsabilidad penal.<sup>10</sup> También en esta línea, el artículo 31 quater CPesp determina una serie de requisitos para poder apreciar esta misma atenuante en supuestos de responsabilidad penal de las personas jurídicas.<sup>11</sup> De otro lado, existe una considerable cantidad de delitos en la parte especial que prevén normas específicas de cara a la reparación del daño, ya sea la consideración de alguna forma de reparación en el supuesto concreto,<sup>12</sup> la previsión de la reparación como causa de exclusión de la punibilidad,<sup>13</sup> o bien, como elemento de algún tipo privilegiado.<sup>14</sup> En cuanto a la reparación como consecuencia jurídica del delito, el artículo 34.3 CPesp declara categóricamente que las sanciones reparadoras establecidas por leyes civiles o administrativas no se reputarán penas.<sup>15</sup> A pesar de ello, el artículo 49

---

<sup>10</sup> Vid. la literalidad del artículo 21 CPesp: “*Son circunstancias atenuantes: (...) 5.ª La de 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*”.

<sup>11</sup> Vid. la literalidad del artículo 31 quater CPesp: “*1. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades: (...) c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito*”.

<sup>12</sup> Vid. la literalidad del artículo 216 CPesp: “*En los delitos de calumnia o injuria se considera que la reparación del daño comprende también la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria, a costa del condenado por tales delitos, en el tiempo y forma que el Juez o Tribunal consideren más adecuado a tal fin, oídas las dos partes*”. También la del artículo 227: “*3. La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas*”. Citando estos mismos ejemplos LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 152.

<sup>13</sup> Vid. la literalidad del artículo 314 CPesp: “*Quienes produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su situación familiar, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses*”.

<sup>14</sup> Vid. la literalidad del artículo 340 CPesp, sobre los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos: “*Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Título hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado, los Jueces y Tribunales le impondrán la pena inferior en grado a las respectivamente previstas*.” Vid. también la literalidad del artículo 434 CPesp, sobre la malversación “*Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Capítulo hubiere reparado de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público, o hubiera colaborado activamente con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos, los jueces y tribunales impondrán al responsable de este delito la pena inferior en uno o dos grados*”. Obsérvese la singularidad en la redacción de este último precepto, el cual, en lugar de hacer referencia a de la reparación del daño, menciona la reparación del perjuicio.

<sup>15</sup> Vid. la literalidad del artículo 34 CPesp: “*No se reputarán penas: (...) 3. Las privaciones de derechos y las sanciones reparadoras que establezcan las leyes civiles o administrativas*”.

CPesp establece que los trabajos en beneficio de la comunidad podrán consistir en labores de reparación de los daños causados.<sup>16</sup> También dentro de este bloque, los artículos 80.1, 80.3 y 84.1 3ª CPesp decretan la necesidad de considerar el esfuerzo en la reparación en aras de la concesión de la suspensión de la pena privativa de libertad, ya sea como conducta a tener especialmente en cuenta o como condición propiamente dicha.<sup>17</sup> Además, el artículo 86.3 CPesp llega a imponer la obligación de que, en caso de revocación de la suspensión, no se restituyan los gastos que hubiera realizado el penado para reparar el daño.<sup>18</sup> De otra parte, el artículo 90.2 CPesp, respecto a la concesión de la libertad condicional, exige entre otros requisitos, “*la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso*”. Asimismo, el apartado 4º de ese mismo artículo permite la posibilidad de que se deniegue la suspensión de la ejecución del resto de la pena cuando el penado eluda el cumplimiento de la reparación del daño en casos de delitos contra la Administración Pública.<sup>19</sup> Naturalmente, también encontramos referencias explícitas a la

---

<sup>16</sup> Vid. la literalidad del artículo 49 CPesp: “*Los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin el consentimiento de la persona condenada, le obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por la persona condenada, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas, así como en la participación de la persona condenada en talleres o programas formativos de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual, resolución pacífica de conflictos, parentalidad positiva y otros similares*”.

<sup>17</sup> Vid. la literalidad del artículo 80.1 CPesp: “*Para adoptar esta resolución el juez o tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas*”; la del artículo 80.3 CPesp: “*3. Excepcionalmente, aunque no concurren las condiciones 1.ª y 2.ª del apartado anterior, y siempre que no se trate de reos habituales, podrá acordarse la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen*”; y la del artículo 84.1 CPesp: “*1. El juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas: (...) 3.ª La realización de trabajos en beneficio de la comunidad, especialmente cuando resulte adecuado como forma de reparación simbólica a la vista de las circunstancias del hecho y del autor. La duración de esta prestación de trabajos se determinará por el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de la que resulte de computar un día de trabajos por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración.*”

<sup>18</sup> Vid. la literalidad del artículo 86.3 CPesp: “*3. En el caso de revocación de la suspensión, los gastos que hubiera realizado el penado para reparar el daño causado por el delito conforme al apartado 1 del artículo 84 no serán restituidos. Sin embargo, el juez o tribunal abonará a la pena los pagos y la prestación de trabajos que hubieran sido realizados o cumplidos conforme a las medidas 2.ª y 3.ª*”

<sup>19</sup> Vid. la literalidad del artículo 90.2 CPesp: “*c) Que acredite el cumplimiento de los requisitos a que se refiere el apartado anterior, salvo el de haber extinguido tres cuartas partes de su condena. (...) A propuesta de Instituciones Penitenciarias y previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes, cumplidas las circunstancias de las letras a) y c) del apartado anterior, el juez de vigilancia penitenciaria podrá adelantar, una vez extinguida la mitad de la condena, la concesión de la libertad condicional en relación con el plazo previsto en el apartado anterior, hasta un máximo de noventa días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena. Esta medida requerirá que el penado haya desarrollado continuamente las actividades indicadas en la letra b) de este apartado y que acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso*”; y la del artículo 90.4 CPesp “*También podrá denegar la suspensión de la ejecución del resto de la pena impuesta para alguno de los delitos previstos en el Título XIX del Libro II de este Código, cuando el penado hubiere eludido el cumplimiento de las responsabilidades pecuniarias o la reparación del daño económico causado a la Administración a que hubiere sido condenado*”.

reparación dentro del marco de la responsabilidad civil *ex delicto*, concretamente en los artículos 109.1 y 110 2º CPesp.<sup>20</sup>

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el término reparación (o reparación del daño) no solamente es empleado en la literalidad del Código Penal, sino que se utiliza también en otras leyes penales. En este sentido, se observa cómo la legislación de menores se muestra particularmente propensa a emplear esta clase de términos. Así, ya en la Exposición de Motivos de la LORRPM se encuentran constantes referencias al interés de la norma en incentivar la reparación del daño.<sup>21</sup> En efecto, por un lado, el artículo 19 LORRPM prevé la posibilidad de sobreseimiento del expediente por reparación entre el menor y la víctima,<sup>22</sup> y por otro, el artículo 27.3 LORRPM permite al equipo técnico informar sobre la posibilidad de que el menor efectúe una actividad reparadora.<sup>23</sup> Es más, el artículo 5 RD 1774/2004 desarrolla el procedimiento para llevar a cabo la sustanciación de estos contenidos de la LORRPM, cuestión que se ve reforzada con la redacción de

---

<sup>20</sup> Vid. la literalidad del artículo 109.1 CPesp: “La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados”; y la del artículo 110 CPesp; “La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende: (...) 2.º La reparación del daño”. Obsérvese particularmente la redacción del primer precepto, el cual, en lugar de hacer referencia a de la reparación del daño, menciona la reparación conjunta de daños y perjuicios.

<sup>21</sup> Vid. la literalidad de la EEMM LORRPM párr. 13: “Un interés particular revisten en el contexto de la Ley los temas de la reparación del daño causado y la conciliación del delincuente con la víctima como situaciones que, en aras del principio de intervención mínima, y con el concurso mediador del equipo técnico, pueden dar lugar a la no incoación o sobreseimiento del expediente, o a la finalización del cumplimiento de la medida impuesta, en un claro predominio, una vez más, de los criterios educativos y resocializadores sobre los de una defensa social esencialmente basada en la prevención general y que pudiera resultar contraproducente para el futuro” (...) “La reparación del daño causado y la conciliación con la víctima presentan el común denominador de que el ofensor y el perjudicado por la infracción llegan a un acuerdo, cuyo cumplimiento por parte del menor termina con el conflicto jurídico iniciado por su causa. (...) En la reparación el acuerdo no se alcanza únicamente mediante la vía de la satisfacción psicológica, sino que requiere algo más: el menor ejecuta el compromiso contraído con la víctima o perjudicado de reparar el daño causado, bien mediante trabajos en beneficio de la comunidad, bien mediante acciones, adaptadas a las necesidades del sujeto, cuyo beneficiario sea la propia víctima o perjudicado”; y párr. 15, respecto a la medida de prestaciones en beneficio de la comunidad: “Se pretende que el sujeto comprenda que actuó de modo incorrecto, que merece el reproche formal de la sociedad, y que la prestación de los trabajos que se le exigen es un acto de reparación justo”.

<sup>22</sup> Vid. la literalidad del artículo 19 LORRPM: “1. También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe. (...) 2. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil. (...) 4. Una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido, o cuando una u otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado. (...) 5. En el caso de que el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente”.

<sup>23</sup> Vid. la literalidad del artículo 27.3 LORRPM: “De igual modo, el equipo técnico informará, si lo considera conveniente y en interés del menor, sobre la posibilidad de que éste efectúe una actividad reparadora o de conciliación con la víctima, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 de esta Ley, con indicación expresa del contenido y la finalidad de la mencionada actividad”.

otros preceptos del mismo cuerpo legal.<sup>24</sup> Otros textos normativos, como la Ley 35/1995, vienen a declarar que la reparación del daño llega a ser, en algunos supuestos, una obligación que asume el propio Estado frente a la víctima y en defecto del autor, estableciendo deberes de información al agraviado y potestades de repetición del pago realizado frente al delincuente.<sup>25</sup> De hecho, el compromiso adquirido por parte del Estado con la reparación a las víctimas va incluso más allá, vinculándose a colaborar en tal sentido con otros Estados y Tribunales Internacionales. Así lo expresa tanto el contenido de la LOCCPI como la LRM.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> Vid. la literalidad del artículo 5.1 RD 1774/2004: “En el supuesto previsto en el artículo 19 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, se procederá del siguiente modo: (...) e) Si la víctima se mostrase conforme a participar en la mediación, el equipo técnico citará a ambos a un encuentro para concretar los acuerdos de conciliación o reparación. No obstante, la conciliación y la reparación también podrán llevarse a cabo sin encuentro, a petición de la víctima, por cualquier otro medio que permita dejar constancia de los acuerdos (...) f) No siendo posible la conciliación o la reparación directa o social, o cuando el equipo técnico lo considere más adecuado al interés del menor, propondrá a este la realización de tareas socioeducativas o la prestación de servicios en beneficio de la comunidad”; y la del artículo 5.2 RD 1774/2004: “Si, conforme a lo previsto en el artículo 27.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, el equipo técnico considera conveniente que el menor efectúe una actividad reparadora o de conciliación con la víctima, informará de tal extremo al Ministerio Fiscal y al letrado del menor. Si este apreciara la posibilidad de desistir de la continuación del expediente, solicitará del equipo técnico informe sobre la solución extrajudicial más adecuada y se seguirán los trámites previstos en el apartado anterior”. En esta línea, vid. también la redacción del artículo 15.1 RD 1774/2004: “Si durante la ejecución de la medida el menor manifestara su voluntad de conciliarse con la víctima o perjudicado, o de repararles por el daño causado, la entidad pública informará al juzgado de menores y al Ministerio Fiscal de dicha circunstancia, realizará las funciones de mediación correspondientes entre el menor y la víctima e informará de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento al juez y al Ministerio Fiscal, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 51.2 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores”; y la del artículo 60.5 RD 1774/2004: “La conciliación con la persona ofendida, la restitución de los bienes, la reparación de los daños y la realización de actividades en beneficio de la colectividad del centro, voluntariamente asumidos por el menor, podrán ser valoradas por el órgano competente para el sobreseimiento del procedimiento disciplinario o para dejar sin efecto las sanciones disciplinarias impuestas”.

<sup>25</sup> Vid., en este sentido, la literalidad de la EEMM Ley 35/1995: “(...) desde una perspectiva más global, la pretensión punitiva del Estado debe acercarse al problema social y comunitario en que el delito consiste para prevenirlo y recuperar al infractor, desde luego, pero además, para reparar en lo posible el daño padecido por la víctima”; la del artículo 14 Ley 35/1995: “El Estado podrá exigir el reembolso total o parcial de la ayuda concedida, por el procedimiento previsto en el Reglamento General de Recaudación, en los siguientes casos: (...) b) Cuando con posterioridad a su abono, la víctima o sus beneficiarios obtuvieran por cualquier concepto la reparación total o parcial del perjuicio sufrido en los tres años siguientes a la concesión de la ayuda, en los términos establecidos en el artículo 5 de esta Ley”; y la del artículo 15.4 Ley 35/1995: “El Secretario judicial cuidará de que la víctima de un hecho que presente caracteres de delito, en el mismo momento de realizar la denuncia o, en todo caso, en su primera comparecencia ante el órgano competente, sea informada en términos claros de las posibilidades de obtener en el proceso penal la restitución y reparación del daño sufrido y de las posibilidades de lograr el beneficio de la justicia gratuita. Igualmente cuidará de que la víctima sea informada de la fecha y lugar de celebración del juicio correspondiente y de que le sea notificada personalmente la resolución que recaiga, aunque no sea parte en el proceso”.

<sup>26</sup> Vid. la EEMM LOCCPI: “La ejecución de las sentencias de la Corte, tanto en cuanto a las penas principales como en cuanto a las consecuencias accesorias y la reparación a las víctimas, es también objeto de regulación y, siguiendo la misma técnica legislativa, se introducen desarrollos normativos mínimos, siendo aplicables las normas generales y eventuales acuerdos con la Corte”; también su artículo 23, sobre las medidas de reparación. También en esta línea, vid. artículo 94 LRM: “Son susceptibles de transmisión y ejecución en otro Estado miembro de la Unión Europea o de recepción por las autoridades

## B. La “reparación” en la legislación civil

Por otro lado, lo cierto es que el término “reparación” no sólo se emplea en la legislación penal. Al contrario, existe una buena cantidad de preceptos del Derecho civil que incorporan tal referencia en su redacción. De hecho, como veíamos en capítulos anteriores, se trata de un término con importantes tintes iusprivatísticos. Quizás el más representativo de todos ellos es el artículo 1902 CCesp, cuya literalidad reza: “*El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*”. Sin embargo, no se trata de la única referencia a la reparación dentro del Código Civil, pues encontramos menciones expresas en materias tales como la clasificación de los créditos,<sup>27</sup> aquellas relacionadas con el derecho de accesión respecto a los bienes inmuebles,<sup>28</sup> en derechos y obligaciones del usufructuario,<sup>29</sup> servidumbres,<sup>30</sup>

---

*judiciales españolas competentes las siguientes medidas de libertad vigilada: (...) h) La obligación de reparar económicamente los daños causados por la infracción o de presentar pruebas del cumplimiento de esta obligación”.*

<sup>27</sup> Vid. la literalidad del artículo 1922 CCesp: “*Con relación a determinados bienes muebles del deudor, gozan de preferencia: 1.º Los créditos por construcción, reparación, conservación o precio de venta de bienes muebles que estén en poder del deudor, hasta donde alcance el valor de los mismos*”.

<sup>28</sup> Vid. la literalidad del artículo 358 CCesp: “*Lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos, y las mejoras o reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes*”.

<sup>29</sup> Vid. la literalidad de los artículos 476 2º párr. CCesp: “*Podrá, sin embargo, el usufructuario extraer piedras, cal y yeso de las canteras para reparaciones u obras que estuviere obligado a hacer o que fueren necesarias*”; 500 CCesp: “*El usufructuario está obligado a hacer las reparaciones ordinarias que necesiten las cosas dadas en usufructo*”; 501 CCesp: “*Las reparaciones extraordinarias serán de cuenta del propietario. El usufructuario está obligado a darle aviso cuando fuere urgente la necesidad de hacerlas*”; y 502 CCesp: “*Si el propietario hiciere las reparaciones extraordinarias, tendrá derecho a exigir al usufructuario el interés legal de la cantidad invertida en ellas mientras dure el usufructo*”.

<sup>30</sup> Vid. la literalidad de los artículos 560 CCesp: “*La servidumbre de acueducto no obsta para que el dueño del predio sirviente pueda cerrarlo y cercarlo, así como edificar sobre el mismo acueducto de manera que éste no experimente perjuicio, ni se imposibiliten las reparaciones y limpiezas necesarias*”; 569 CCesp: “*Si fuere indispensable para construir o reparar algún edificio pasar materiales por predio ajeno, o colocar en él andamios u otros objetos para la obra, el dueño de este predio está obligado a consentirlo, recibiendo la indemnización correspondiente al perjuicio que se le irroga*”; 575 CCesp: “*La reparación y construcción de las paredes medianeras y el mantenimiento de los vallados, setos vivos, zanjas y acequias, también medianeros, se costeará por todos los dueños de las fincas que tengan a su favor la medianería, en proporción al derecho de cada uno*”; y 576 CCesp: “*Si el propietario de un edificio que se apoya en una pared medianera quisiera derribarlo, podrá igualmente renunciar a la medianería, pero serán de su cuenta todas las reparaciones y obras necesarias para evitar, por aquella vez solamente, los daños que el derribo pueda ocasionar a la pared medianera*”.

rescisión de contratos,<sup>31</sup> arrendamientos<sup>32</sup> y anticresis.<sup>33</sup> A todo esto, además, habría que sumar las múltiples referencias al daño que se encuentran a lo largo del Código Civil, en varias materias: abuso de derecho (art. 7.2 CCesp), administración de los bienes de los hijos (art. 168 CCesp), tutela (arts. 206, 230 y 234 CCesp), guarda de hecho de las personas con discapacidad (art. 266 CCesp), curatela (arts. 281, 294 y 299 CCesp), propiedad con carácter general y bienes (arts. 360, 379, 420, 421 y 422 CCesp), usufructos (art. 511 CCesp), servidumbres (arts. 562, 576, 590 y 612 CCesp), testamentos (arts. 690, 705, 712 y 715 CCesp), particiones hereditarias (arts. 1063 y 1077 CCesp), obligaciones en general (arts. 1101, 1106, 1107, 1108, 1122, 1124, 1135, 1147, 1150, 1152 y 1270 CCesp), contratos (art. 1298, CCesp), matrimonios (arts. 1346 6º, 1390 y 1393 CCesp), compraventas (arts. 1452, 1478, 1486, 1487, 1488, 1489, 1495, 1529 y 1540 CCesp), arrendamientos (arts. 1556, 1559 y 1571 CCesp), arrendamiento de obras y servicios (art. 1591 CCesp), censos (arts. 1623, 1625 y 1660 CCesp), sociedades (arts. 1682, 1686 y 1694 CCesp), mandato (arts. 1718 y 1729 CCesp), comodato (art. 1752 CCesp), depósito (arts. 1767, 1769 y 1784 CCesp), fianza (art. 1838 CCesp) y, por supuesto, responsabilidad extracontractual (arts. 1902, 1903, 1904, 1905, 1906, 1907, 1908, 1909 y 1910 CCesp).<sup>34</sup>

### C. Una breve recapitulación

Como se observa, desde el punto de vista exclusivamente lingüístico o literal pueden extraerse dos claras conclusiones provisionales acerca del tratamiento de estos términos en los diferentes textos normativos. En primer lugar, es constatable cómo el artículo 112 CCesp no es el único precepto que incluye una referencia a la reparación del daño o, simplemente, a la reparación. Por el contrario, múltiples son los artículos que la consideran en su redacción, tanto aquellos ubicados en textos penales como civiles. En lo que respecta a los textos penales, el término reparación es empleado con gran frecuencia, ya sea como elemento del supuesto de hecho o como consecuencia jurídica. Se trata de una fórmula lingüística que se utiliza en numerosos preceptos de parte general, especial, consecuencias jurídicas del delito, Derecho penitenciario e, incluso, en normas especiales.

---

<sup>31</sup> Vid. la literalidad del artículo 1294 CCesp: “La acción de rescisión es subsidiaria; no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio”.

<sup>32</sup> Vid. la literalidad de los artículos 1554 CCesp: “El arrendador está obligado: (...) 2.º A hacer en ella durante el arrendamiento todas las reparaciones necesarias a fin de conservarla en estado de servir para el uso a que ha sido destinada”; 1558 CCesp: “Si durante el arrendamiento es necesario hacer alguna reparación urgente en la cosa arrendada que no pueda diferirse hasta la conclusión del arriendo, tiene el arrendatario obligación de tolerar la obra, aunque le sea muy molesta, y aunque durante ella se vea privado de una parte de la finca. Si la reparación dura más de cuarenta días, debe disminuirse el precio del arriendo a proporción del tiempo y de la parte de la finca de que el arrendatario se vea privado”; 1559 2º párr. CCesp: “También está obligado a poner en conocimiento del dueño, con la misma urgencia, la necesidad de todas las reparaciones comprendidas en el número segundo del artículo 1.554”; 1580 CCesp: “En defecto de pacto especial, se estará a la costumbre del pueblo para las reparaciones de los predios urbanos que deban ser de cuenta del propietario. En caso de duda se entenderán de cargo de éste”.

<sup>33</sup> Vid. la literalidad de los dos primeros párrafos del artículo 1882 CCesp: “El acreedor, salvo pacto en contrario, está obligado a pagar las contribuciones y cargas que pesen sobre la finca. Lo está asimismo a hacer los gastos necesarios para su conservación y reparación”.

<sup>34</sup> Vid. la literalidad de todos los preceptos enunciados en el texto. En esta ocasión, debido a la gran cantidad de artículos, omitiremos transcribir su redacción, a pesar de que, como decimos, todos ellos incluyen una mención literal al daño.



Existe efectivamente un amplio tratamiento sistemático de la reparación en nuestro ordenamiento punitivo. En esta línea, hemos puesto de manifiesto su relevancia en la jurisdicción de adultos así como los importantes efectos jurídicos que se le otorgan en sede de menores. También hemos tenido ocasión de comprobar cómo el Estado llega a asumir institucionalmente su compromiso en reparar a la víctima y a cooperar en sede internacional para garantizar la reparación. Igualmente, se ha verificado cómo en la literalidad del Código Civil se encuentran incluso mayor número de referencias a la reparación y al daño que en la legislación penal. Ello no debería extrañarnos, ya que, como hemos tenido ocasión de acentuar en capítulos anteriores, lo cierto es que nuestro ordenamiento vincula este término, ante todo, al campo del Derecho privado. Sin embargo, nos centraremos por el momento en aplicar adecuadamente los métodos hermenéuticos, pues volveremos más tarde a retomar este tipo de cuestiones cuando obtengamos más información. Por otro lado, en segundo lugar y en contraste con la primera observación, se comprueba la completa ausencia de definición del término, tanto en la literalidad de la legislación penal como en la de la legislación civil. Resulta sorprendente constatar tal realidad. Es decir, a pesar de que el ordenamiento concede un importante tratamiento a la reparación, éste no procede a realizar ulteriores aclaraciones acerca de en qué consiste exactamente esta reparación. Será necesario, por tanto, seguir indagando en esta problemática a través de otros métodos hermenéuticos.

### 1.3. Acerca de la literalidad de otros artículos respecto a las otras modalidades del sistema de responsabilidad civil *ex delicto*

#### A. Las menciones a la “restitución”

En lo que respecta a las dos conclusiones provisionales apuntadas en el apartado anterior en cuanto a la reparación del daño, la cuestión parece complicarse cuando se observa que el tratamiento literal de los conceptos de “restitución”, “indemnización” o, incluso, de “responsabilidad civil” continúa en la misma línea. Así, encontramos referencias a la restitución en los artículos 110 1º y 111 CPesp en sede de responsabilidad civil *ex delicto*. También hay algunos delitos en la parte especial que mencionan la restitución como elemento del tipo, por ejemplo, en supuestos del artículo 225 bis CPesp, relativos a la sustracción de menores,<sup>35</sup> y del artículo 244 CPesp, sobre el robo y hurto de uso de vehículos.<sup>36</sup> Por otra parte, existen varias referencias a la restitución a lo largo del Código Civil: como efecto de la aparición del declarado ausente (art. 187 párr. 2º CCesp), en la

---

<sup>35</sup> Vid. la literalidad del artículo 225.3 bis CPesp: “Cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior”; y la del 225.4 bis 2º párr. CPesp: “Si la restitución la hiciere, sin la comunicación a que se refiere el párrafo anterior, dentro de los quince días siguientes a la sustracción, le será impuesta la pena de prisión de seis meses a dos años”.

<sup>36</sup> Vid. la literalidad del artículo 244.1 CPesp: “El que sustrajere o utilizare sin la debida autorización un vehículo a motor o ciclomotor ajenos, sin ánimo de apropiárselo, será castigado con la pena de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días o multa de dos a doce meses, si lo restituyera, directa o indirectamente, en un plazo no superior a cuarenta y ocho horas, sin que, en ningún caso, la pena impuesta pueda ser igual o superior a la que correspondería si se apropiare definitivamente del vehículo”; y la del punto 3 del mismo artículo: “De no efectuarse la restitución en el plazo señalado, se castigará el hecho como hurto o robo en sus respectivos casos”.

rendición de cuentas frente al sometido a tutela o curatela (arts. 233 párr. 2º y 293 párr. 2º CCesp), respecto a la posesión de bienes muebles adquiridos (art. 464 párr. 2º y 3º CCesp), en el usufructo (art. 510 CCesp), en los bienes sujetos a reserva viudal (art. 978 1º CCesp), en la generalidad de las obligaciones de dar (art. 1123 CCesp), en la nulidad procedente de la minoría de edad (art. 1304 CCesp), en la división de bienes privativos y comunes en la sociedad de gananciales (art. 1351 CCesp), en la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales (art. 1398 2º CCesp), en el saneamiento de la compraventa (art. 1478 1º CCesp), en las obligaciones del comodante (art. 1749 CCesp), en las del depositario (art. 1775 CCesp), en el contrato de alimentos (art. 1795 CCesp) y en el de prenda (art. 1871 CCesp).<sup>37</sup>

#### B. Las referencias textuales a la “indemnización”

En lo que respecta a la indemnización, se trata de un término que goza de mayor predicamento que la restitución. No obstante, parece emplearse con menor frecuencia que la reparación a lo largo del Código Penal, pues, en efecto, el concepto indemnización no recibe en puridad tratamiento sistemático alguno, sino un tratamiento más bien eventual. No obstante, resulta que en sede exclusiva de responsabilidad civil *ex delicto*, el término “indemnización” y sus derivados sí que son constantemente utilizados por el legislador penal, en detrimento de la referencia a la reparación. Así, encontramos la primera mención en el artículo 110 3º CPesp. A continuación, se utiliza en múltiples preceptos relacionados con la responsabilidad civil *ex delicto* en diferentes sentidos: en el artículo 111.1 CPesp se contempla la indemnización como derecho del obligado a restituir, en el 118.1 3ª segundo párrafo<sup>38</sup> y en el artículo 121 primer párrafo CPesp, prohibiendo la duplicidad indemnizatoria en supuestos de responsabilidad de la Administración.<sup>39</sup> También en esta línea, se utiliza el término en el artículo 124 CPesp, en sede de costas procesales.<sup>40</sup> Por otro lado, en lo que se refiere a la parte especial, algunos delitos establecen prescripciones concretas en cuanto a la indemnización. Por ejemplo, el artículo 319.2 CPesp decreta, en sede de delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, la compatibilidad de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe con la demolición

---

<sup>37</sup> Vid. la literalidad de todos los preceptos enunciados en el texto. No obstante, hay muchos otros que hacen referencia, no ya a la “restitución” *stricto sensu*, sino a la acción de restituir y derivados. *E. gr.*: artículos 446, 481, 482, 615, 645, 760, 1303, 1307, 1758, 1766, 1769, 1776, 1778, 1795, 1895, 1897 y 1899 CCesp.

<sup>38</sup> Vid. la literalidad del artículo 118.1 3ª párr. 2º CPesp: “*Cuando las cuotas de que deba responder el interesado no sean equitativamente asignables por el Juez o Tribunal, ni siquiera por aproximación, o cuando la responsabilidad se extienda a las Administraciones Públicas o a la mayor parte de una población y, en todo caso, siempre que el daño se haya causado con asentimiento de la autoridad o de sus agentes, se acordará, en su caso, la indemnización en la forma que establezcan las leyes y reglamentos especiales*”.

<sup>39</sup> Vid. la literalidad del artículo 121 párr. 1º CPesp: “*El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria*”.

<sup>40</sup> Vid. la literalidad del artículo 124 CPesp: “*Las costas comprenderán los derechos e indemnizaciones ocasionados en las actuaciones judiciales e incluirán siempre los honorarios de la acusación particular en los delitos sólo perseguibles a instancia de parte*”.

de la obra y la reposición de la realidad física alterada a su estado originario.<sup>41</sup> También en este sentido, obsérvese el artículo 321 segundo párrafo CPesp, acerca de la compatibilidad de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe con la posibilidad de que se ordene, a cargo del autor, la reconstrucción o restauración de la obra en delitos relacionados con la protección del patrimonio histórico.<sup>42</sup> Por el contrario, y en fuerte contraste con la literalidad del Código Penal, el Código Civil está verdaderamente plagado de referencias textuales a la indemnización.<sup>43</sup>

### C. El uso de la expresión “responsabilidad civil”

Igualmente, debemos poner de manifiesto que el Código Penal no sólo hace referencia a la restitución, reparación o indemnización, sino también a la responsabilidad civil y a sus derivados lingüísticos. Nuevamente, la parte en la que más veces se hace referencia expresa a tal término es, como resulta lógico, en el apartado referido a la responsabilidad civil *ex delicto*: artículos 109.2, 116.3, 118.1 1ª y 119 CPesp.<sup>44</sup> En lo que respecta a la institución del decomiso, el artículo 128 CPesp permite que éste no se decrete, o se decrete parcialmente, entre otras circunstancias, cuando se hayan satisfecho las responsabilidades civiles.<sup>45</sup> Asimismo, encontramos varias referencias expresas a la responsabilidad civil

---

<sup>41</sup> Vid. la literalidad del artículo 319.3 CPesp: “*En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, y valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquéllas. En todo caso se dispondrá el decomiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar*”.

<sup>42</sup> Vid. la literalidad del artículo 321 segundo párrafo CPesp: “*En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la reconstrucción o restauración de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe*”.

<sup>43</sup> Vid. la literalidad de los artículos 7.2, 98, 206, 230, 266, 281 párr. 1º, 349 párr. 1º, 361, 362, 375, 379, 380, 382 párr. 2º, 383 párr. 1º y 2º, 404, 452 párr. 2º, 481, 487, 519, 553 párr. 3º, 554, 555, 556, 557, 558, 564, 567, 568, 569, 577 párr. 1º y 2º, 588, 612 párr. 1º, 976, 1071, 1077 párr. 1º y 2º, 1101, 1106, 1108, 1122 4º, 1135, 1147, 1150, 1152, 1199, 1270, 1295 párr. 3º, 1298, 1403, 1483, 1486 párr. 2º, 1540, 1556, 1584, 1591, 1594, 1643, 1682, 1729, 1730, 1736, 1779, 1800, 1877, 1889 y 1893 CCesp. Nuevamente, hemos decidido omitir la transcripción en nuestro texto debido al cuantioso número de artículos que hacen referencia literal a la indemnización y a sus derivados lingüísticos.

<sup>44</sup> Vid. la literalidad del artículo 109.2 CPesp: “*El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil*”; la del 116.3 CPesp: “*La responsabilidad penal de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil en los términos establecidos en el artículo 110 de este Código de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos*”; la del 118.1 1ª CPesp: “*La exención de la responsabilidad criminal declarada en los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º del artículo 20, no comprende la de la responsabilidad civil, que se hará efectiva conforme a las reglas siguientes:(...) 1.º En los casos de los números 1.º y 3.º, son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal, quienes ejerzan su apoyo legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los inimputables*”; y la del 119 CPesp: “*En todos los supuestos del artículo anterior, el Juez o Tribunal que dicte sentencia absolutoria por estimar la concurrencia de alguna de las causas de exención citadas, procederá a fijar las responsabilidades civiles salvo que se haya hecho expresa reserva de las acciones para reclamarlas en la vía que corresponda*”.

<sup>45</sup> Vid. la literalidad del artículo 109.2 CPesp: “*Cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el Juez o Tribunal no decretar el decomiso, o decretarlo parcialmente*”.

en algunos delitos de la parte especial, ya sea identificándola como elemento del tipo<sup>46</sup> o, simplemente, realizando indicaciones particulares sobre la sustanciación del proceso, su nacimiento o cuantificación.<sup>47</sup> Por otra parte, también encontramos citas textuales de la responsabilidad civil en lo que se refiere a la problemática de la suspensión de la pena, ya sea como condición<sup>48</sup> o como circunstancia desencadenante de la revocación de su

---

<sup>46</sup> Vid. la literalidad del artículo 257.2 CPesp, relativo al delito de alzamiento de bienes: “Con la misma pena será castigado quien realizare actos de disposición, contrajere obligaciones que disminuyan su patrimonio u oculte por cualquier medio elementos de su patrimonio sobre los que la ejecución podría hacerse efectiva, con la finalidad de eludir el pago de responsabilidades civiles derivadas de un delito que hubiere cometido o del que debiera responder”.

<sup>47</sup> Vid. la literalidad del artículo 193 CPesp: “En las sentencias condenatorias por delitos contra la libertad sexual, además del pronunciamiento correspondiente a la responsabilidad civil, se harán, en su caso, los que procedan en orden a la filiación y fijación de alimentos”; la del 259.5 CPesp, sobre insolvencias punibles: “Este delito y los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del concurso y sin perjuicio de la continuación de este. El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa”; la del 268.1 CPesp, respecto a algunos delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico: “Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación, o abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad”; la del 305.7 CPesp, sobre delitos contra la Hacienda Pública: “En los procedimientos por el delito contemplado en este artículo, para la ejecución de la pena de multa y la responsabilidad civil, que comprenderá el importe de la deuda tributaria que la Administración Tributaria no haya liquidado por prescripción u otra causa legal en los términos previstos en la Ley 58/2003, General Tributaria, de 17 de diciembre, incluidos sus intereses de demora, los Jueces y Tribunales recabarán el auxilio de los servicios de la Administración Tributaria que las exigirá por el procedimiento administrativo de apremio en los términos establecidos en la citada Ley”; la del 307.6 CP sobre algunos delitos contra la Seguridad Social: “En los procedimientos por el delito contemplado en este artículo, para la ejecución de la pena de multa y la responsabilidad civil, que comprenderá el importe de la deuda frente a la Seguridad Social que la Administración no haya liquidado por prescripción u otra causa legal, incluidos sus intereses de demora, los Jueces y Tribunales recabarán el auxilio de los servicios de la Administración de la Seguridad Social que las exigirá por el procedimiento administrativo de apremio”; la del 307.5 ter CPesp acerca de otros delitos contra la Seguridad Social: “En los procedimientos por el delito contemplado en este artículo, para la ejecución de la pena de multa y de la responsabilidad civil, los Jueces y Tribunales recabarán el auxilio de los servicios de la Administración de la Seguridad Social que las exigirá por el procedimiento administrativo de apremio”; y la del 382 CPesp en materia de delitos contra la Seguridad Vial: “Cuando con los actos sancionados en los artículos 379, 380 y 381 se ocasionare, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces o Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior y condenando, en todo caso, al resarcimiento de la responsabilidad civil que se hubiera originado”.

<sup>48</sup> Vid. la literalidad del artículo 80.2 CPesp: “Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes: (...) 3.ª Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127. (...) Este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine. El juez o tribunal, en atención al alcance de la responsabilidad civil y al impacto social del delito, podrá solicitar las garantías que considere convenientes para asegurar su cumplimiento”; también la del artículo 308.1 1ª CPesp, sobre delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social: “La suspensión de la ejecución de la pena de prisión impuesta requerirá, además del cumplimiento de los requisitos regulados en el artículo 80, que el penado haya abonado la deuda tributaria o con la Seguridad Social, o que haya procedido al reintegro de las subvenciones o ayudas indebidamente recibidas o utilizadas. (...) Este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer la deuda tributaria,

concesión en caso de que ésta no venga satisfecha.<sup>49</sup> Idéntica consideración puede hacerse de la responsabilidad civil respecto a la libertad condicional, en cuanto a su configuración como requisito para la concesión<sup>50</sup> y, en caso de omisión, como motivo de denegación.<sup>51</sup> También en este sentido, existen en el Código Penal múltiples referencias textuales al responsable civil.<sup>52</sup>

---

*la deuda frente a la Seguridad Social o de proceder al reintegro de las subvenciones o ayudas indebidamente recibidas o utilizadas y las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido. La suspensión no se concederá cuando conste que el penado ha facilitado información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio”.*

<sup>49</sup> Vid. la literalidad del artículo 86 CPesp: “El juez o tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado: (...) d) Facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil” ; también la del artículo 308.1 2ª CPesp, sobre delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social: “El juez o tribunal revocarán la suspensión y ordenarán la ejecución de la pena, además de en los supuestos del artículo 86, cuando el penado no dé cumplimiento al compromiso de pago de la deuda tributaria o con la Seguridad Social, al reintegro de las subvenciones y ayudas indebidamente recibidas o utilizadas, o al de pago de las responsabilidades civiles, siempre que tuviera capacidad económica para ello, o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio. En estos casos, el juez de vigilancia penitenciaria podrá denegar la concesión de la libertad condicional”.

<sup>50</sup> Vid. la literalidad del artículo 90.1 párr. 3º CPesp: “El juez de vigilancia penitenciaria acordará la suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión y concederá la libertad condicional al penado que cumpla los siguientes requisitos: (...) No se concederá la suspensión si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por los apartados 5 y 6 del artículo 72 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria”.

<sup>51</sup> Vid. la literalidad del artículo 90.4 CPesp: “El juez de vigilancia penitenciaria podrá denegar la suspensión de la ejecución del resto de la pena cuando el penado hubiera dado información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento conforme a su capacidad al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

<sup>52</sup> Vid., en este sentido, literalidad de los artículos 116.1 CPesp: “Toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito los jueces o tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno”; artículo 118.1 3ª CPesp: “La exención de la responsabilidad criminal declarada en los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º del artículo 20, no comprende la de la responsabilidad civil, que se hará efectiva conforme a las reglas siguientes: (...) 3.ª En el caso del número 5.º serán responsables civiles directos las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se les haya evitado, si fuera estimable o, en otro caso, en la que el Juez o Tribunal establezca según su prudente arbitrio”; 118.2 CPesp: “En el caso del artículo 14, serán responsables civiles los autores del hecho”; 120 CPesp: “Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente: (...)”; 121 párr. 2º: “Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario”; 125 CPesp: “Cuando los bienes del responsable civil no sean bastantes para satisfacer de una vez todas las responsabilidades pecuniarias, el Juez o Tribunal, previa audiencia al perjudicado, podrá fraccionar su pago, señalando, según su prudente arbitrio y en atención a las necesidades del perjudicado y a las posibilidades económicas del responsable, el período e importe de los plazos”; 212 CPesp: “En los casos a los que se refiere el artículo anterior, será responsable civil solidaria la persona física o jurídica propietaria del medio informativo a través del cual se haya propagado la calumnia o injuria”.

#### D. El indistinto uso de las expresiones lingüísticas contenidas en la responsabilidad civil *ex delicto* a lo largo de la legislación punitiva

De igual manera, puede comprobarse que hay artículos que emplean conjuntamente varias de las fórmulas lingüísticas a las que venimos haciendo referencia en estos dos últimos apartados: “restitución”, “reparación”, “indemnización”, “responsabilidad civil” y derivados. Así, por ejemplo, pareciera que el artículo 114 CPesp, en sede de responsabilidad civil *ex delicto*, diferencia entre la reparación del daño y la indemnización del perjuicio.<sup>53</sup> De igual forma procede el artículo 115 CPesp.<sup>54</sup> Por otra parte, los artículos 111 y 117 CPesp mencionan al responsable civil como sujeto obligado a la indemnización, aunque en esos mismos artículos no se aprecia ni rastro de referencia alguna a la restitución o a la reparación.<sup>55</sup> También el artículo 122 CPesp, regulador de la figura del partícipe a título lucrativo, señala la obligación de éste de restituir la cosa o de resarcir el daño. No menciona en este sentido ni la indemnización, ni la reparación, ni el perjuicio.<sup>56</sup> Igualmente, la redacción del artículo 126 CPesp, el cual impone un orden de prelación de los pagos realizados por el penado o por el responsable civil subsidiario, hace referencia a la reparación del daño, a la indemnización de perjuicios y a la indemnización al Estado.<sup>57</sup> Incluso el propio artículo 80.3 segundo párrafo CPesp,

---

<sup>53</sup> Vid. la literalidad del artículo 114 CPesp: “Si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización”.

<sup>54</sup> Vid. la literalidad del artículo 115 CPesp: “Los Jueces y Tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente, en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución”.

<sup>55</sup> Vid. la literalidad del artículo 111 CPesp *in fine*: “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”; también la del 117 CPesp: “Los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda”. De forma similar, vid. la literalidad del artículo 272 CPesp: “1. La extensión de la responsabilidad civil derivada de los delitos tipificados en los dos artículos anteriores se regirá por las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual relativas al cese de la actividad ilícita y a la indemnización de daños y perjuicios. (...) 2. En el supuesto de sentencia condenatoria, el Juez o Tribunal podrá decretar la publicación de ésta, a costa del infractor, en un periódico oficial”.

<sup>56</sup> Vid. la literalidad del artículo 122 CPesp: “El que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito, está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación”.

<sup>57</sup> Vid. la literalidad del artículo 126.1 CPesp: “Los pagos que se efectúen por el penado o el responsable civil subsidiario se imputarán por el orden siguiente: (...) 1.º A la reparación del daño causado e indemnización de los perjuicios (...) 2.º A la indemnización al Estado por el importe de los gastos que se hubieran hecho por su cuenta en la causa”, y la del segundo punto: “Cuando el delito hubiere sido de los que sólo pueden perseguirse a instancia de parte, se satisfarán las costas del acusador privado con preferencia a la indemnización del Estado”. En una línea similar, literalidad del artículo 378 1º CPesp, respecto a los delitos contra la salud pública: “Los pagos que se efectúen por el penado por uno o varios de los delitos a que se refieren los artículos 361 al 372 se imputarán por el orden siguiente: 1.º A la reparación del daño causado e indemnización de perjuicios”.

respecto a la suspensión de la pena, vuelve a hacer referencia a la partición reparación del daño *versus* indemnización del perjuicio.<sup>58</sup>

En otros textos normativos más allá del Código Penal, el problema con la distorsionada literalidad sigue igualmente presente. Así, por ejemplo, el artículo 72.5 LOGP condiciona la clasificación al tercer grado a que se satisfaga la responsabilidad civil, ya sea restituyendo lo sustraído, reparando el daño o indemnizando los perjuicios materiales y morales.<sup>59</sup> Es muy probablemente el artículo más respetuoso con la literalidad del contenido de la responsabilidad civil *ex delicto* de entre toda la legislación penal. Sin embargo, también en materia penitenciaria, el artículo 239 RP vuelve a separar (y a considerar únicamente) la reparación del daño y la indemnización del perjuicio.<sup>60</sup> En sede de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, el artículo 173.3 párrafos 2 y 3 LRM excluye expresamente la restitución, la reparación y la indemnización del concepto de sanción pecuniaria y, nuevamente, vuelve a tener en cuenta la partición reparación-indemnización.<sup>61</sup>

#### E. Recapitulación del apartado

Por nuestra parte, resaltaremos nuevamente que en este apartado estamos hablando de la “reparación”, “indemnización”, “restitución” y “responsabilidad civil” como fórmulas o técnicas meramente lingüísticas, no como conceptos jurídicos. Del mismo modo, quisiéramos poner de manifiesto que las citas textuales aquí realizadas no configuran una lista cerrada, aunque bien hemos reflejado buena parte del tratamiento literal que los términos aquí examinados reciben en la legislación positiva. Así pues, de nuevo, podemos comprobar que ninguno de los referidos términos se emplea únicamente en sede de responsabilidad civil *ex delicto*. Es más, parece ser que su utilización no refleja ninguna lógica o criterio en su empleo, pues no se aprecia una sistematicidad completamente clara en la selección de unos y otros vocablos para la redacción de los diferentes artículos. Todo ello a pesar de que la responsabilidad civil *ex delicto* parece presentarse como un modelo único y cohesionado. Sin embargo, resulta evidente, al menos desde nuestro punto de vista, que el legislador penal parece inclinarse a utilizar más el término reparación que cualquier otro a lo largo de todas las partes del Derecho punitivo. Se trata de un término

---

<sup>58</sup> Vid. la literalidad del artículo 80.3 párr. 2º CPesp: “*En estos casos, la suspensión se condicionará siempre a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas, o al cumplimiento del acuerdo a que se refiere la medida 1.ª del artículo 84*”.

<sup>59</sup> Vid. la literalidad del artículo 72.5 LOGP: “*La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales (...)*”.

<sup>60</sup> Vid. la literalidad del artículo 239 RP: “*La reparación de los daños o deterioros materiales causados por los responsables de las infracciones disciplinarias, así como la indemnización a las personas perjudicadas, será exigible a aquéllos utilizando el procedimiento legal correspondiente*”.

<sup>61</sup> Vid. la literalidad del artículo 173.3 RP párr 2 y 3: “*(...) La sanción pecuniaria tampoco podrá comprender resoluciones de restitución, ni reparación del daño ni la indemnización de perjuicios materiales y morales determinadas en un procedimiento penal, sin perjuicio de lo previsto en la letra b) del apartado anterior (...)* Cuando una sentencia dictada en España incluyera una condena de reparación del daño o la indemnización de perjuicios materiales y morales a favor de las víctimas o perjudicados, la autoridad judicial penal española instará su ejecución a través de los mecanismos previstos en las normas de cooperación judicial civil en la Unión Europea”

que, como decíamos, recibe un tratamiento sistemático mucho más amplio que el resto. Por otra parte, sigue sin aparecer ni una definición literal de ninguno de los referidos conceptos. Ni siquiera alguna indicación general acerca de en qué consiste su contenido. Por lo tanto, considerando todo lo expuesto hasta ahora, resulta que será necesario acudir a otros métodos interpretativos para resolver esta problemática del contenido y de la definición de la reparación. Por el momento, nos centraremos en seguir empleando el método literal en la interpretación del artículo 112 CPesp.

#### 1.4. Especial referencia al interés de la redacción del artículo 112 CPesp en indicar cómo se repara el daño

Hasta ahora, hemos centrado nuestra atención en analizar las cuestiones relativas al “*qué*” y al “*quién*” previstas en el artículo 112 CPesp, las cuales son problemáticas a las que, en efecto, el artículo no presta demasiada atención. Por el contrario, decíamos que el precepto se centra especialmente en indicar “*cómo*” se repara el daño. Por ello, procederemos ahora a extraer toda la información que este artículo pueda proporcionarnos desde la perspectiva del método literal. En cualquier caso, antes de comenzar nuestro análisis, debemos hacer valer que en la redacción del artículo 112 CPesp se observan dos niveles relativos al “*cómo*” se repara el daño. Por un lado, el artículo hace mención a una serie de prestaciones a través de las cuales se puede reparar el daño y, por otro, indica dos criterios que deberá tener en cuenta el Juez o Tribunal a la hora de seleccionar la prestación, obligando además a que se indique si la prestación a imponer deberá ser ejecutada por el propio culpable o puede ser ejecutada a su costa. En esta línea, dividiremos nuestro análisis conforme a estos dos niveles: primero estudiaremos la parte relativa a las prestaciones y después abarcaremos los referidos criterios. A todo ello, además, añadiremos la cuestión del sujeto obligado a reparar el daño.

##### A. “*La reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer...*”

Así, por una parte, el artículo ofrece una amplia gama de mecanismos a través de los cuales se puede reparar el daño: “*obligaciones de dar, de hacer o de no hacer*”. Ciertamente, se trata de una cláusula, cuanto menos, llamativa, ya que consiste en una redacción paralela a la del artículo 1088 CCesp: “*Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa*”.<sup>62</sup> Sin embargo, ya en el mero tenor literal los dos preceptos difieren en su exposición. El artículo 1088 CCesp realiza una clasificación categórica de las obligaciones, en el sentido de que establece un núcleo común, que no es otro que su objeto: “*dar, hacer o no hacer alguna cosa*”. En cambio, el artículo 112 CPesp parte del daño y de su reparación, la cual identifica con las “*obligaciones de dar, de hacer, o de no hacer*”. En otras palabras, aquí no hay una clasificación de las obligaciones, sino más bien una enumeración de aquellas obligaciones que, de acuerdo con la redacción del precepto, repararían el daño. Sorprendentemente, las obligaciones que enumera el artículo

---

<sup>62</sup> Advirtiendo tal similitud, por todos, ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., “Artículo 112”, p. 1404 y QUINTERO OLIVARES, G. y TAMARIT SUMALLA, J. M., “Capítulo I – De la responsabilidad civil”, p. 606.



112 CPesp coinciden expresamente con aquellas establecidas en el artículo 1088 CCesp, esto es, dar, hacer o no hacer algo. En este sentido, teniendo en cuenta lo expuesto hasta ahora y partiendo de la exclusiva redacción del artículo 112 CPesp, se extraerían dos conclusiones provisionales. En primer lugar, que la reparación del daño parece materializarse o incluso identificarse con una obligación civil. En segundo lugar, que cualquier clase de obligación podría, por sí sola, reparar el daño.

A pesar de ello, la prudencia nos impone que estas conclusiones provisionales se interpreten con suma cautela, pues, como veremos detenidamente a lo largo de este capítulo, tienen múltiples matices y, en realidad, tampoco suponen ningún aporte relevante por parte del legislador. Por un lado, respecto a la primera conclusión, bien podría resultar defendible la tesis de que la reparación del daño es una obligación. Sin embargo, surgiría una cuestión evidente después de tal declaración, y no es otra que la ulterior definición de tal concepto. En otras palabras, ¿qué es una obligación? Desde una perspectiva literal, pareciera que se trata de una institución que vincula al sujeto a realizar algún comportamiento. Además, enlazando tal definición con la literalidad de los artículos 1088 CCesp y 112 CPesp, ese comportamiento consistiría en “*dar, hacer o no hacer alguna cosa*”. Seguidamente, cabría proceder a la identificación concreta del tipo de obligación. Es decir, admitiendo que la reparación del daño es una obligación ¿de qué tipo de obligación se trata? ¿estamos ante una obligación civil o ante una obligación de carácter público? En principio, bien pudiera parecer que, vista su similitud con el artículo 1088 CCesp y teniendo en cuenta lo desarrollado en los capítulos precedentes, lo lógico sería pensar que se trata, efectivamente, de una obligación privada. Sin embargo, lo cierto es que esta pregunta no es tan fácil de responder, ya que el propio precepto incluye en su literalidad algunos elementos que, como mínimo, harían dudar del carácter enteramente privado de la obligación prevista en este artículo. Todo ello sin salir de la esfera del método literal, pues, adelantamos, esta cuestión se complica mucho más con la aplicación de otros métodos. Por el momento, simplemente dejaremos esta problemática aquí apuntada, aunque volveremos sobre esta cuestión más adelante.

En esta línea, debe también hacerse referencia a la problemática que representa la elección de los términos “*podrá consistir*” para la redacción del artículo 112 CPesp. Es decir, cuando el artículo 112 CPesp señala que “*La reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer (...)*” ¿qué está queriendo decir el legislador? ¿indica, de una parte, que las obligaciones de dar, hacer o de no hacer son las únicas formas a través de las cuales se puede reparar un daño? ¿o más bien establece una vía de posibilidades frente a otras que puedan encontrarse en otros preceptos? En otras palabras, las opciones relativas a la obligación de dar, hacer o de no hacer, ¿es una lista cerrada o, por el contrario, únicamente establece una posibilidad a la hora de reparar el daño? De cualquier forma, lo cierto es que, aun acogiéndonos a la posición más restrictiva, queda bastante claro que el espectro de opciones representado por el artículo resulta considerablemente amplio por sí solo, incluso como para poder abarcar las otras dos obligaciones previstas en el artículo 110 CPesp, la restitución del bien y la indemnización

de perjuicios.<sup>63</sup> Igualmente, la selección del término “*podrá consistir en obligaciones de...*” parece dar a entender que caben varias prestaciones con las que abordar la reparación del daño, es decir, que es posible que se impongan varias de ellas, no solamente una. Si fuera de otro modo, al menos desde el punto de vista de la aplicación del método literal, nuestro legislador habría acotado aún más la redacción del precepto, empleando una expresión del tipo “*La reparación del daño podrá consistir en una obligación de dar, de hacer o de no hacer...*”. Por otra parte, y sobre esto volveremos más adelante, ¿realmente resulta razonable entender que cualquier obligación – entendiendo por ésta dar, hacer o no hacer algo – es capaz de reparar un daño?

B. “...*que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable...*”

a) Aproximación y algunas generalidades

Adentrándonos en la segunda parte del artículo, relativa a cómo deben establecerse las obligaciones que repararán el daño, el artículo 112 CPesp indica, a su vez, dos elementos a tener en cuenta: por un lado, la naturaleza del propio daño, y por otro, las condiciones personales y patrimoniales del culpable. Una vez más, afloran las dudas acerca de cómo deben entenderse estos dos elementos que el artículo obliga a considerar. Así pues, las dos cuestiones principales al respecto son, de una parte, si tales requisitos suponen una lista cerrada o no y, de otra parte, la delimitación del grado de relevancia de cada uno de ellos de cara al establecimiento de la obligación. En este sentido, el artículo no hace referencia alguna a si los dos elementos suponen un *numerus clausus* o si, por el contrario, cabe tener en cuenta otros elementos más allá de los mencionados, por ejemplo, si es posible otorgar algún protagonismo al sujeto dañado, como poder elegir una u otra prestación en la medida de las “*condiciones personales y patrimoniales del culpable*”. ¿Cómo cabría resolver tal incógnita? Desde el punto de vista exclusivamente literal, no podríamos decantarnos en una u otra dirección, ya que el precepto omite cualquier información al respecto. Nuevamente, habría que acudir a otros métodos hermenéuticos para poder resolver esta problemática. Por otro lado, ¿alguno de los dos elementos de juicio aportados por el artículo reviste mayor importancia que el otro? Es decir, ¿debe tenerse en cuenta algún elemento con especial interés o, por el contrario, ambos elementos deben ser igualmente considerados? A decir verdad, nada indica el artículo 112 CPesp en este sentido, lo que sí parece evidente es que no cabe dejar de tenerlos en cuenta.

En cualquier caso, bien podría sostenerse que es posible considerar otros elementos de juicio para determinar y establecer la obligación reparadora siempre que se atiendan los dos requisitos mencionados en el artículo. Todo ello, por supuesto, admitiendo que la referencia a los dos elementos del artículo 112 CPesp no tiene carácter de *numerus clausus*. En otras palabras, entendemos que podría ser posible que la mención “*el Juez o Tribunal establecerá atendiendo*” se interprete en un sentido no excluyente de otros elementos de juicio, pues cuando se indica la obligación de que el órgano tenga en cuenta

---

<sup>63</sup> Así lo consideraba LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 152. Más recientemente, por todos, ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos*, p. 179.

esos dos elementos, no se hace expreso descarte a la posibilidad de valorar otros. No obstante, bien es cierto que el artículo impone su consideración. En todo caso, ¿hasta qué punto cabe tener presente algún otro elemento frente a los dos mencionados por el precepto? Desde los postulados del método literal, entendemos que no cabría argumentar la consideración de otro elemento hasta el punto de llegar a excluir completamente alguno de los otros dos aportados por el artículo. No obstante, parece ser que nada impediría, siempre desde este punto de vista literal, llegar a considerar otros elementos por encima de estos dos. Ciertamente, el artículo no indica ninguna referencia a considerar éstas “*especialmente*” o con carácter preferente. Al contrario, lo único que impone es que se consideren. En este orden de cosas, la literalidad del artículo permite un margen bastante amplio de interpretación en este sentido, desde poder llegar a considerar otros elementos de juicio más allá de los expresamente previstos en el artículo 112 CPesp hasta poder llegar a desplazar estos últimos, siempre y cuando éstos no dejen de considerarse. De otra parte, y desde el punto de vista exclusivamente literal, la respuesta más cómoda para la resolución de esta problemática es, desde luego, considerar que el artículo impone tener en cuenta *únicamente* la naturaleza del daño y las condiciones personales y patrimoniales del culpable. Sin embargo, entendemos que cualquiera de las dos tesis es perfectamente sostenible desde la exclusiva y rigurosa aplicación del método literal.

También en esta línea, resulta evidente que es el “*Juez o Tribunal*” la persona llamada a imponer la prestación reparatoria. Sin embargo, quedaría por resolver cuál es el papel de los sujetos implicados, por un lado, el del sujeto al que hay que reparar y, por otro, el del “culpable”. Partiendo de la base de que el precepto nada señala acerca del primer sujeto, aun así aparece la incógnita de si tanto el primero como el segundo podrían, de alguna forma, solicitar u oponerse a alguna prestación concreta. Realmente, nada podemos indicar acerca de las posibilidades de participación del primer sujeto, pues ni siquiera sabemos quién sería. Sin embargo, no nos resulta descabellado indicar al menos que, aun siendo particularmente estrictos con las posibilidades de participación del “culpable” y, por tanto, negándole toda posibilidad en este sentido, resulta claro que el Juez o Tribunal estará directamente vinculado por sus condiciones personales y patrimoniales. ¿Hasta qué punto? Nuevamente volveríamos a la cuestión que apuntábamos anteriormente, la cual es necesario retomar cuando tengamos la información que nos proporcionen el resto de métodos hermenéuticos.

b) Sobre los requisitos de naturaleza del daño y de condiciones patrimoniales del culpable

A continuación, pasaremos a analizar los dos elementos aportados por el artículo 112 CPesp. Así, en lo que respecta al primero de ellos – el referido a la naturaleza del daño, nos encontramos con un vacío interpretativo importante, y es que no hay referencia alguna al contenido, concepto y caracteres del daño, ni siquiera en la literalidad de otros artículos – incluidos los preceptos del Código Civil. En este sentido, si ni siquiera tenemos información sobre el daño, difícilmente podremos esclarecer la cuestión relativa a su naturaleza a partir del método literal. Al menos, parece poder extraerse con cierta claridad que hay varios tipos o clases de daño, pues si debe tenerse en cuenta la naturaleza de éste,

ello nos viene a decir que no se trata de un término que exprese una realidad uniforme.<sup>64</sup> Por otro lado, la referencia a las condiciones personales y patrimoniales del culpable presenta, igualmente, serios problemas de interpretación. Por nuestra parte, dividiremos tal expresión lingüística en dos partes: por un lado, las condiciones personales, y por otro, las condiciones patrimoniales. De esta forma, en lo que se refiere exclusivamente a las condiciones meramente patrimoniales del culpable, entendemos que no se trata de un término complejo, sino más bien todo lo contrario. Esta expresión vendría a designar, simplemente, la totalidad de derechos y bienes susceptibles de estimación económica que se encuentran a disposición del sujeto, incluyendo cargas y obligaciones. Entendemos, por tanto, que tal referencia equivaldría sencillamente a señalar que debe tenerse en cuenta el patrimonio del culpable.

c) La referencia a las condiciones personales del culpable en el artículo 112 CPesp y en la legislación punitiva

De otra parte, el elemento referido a las condiciones personales del culpable nos resulta un término de mucha más complejidad debido, precisamente, a su indeterminación. Será necesario, por tanto, acudir a la literalidad de otros preceptos. Quizás la referencia literal más evidente se encuentra en el artículo 14 CE, donde se establece el principio de igualdad y la prohibición de discriminación por razón de “*cualquier (...) condición o circunstancia personal o social*”.<sup>65</sup> Sin embargo, lo cierto es que también a lo largo del Código Penal pueden encontrarse constantes referencias a las circunstancias o condiciones personales. Por ejemplo, en lo que respecta a la parte general, el artículo 14.1 CPesp, obliga tener en cuenta las circunstancias del hecho y del autor para considerar si el error de tipo es vencible o invencible.<sup>66</sup> Del mismo modo, para la determinación de la pena, el artículo 66.1 6ª CPesp impone la consideración de las circunstancias personales del delincuente, junto a la mayor o menor gravedad del hecho, para aplicar la pena establecida en el delito concreto cuando no concurren atenuantes ni agravantes.<sup>67</sup> En una línea similar se encuentra la redacción del artículo 68 CPesp, respecto a causas de justificación y eximentes incompletas.<sup>68</sup> También en sede de consecuencias jurídicas del delito encontramos múltiples referencias a las circunstancias personales: el artículo 4.3

---

<sup>64</sup> A pesar de ello, recuérdese que el artículo 113 CPesp bien dividía el perjuicio en perjuicio patrimonial y no patrimonial.

<sup>65</sup> Vid. la literalidad del artículo 14 CE: “*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”.

<sup>66</sup> Vid. la literalidad del artículo 14.1 CPesp: “*El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente*”.

<sup>67</sup> Vid. la literalidad del artículo 66.1 6ª CPesp: “*Cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho*”.

<sup>68</sup> Vid. la literalidad del artículo 68 CPesp: “*En los casos previstos en la circunstancia primera del artículo 21, los jueces o tribunales impondrán la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurren, y las circunstancias personales de su autor, sin perjuicio de la aplicación del artículo 66 del presente Código*”.

CPesp ordena atenderlas para conceder el indulto,<sup>69</sup> mientras que el artículo 50.5 CPesp impone que sean tenidas en cuenta a la hora de establecer las cuotas de la pena de multa.<sup>70</sup> Respecto a las medidas de seguridad, el artículo 95.1 2ª CPesp establece como requisito para su aplicación “*que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de futuros delitos*”.<sup>71</sup> Por otro lado, en materia de régimen penitenciario, el artículo 36.2 CPesp obliga, entre otras cosas, a considerarlas para acordar la aplicación del régimen general de cumplimiento en supuestos de pena de prisión permanente revisable.<sup>72</sup> También en esta línea se encuentran los artículos 80.1, 80.3, 89.4, 89.5, 90.2 b) y 91.2 CPesp, los cuales, respectivamente, la prevén como circunstancia a tener en cuenta de cara a la concesión de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, sustitución de las mismas y libertad condicional.<sup>73</sup> Finalmente, también se

---

<sup>69</sup> Vid. la literalidad del artículo 4.3 CPesp: “*Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo*”.

<sup>70</sup> Vid. la literalidad del artículo 50.5 CPesp: “*Los Jueces o Tribunales determinarán motivadamente la extensión de la pena dentro de los límites establecidos para cada delito y según las reglas del capítulo II de este Título. Igualmente, fijarán en la sentencia, el importe de estas cuotas, teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo*”.

<sup>71</sup> Vid. la literalidad del artículo 95.1 2ª CPesp: “*Las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el capítulo siguiente de este Código, siempre que concurran estas circunstancias: (...) 2.ª Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos*”.

<sup>72</sup> Vid. la literalidad del artículo 36.2 CPesp: “*El juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento, salvo en los supuestos contenidos en el párrafo anterior*”. De forma similar, vid. la redacción del artículo 78.2 CPesp: “*En estos casos, el juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento*”.

<sup>73</sup> Vid., para la suspensión, la literalidad de los artículos 80.1 CPesp: “*Para adoptar esta resolución el juez o tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas*”; 80.3 CPesp: “*Excepcionalmente, aunque no concurran las condiciones 1.ª y 2.ª del apartado anterior, y siempre que no se trate de reos habituales, podrá acordarse la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen*”; para la sustitución, artículos 89.4 CPesp: “*No procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada. La expulsión de un ciudadano de la Unión Europea solamente procederá cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales*” y 89.5 CPesp: “*El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado*”; para la libertad condicional, artículos 90.2 b) CPesp: “*También podrá acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y conceder la libertad condicional a los*

encuentran referencias en numerosos delitos concretos, con diferente tratamiento. Por ejemplo, los artículos 153.4, 171.6 y 172.2 CPesp, respectivamente en sede de lesiones, amenazas y coacciones, posibilitan la consideración de las circunstancias personales del autor, junto a las circunstancias del hecho, para rebajar la pena en un grado.<sup>74</sup> De otra parte, se considera la circunstancia personal de la víctima como elemento del tipo cualificado, por ejemplo en supuestos de trata de seres humanos y hurto,<sup>75</sup> o bien, del tipo privilegiado, por ejemplo en caso de delitos contra la Seguridad Social o contra la salud pública.<sup>76</sup> Igualmente, las circunstancias personales del delincuente en delitos de receptación y blanqueo de capitales, junto a la gravedad del hecho, puede ser tenida en cuenta para imponer, además de la pena principal, una pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de profesión o industria y acordar, asimismo, una medida de clausura temporal o definitiva.<sup>77</sup> En contraste con todo lo expuesto, lo cierto es que la expresión

---

*penados que cumplan los siguientes requisitos: (...) b) Que durante el cumplimiento de su pena hayan desarrollado actividades laborales, culturales u ocupacionales, bien de forma continuada, bien con un aprovechamiento del que se haya derivado una modificación relevante y favorable de aquéllas de sus circunstancias personales relacionadas con su actividad delictiva previa”, y 91.2 CPesp: “Constando a la Administración penitenciaria que el interno se halla en cualquiera de los casos previstos en los párrafos anteriores, elevará el expediente de libertad condicional, con la urgencia que el caso requiera, al juez de vigilancia penitenciaria, quien, a la hora de resolverlo, valorará junto a las circunstancias personales la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del sujeto”.*

<sup>74</sup> Vid. la literalidad del artículo 153.4 CPesp, sobre lesiones: “No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”; la del artículo 171.5 CPesp, sobre amenazas, “No obstante lo previsto en los apartados 4 y 5, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”, *amplius* sobre tal circunstancia POSADA PÉREZ, J. A., “La sistemática legal y el bien jurídico protegido en el delito de amenazas”, pp. 44-45; y la del 172.2 CPesp 4º párr.: “No obstante lo previsto en los párrafos anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”.

<sup>75</sup> Vid. la literalidad del artículo 177.4 bis CPesp, sobre trata de seres humanos: “Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando: (...) b) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad”; y la del 235.1 6ª CPesp, acerca del hurto: “El hurto será castigado con la pena de prisión de uno a tres años: (...) 6.º Cuando ponga a la víctima o a su familia en grave situación económica o se haya realizado abusando de sus circunstancias personales o de su situación de desamparo, o aprovechando la producción de un accidente o la existencia de un riesgo o peligro general para la comunidad que haya debilitado la defensa del ofendido o facilitado la comisión impune del delito”.

<sup>76</sup> Vid. la literalidad del artículo 307.1 ter CPesp, sobre delitos contra la Seguridad Social: “Cuando los hechos, a la vista del importe defraudado, de los medios empleados y de las circunstancias personales del autor, no revistan especial gravedad, serán castigados con una pena de multa del tanto al séxtuplo”, y la del artículo 368 2º párr. CPesp, sobre delitos contra la salud pública: “No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370”.

<sup>77</sup> Vid. sobre la receptación, la literalidad del artículo 298.2 ter CPesp: “Estas penas se impondrán en su mitad superior a quien reciba, adquiera u oculte los efectos del delito para traficar con ellos. Si el tráfico se realizase utilizando un establecimiento o local comercial o industrial, se impondrá, además, la pena de multa de doce a veinticuatro meses. En estos casos los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria, por tiempo de dos a cinco años y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años”; sobre el blanqueo de capitales, la del artículo 301.1

de nuestro interés es empleada en una única ocasión en la literalidad del Código Civil para indicar que, en caso de que alguno de los contrayentes del matrimonio efectúe tal contrato por apoderado, debe determinarse en el poder la persona con quien ha de celebrarse el matrimonio, “*con expresión de las circunstancias personales precisas para establecer su identidad*”.<sup>78</sup>

En este orden de cosas, nos resulta evidente que la mención a las condiciones personales no es algo exclusivo de la redacción del artículo 112 CPesp. Por el contrario, más bien se comprueba cómo tal mención es una constante a lo largo de toda la redacción del Código Penal, en todas las partes de la tradicional división del Derecho punitivo: parte general, parte especial y consecuencias jurídicas del delito. En cambio, la referencia citada en la literalidad del Código Civil no parece ir en la misma línea. Se trata, más bien, de una referencia casual que ni es tenida en cuenta para delimitar el supuesto de hecho ni aporta consecuencia jurídica alguna. Por el contrario, el artículo 55 CCesp simplemente indica que hay que establecer la identidad de la persona con la que vaya a contraerse el matrimonio a través del poder y, para ello, se considera que hay que reflejar las circunstancias personales del otro contrayente. Así pues, la mención a las condiciones personales en el artículo 112 CPesp parece vincular el precepto más a los postulados del Derecho penal que a los propios del Derecho privado, a pesar de que la propia redacción comienza con la ya apuntada referencia a las obligaciones, las cuales hemos apuntado civiles. Esta, cuanto menos, aparente vinculación al Derecho penal se acentúa no ya por la mera referencia, sino por la imposición que el artículo hace al Juez o Tribunal de considerarla de cara al establecimiento de la obligación que reparará el daño. En cualquier caso, más allá de este indicio que apuntamos, ¿qué debe entenderse por condiciones personales? Ciertamente, a pesar de la constante referencia a las mismas, el Código no proporciona ninguna definición al respecto. Desde la más absoluta literalidad, y teniendo en cuenta, además, la vinculación que el precepto realiza entre las “circunstancias personales” del sujeto y “obligaciones” que deben imponérsele para que repare el daño, quizás lo más razonable sería entender por éstas cualquier característica o particularidad propia del sujeto y de su existencia en un sentido amplio que, de alguna forma, pudiera afectar a su capacidad prestacional, tales como su edad, estado de salud, situación familiar o profesional, adicciones, impedimentos físicos o psicológicos, personalidad o forma de ser, conocimientos empresariales, laborales, técnicos o científicos, etc. Por oposición a las circunstancias patrimoniales, este elemento debería revestir la característica de no

---

CPesp: “*El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años*”.

<sup>78</sup> Vid. la literalidad del artículo 55, párr. 2 CCesp: “*En el poder se determinará la persona con quien ha de celebrarse el matrimonio, con expresión de las circunstancias personales precisas para establecer su identidad, debiendo apreciar su validez el Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente matrimonial previo al matrimonio*”.

estar vinculado de forma clara y evidente al patrimonio del sujeto, es decir, que aunque alguna de las características enunciadas o cualquier otra sean indirectamente patrimonializables o evaluables económicamente (pues a fin de cuenta, la capacidad productiva de un sujeto lo es), resulta necesario que todo lo que sea manifiestamente patrimonial se ubique en la segunda categoría. En cualquier caso, somos conscientes de que se trata de una terminología considerablemente abierta y que, en el fondo, poco tiene que ver con la terminología clásica de la redacción de las leyes civiles ¿Quizás para cumplir con el principio de legalidad penal?

C. “...*determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa*”

Por último, debemos examinar la cuestión relativa al sujeto llamado a reparar el daño. Según la literalidad del artículo 112 CPesp, este sujeto sería, con carácter general, el culpable. De nuevo, nos encontramos con una referencia terminológica muy frecuentemente empleada en la legislación penal, tanto en la parte general como en la parte especial pasando por las consecuencias jurídicas del delito. En este sentido, se hace mención expresa al culpable en las atenuantes de grave adicción, confesión y reparación así como en las agravantes de alevosía, prevalimiento y reincidencia.<sup>79</sup> Por otro lado, la cantidad de referencias al culpable en la parte especial es verdaderamente abrumadora. Obsérvese, por ejemplo, la redacción en los delitos de detención ilegal (arts. 162 y 163.2 CPesp), amenazas (169 1º y 171 CPesp), tortura (174.1 CPesp), trata (177.6 bis CPesp), abusos sexuales a menor de 16 años (183.4 e) y 183.5 CPesp), acoso sexual (184.2 CPesp), prostitución y explotación sexual (187.2 y 188.3 d) y f) y 189.2 d) y f) CPesp), hurto (233.2 y 235.1 7º y 8º CPesp), robo con fuerza en las cosas (240.1 CPesp), robo con violencia o intimidación en las personas (242.1 CPesp), estafa (250.1 8º CPesp), alteración de precios en concursos y subastas públicas (262.2 CPesp), contra la propiedad intelectual (270.4 y 271 c) CPesp), contra la propiedad industrial (274.3 y 276 c) CPesp), corrupción en los negocios (286.3 bis CPesp), receptación y blanqueo (298.3 y 301.4 y 5 CPesp), contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (318.6 bis CPesp), relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos (340 CPesp), contra la salud pública (362 quater, 368 y 369.1 1º, 2º y 8º, 370 CPesp), falsificación de moneda y efectos timbrados (386.4 CPesp), usurpación de funciones públicas e intrusismo (403.2 a) y b) CPesp), malversación (434 CPesp), prevaricación (449.1 CPesp), encubrimiento (452

---

<sup>79</sup> Vid. la literalidad de los artículos 21 2º CPesp: “*Son circunstancias atenuantes: (...) 2.ª La de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2.º del artículo anterior*”; 21 4º CPesp: “*4.ª La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades*”; y 21 5ª CPesp: “*5.ª La de 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*”. También la de los artículos 22 1º CPesp: “*Son circunstancias agravantes: 1.ª Ejecutar el hecho con alevosía. Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido*”; 22 7º CPesp: “*7.ª Prevalerse del carácter público que tenga el culpable*” y 22 8º CPesp: “*8.ª Ser reincidente. Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza*”.



CPesp), quebrantamiento de condena (471 CPesp), calumnias e injurias contra las Instituciones del Estado (504.1 y .2 CPesp), tenencia de armas, municiones o explosivos (565 CPesp) y aquellos relativos a las organizaciones y grupos criminales (570.2 c) bis y 570.2 c) ter CPesp).<sup>80</sup> Igualmente, encontramos nuevas referencias literales al culpable dentro del bloque de consecuencias jurídicas del delito, determinación y aplicación de la pena, por ejemplo, en el artículo 52.2 CPesp, donde se menciona a aquél, más concretamente a su situación económica, para establecer la multa.<sup>81</sup> También en el artículo 66.1 6ª CPesp, sobre la aplicación de la pena en caso de concurrencia de la agravante de reincidencia cualificada,<sup>82</sup> y en el artículo 76.1 CPesp, relativo al máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable.<sup>83</sup>

A pesar de esta remarcable frecuencia en el empleo del término “culpable” en la redacción del Código Penal, lo cierto es que igualmente pueden encontrarse algunas referencias aisladas en la legislación civil. Por ejemplo, el artículo 217 4º CCesp prohíbe que la autoridad judicial nombre tutor a quien le sea imputable la declaración como culpable de un concurso.<sup>84</sup> De otra parte, en materia de obligaciones mancomunadas y solidarias, la redacción del artículo 1147 CCesp menciona en dos ocasiones la culpa y en otra al culpable, determinando la extinción de la obligación si la cosa hubiese perecido o si la prestación se hubiera hecho imposible sin la culpa de los deudores solidarios. Su segundo párrafo establece que, de haber mediado culpa en cualquiera de ellos, todos serán responsables, sin perjuicio de su acción contra el culpable.<sup>85</sup> En todo caso, bien puede comprobarse cómo la referencia al culpable no es, como decimos, algo exclusivamente penal, sino que cabe tal referencia de acuerdo con los postulados del Derecho civil, aunque es algo poco frecuente. De cualquier forma, estimamos que la frecuencia de empleo de una expresión literal en la redacción de una norma no es un criterio

---

<sup>80</sup> Vid. la literalidad de todos los preceptos enunciados en el texto.

<sup>81</sup> Vid. la literalidad del artículo 52.2 CPesp: “*En estos casos, los jueces y tribunales impondrán la multa dentro de los límites fijados para cada delito, considerando para determinar en cada caso su cuantía, no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente la situación económica del culpable*”.

<sup>82</sup> Vid. la literalidad del artículo 66.1 5ª CPesp: “*En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas: (...) 5.ª Cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido*”.

<sup>83</sup> Vid. la literalidad del artículo 76.1 CPesp: “*No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años*”.

<sup>84</sup> Vid. la literalidad de los artículos 217 4º CCesp: “*La autoridad judicial no podrá nombrar a las personas siguientes: (...) 4.º A quien le sea imputable la declaración como culpable de un concurso, salvo que la tutela lo sea solo de la persona*”. En un línea similar se encuentra la redacción del artículo 275.2 4º CCesp: “*No podrán ser curadores: (...) 4.º A quien le sea imputable la declaración como culpable de un concurso, salvo que la curatela lo sea solamente de la persona*”.

<sup>85</sup> Vid. la literalidad de los artículos 217 4º CCesp: “*Si la cosa hubiese perecido o la prestación se hubiese hecho imposible sin culpa de los deudores solidarios, la obligación quedará extinguida. Si hubiese mediado culpa de parte de cualquiera de ellos, todos serán responsables, para con el acreedor, del precio y de la indemnización de daños y abono de intereses, sin perjuicio de su acción contra el culpable o negligente*”.

completamente determinante en lo que se refiere a la declaración del carácter civil o penal del precepto. No obstante, bien podría llegar a ser algún indicio en tal sentido. Del mismo modo, lo cierto es que la referencia al sujeto vinculado por la norma en Derecho penal no es tampoco uniforme, pues la literalidad de múltiples artículos del Código Penal parece emplear de manera alterna, casi sin ningún criterio organizador, las expresiones de autor, culpable y delincuente como si fueran sinónimos. Por el contrario, en Derecho civil, o mejor dicho en Derecho de daños, lo habitual es hacer referencia al causante o responsable civil, pues, como ya sabemos, se puede ser responsable civil sin culpa. Por tanto, la referencia al culpable desde el punto de vista estrictamente civil no resulta completamente acertada.

De cualquier forma, resulta de interés hacer valer nuevamente que, aunque es el culpable el llamado a reparar, es posible que no sea él quien repare, sino que se ejecute la reparación a su costa. Ya hemos mencionado que no solamente hay problemas para delimitar quién es el “culpable”, sino que también hay problemas para identificar quién es este segundo sujeto. A todo ello, además, se añaden múltiples cuestiones sobre, por ejemplo, cómo y cuándo se puede o se debe ejecutar la prestación a costa del culpable. Quizás “*la naturaleza del daño y (...) las condiciones personales y patrimoniales del culpable*” sean indicios que nos permitan valorar tal posibilidad. En cualquier caso, el espectro de opciones resulta de tal amplitud que es verdaderamente difícil (si no imposible) llegar a abarcar todas y cada una de ellas en el plano teórico. Igualmente, podría resultar razonable entender que, si es el culpable el llamado a reparar, deberá reparar éste con carácter general. No obstante, especialmente en aquellos casos en los que tal reparación devenga imposible, por imposibilidad material, técnica o personal del culpable, cabría la posibilidad de que se reparase a su costa. De igual forma, pareciera que, para poder ser ejecutada a su costa, cabría presumir, en principio, cierta solvencia por parte del culpable, pues de otra forma no tendría mucho sentido tal opción. En otras palabras, para que la prestación sea ejecutada a costa del culpable será necesario, en principio, que éste goce de una óptima condición patrimonial.

## 2. Conclusiones provisionales de la aplicación del método literal

Por todo lo expuesto, hemos tenido ocasión de examinar que la redacción del artículo 112 CPesp resulta, cuanto menos, llamativa. Su literalidad se centra en delimitar, ante todo, cómo se repara el daño. Sin embargo, ni el propio artículo ni otros de la legislación penal o civil se aventuran a definir qué es exactamente el “daño” o a indicar en qué consiste su reparación. En este sentido, lo cierto es que, aunque el artículo 110 CPesp identifica las tres modalidades de la responsabilidad civil *ex delicto*, la simple redacción de los diferentes preceptos no nos permite diferenciarlas con precisión. De hecho, hemos llegado a manifestar que, a pesar de ser tres modalidades paralelas dentro del mismo sistema, la redacción de sus correspondientes preceptos parece indicar que existen más diferencias que puntos en común entre todas ellas. Así pues, la única característica en común no es otra que el *nomen iuris* de cada una de las modalidades de la responsabilidad civil *ex delicto*, a saber, restitución del bien, reparación del daño e indemnización del

perjuicio. En este sentido, también hemos puesto de relieve que no se encuentra ninguna referencia al fundamento o finalidad de ninguna de las instituciones.

En lo que se refiere a la reparación, es fácilmente comprobable la prevalencia de este término sobre cualquier otro relacionado con la responsabilidad civil *ex delicto* a lo largo de la legislación penal. Existe, en efecto, un tratamiento sistemático bastante amplio sobre la reparación en nuestro ordenamiento punitivo. Sin embargo, hemos podido constatar cómo los términos “restitución”, “reparación”, “indemnización” y “responsabilidad civil” parecen estar más vinculados al Derecho privado que al Derecho penal. En todo caso, quisiéramos volver a acentuar dos particularidades respecto a este orden de cosas. En primer lugar, que la alta frecuencia en el empleo de un término cualquiera en la legislación positiva no es un síntoma inequívoco de que ese término pertenece, en exclusiva, a una u otra rama del Derecho. Más bien, podría llegar a ser un indicio en tal sentido, pero no es algo completamente determinante. En segundo lugar, que los referidos términos tienden a emplearse en sede punitiva, prácticamente, como si fueran sinónimos, pues no parece poder apreciarse ningún criterio sistematizador en la selección de uno u otro para la redacción de los diferentes preceptos. Todo ello a pesar de que la responsabilidad civil *ex delicto* parece presentarse como un modelo único y cohesionado. En cualquier caso, como decimos, se impone el empleo del término “reparación” frente a cualquier otro en parte general, parte especial, consecuencias jurídicas del delito y demás textos normativos especiales.

Adentrándonos ya en el contenido de nuestro artículo, hemos observado cómo, desde el punto de vista literal, la reparación del daño en sí parece poder identificarse con una obligación civil y, del mismo modo, cualquier obligación civil podría entenderse como reparadora del daño por sí sola – al menos, insistimos, desde su estricta literalidad. No obstante, resulta difícil identificar la naturaleza del precepto como civil o penal, ya que su redacción incorpora elementos propios de una y otra rama del Derecho, aunque en principio todo apunta hacia la consideración de la naturaleza privada del artículo. Igualmente, nos hemos preguntado acerca del carácter restrictivo o abierto de las obligaciones enunciadas (“*obligaciones de dar, hacer o no hacer*”) y de los dos elementos de juicio aportados por el artículo (la naturaleza del daño y las condiciones patrimoniales y personales del culpable). Por lo que respecta a las obligaciones, no hemos entendido necesario pronunciarnos al respecto, pues, de acuerdo con LANDROVE DÍAZ, entendemos que el abanico de opciones es amplísimo, lo suficiente como para llegar a abarcar las otras dos modalidades. Incluso hemos llegado a considerar la posibilidad de que se adopte la imposición de varias prestaciones para reparar el daño. En lo que se refiere a los dos elementos de juicio, hemos entendido que cabría llegar a interpretar el artículo de forma que no se excluyan otros elementos más allá de los mencionados, aunque hemos llegado a la conclusión de que el artículo 112 CPesp no permite excluir por completo ninguno de los dos elementos a la hora de determinar las obligaciones que deberá asumir el culpable. Sin embargo, no hemos llegado a descartar del todo la tesis contraria, es decir, considerar que el artículo impone tener en cuenta *únicamente* la naturaleza del daño y las condiciones personales y patrimoniales del culpable. Según la

exclusiva aplicación del método literal, entendemos que cualquiera de las dos tesis es perfectamente defendible.

En cuanto a la segunda parte del artículo, referida a los dos elementos que deben tenerse en cuenta a la hora de imponer la prestación – la naturaleza del daño y las condiciones personales y patrimoniales del culpable, hemos conseguido sonsacar alguna información a partir del método literal. De una parte, bien es cierto que no hemos sido capaces de esclarecer la cuestión relativa a la naturaleza del daño, debido, sobre todo, a la ausencia de información sobre éste en otros artículos. No obstante, nos resulta evidente que, si hay que tener en cuenta la naturaleza de éste, ello quiere decir que no se trata de un término que exprese una realidad uniforme, es decir, que existen varias clases de daño. Siguiendo esta línea en nuestra interpretación, por una parte, hemos entendido que las condiciones patrimoniales vienen a ser, simplemente, un sinónimo del patrimonio del sujeto, y por otra parte, hemos definido las condiciones personales como “cualquier característica o particularidad propia del sujeto y de su existencia en un sentido amplio que, de alguna forma, pudiera afectar a su capacidad prestacional, tales como su edad, estado de salud, situación familiar o profesional, adicciones, impedimentos físicos o psicológicos, personalidad o forma de ser, conocimientos empresariales, laborales técnicos o científicos, etc. Asimismo, hemos considerado, ante todo, que la característica principal de estas condiciones personales es su no vinculación clara y evidente con el patrimonio del sujeto, pues ello haría que tal particularidad se relacionase con las condiciones netamente patrimoniales. Así pues, en esta línea, hemos comprobado también que la referencia a las condiciones personales del sujeto es una terminología eminentemente punitiva, la cual se encuentra reflejada en multitud del preceptos del Código Penal.

Finalmente, hemos intentado dilucidar la cuestión de los sujetos implicados. En primer lugar, parece evidente que es el “*Juez o Tribunal*” quien debe imponer la prestación reparatoria. Sin embargo, desde el empleo del método literal no parece poder llegar a averiguarse cuál es el papel de los sujetos implicados en la reparación del daño, es decir, el del sujeto a quien hay que reparar (cuya mención se omite por completo y, por tanto, no nos hemos pronunciado en este particular), y el del culpable. En todo caso, hemos reflejado que, aun partiendo de que se restrinja por completo la posibilidad de participación de este último, nos resulta evidente que su papel no está del todo excluido, pues el Juez o Tribunal estará directamente vinculado por sus condiciones personales y patrimoniales. No obstante, y en congruencia con lo ya expuesto, no queda clara la cuestión de hasta qué punto es obligatorio tomar en cuenta tales elementos de juicio desde los exclusivos postulados del método literal. En segundo lugar, como decíamos, no hemos encontrado elemento alguno acerca de quién es el *accipiens* de la prestación reparadora, por lo que habrá que acudir a otros métodos para solventar debidamente esta cuestión. En tercer lugar, el *solvens* de la obligación sería, con carácter general, el culpable, de acuerdo con la estricta literalidad del precepto. Sin embargo, tal declaración no está exenta de problemas interpretativos que sean capaces de resolverse de acuerdo con el método literal. De una parte, se trata de un término con importantes tintes punitivistas que, además, es empleado muy frecuentemente en la legislación penal. Sin embargo, lo cierto es que el término “culpable” también se encuentra recogido en múltiples normas civiles, aunque

bien se trata de algo poco frecuente. Así, también hemos resaltado que la referencia al sujeto vinculado por la norma en Derecho penal no es unívoca haciendo mención al culpable, sino que la literalidad de los diferentes preceptos del Código Penal parece emplear de manera alterna, casi sin ningún criterio organizador, las expresiones de autor, culpable y delincuente. Por el contrario, en lo que respecta al Derecho de daños, la referencia al culpable no resulta completamente acertada, pues cabe la responsabilidad civil sin culpa. En todo caso, a pesar de la dificultad en delimitar quién es el culpable a partir del método literal, resulta que es posible que, en lugar de éste, repare un tercero a costa de él. Sin embargo, nada se especifica acerca de quién es este tercero, ni cuándo ni cómo se puede mandar a ejecutar la prestación a costa del culpable. Por nuestra parte, dentro de este mar de dudas, hemos llegado a la conclusión provisional de que, muy probablemente, los límites en este sentido sean la propia naturaleza del daño así como las condiciones personales y patrimoniales del culpable. Es decir, que si bien el culpable es el principal llamado a reparar según el artículo, cabría la posibilidad de permitir que se repare a su costa, especialmente en aquellos casos en los que tal reparación devenga imposible por su parte, por motivos técnicos, materiales o personales. De cualquier forma, tal posibilidad parece presumir (y necesitar) cierta solvencia por parte del culpable.

### III. MÉTODO HISTÓRICO

#### 1. Los precedentes normativos: la perspectiva interna

##### 1.1. Los Códigos Penales del S. XIX

Como hemos tenido ocasión de referir en varias ocasiones a lo largo de este trabajo, el legislador español ha apostado por un modelo de responsabilidad civil *ex delicto* desde el Código Penal de 1822. Así, aunque con una técnica legislativa que resulta densa y de difícil lectura, los únicos preceptos sobre tal cuestión en el mencionado cuerpo legal, los artículos 28 y 93 CP 1822 establecían:

*Art. 28 CP 1822: “Además de los autores, cómplices, auxiliares y receptadores de los delitos, las personas que están obligadas á responder de las acciones de otros serán responsables, cuando estos delincan ó cometan alguna culpa, de los resarcimientos, indemnizaciones, costas y penas pecuniarias que correspondan; pero esta responsabilidad será puramente civil, sin que en ningún caso se pueda proceder criminalmente por ella contra dichas personas responsables.”*

*Art. 93 CP 1822: “Tambien se debe imponer de mancomun á los reos cómplices, auxiliares y fautores, sin perjuicio de que se pueda gravar á unos mas que á otros, como queda espresado, el resarcimiento de todos los daños, y la indemnizacion de todos los perjuicios que hayan resultado del delito, así contra la causa pública como contra los particulares; y lo que aquellos no puedan pagar lo satisfarán también de mancomun, con la misma circunstancia, los receptadores y encubridores. Del propio modo se hará en todos los casos la restitucion libre de lo robado ó sustraído, y la reparacion de lo dañado, destruido ó alterado, siempre que se pueda verificar.”*

Bien puede comprobarse que el Código Penal de 1822 no hace referencia a la tradicional tripartición restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización del perjuicio. Por

el contrario, su literalidad no parece mostrarse demasiado sistemática, llegando a apreciarse cierto solapamiento e incongruencia entre los contenidos literales en la redacción de uno y otro precepto. Por un lado, el artículo 28 CP 1822 hace mención a los “*resarcimientos, indemnizaciones, costas y penas pecuniarias que correspondan*” y añade “*pero esta responsabilidad será puramente civil*”. Por otro lado, el artículo 93 CP 1822, mucho más centrado en el contenido que el anterior precepto, determina que debe imponerse “*el resarcimiento de todos los daños, y la indemnización de todos los perjuicios que hayan resultado del delito*” así como “*la restitución libre de lo robado ó sustraído, y la reparación de lo dañado, destruido ó alterado*”. Se observa cómo la única referencia a la institución de nuestro interés, la reparación del daño, viene reflejada únicamente en este último artículo. Sin embargo, debe resaltarse el esfuerzo que realiza el legislador en indicar multitud de términos que, hoy día, señalaríamos que presentan idéntico contenido resarcitorio o reparatorio. En este sentido, múltiples son las alarmas que se dispararían en el razonamiento del jurista contemporáneo que se aventurase a leer y a razonar sobre dicho precepto. Particularmente, sería motivo de perplejidad considerar las costas y las penas pecuniarias como elemento de la responsabilidad civil *ex delicto*, aunque así lo señala la redacción de nuestros preceptos. Igualmente, cabría preguntarse por las diferencias entre los conceptos “resarcimientos”, “indemnizaciones” y “reparaciones” que los citados artículos incorporan como si quisieran dar cabida al máximo número de instituciones reparatorias, las cuales, a juzgar por su acumulación, parecieran hacer referencia a cosas bien diferenciadas – o, al menos, a contenidos que presentan algunos matices de interés entre sí (de nuevo, ¿quizás para respetar el principio de legalidad penal a la hora de redactar el Código?).

A pesar de lo expuesto, lo cierto es que resulta imprescindible aproximarse e interpretar el precepto en su perspectiva histórica para poder llegar a comprender correctamente su relevancia. Recordemos que, aunque la técnica legislativa resulta confusa, aún faltarían casi 70 años para la definitiva aprobación del Código Civil. Téngase presente la ardua tarea de recopilación y sistematización de todo el Derecho común y foral que esperaba a los miembros de las diferentes Comisiones encargadas de la redacción de dicho Código, cuestión que, por otro lado, necesitaría varios intentos para su sustanciación. También es importante considerar el escaso desarrollo de la ciencia del Derecho civil al momento de la aprobación del Código Penal de 1822. Recuérdese que en este momento se encontraban en vigor las vetustas regulaciones resarcitorias contenidas en Las Partidas, la Novísima Recopilación y los Fueros Real, Juzgo y municipales. De cualquier forma, lo cierto es que, como ya sabemos, la promulgación del primer Código Penal español, así como la incorporación de la responsabilidad civil *ex delicto* en éste supuso una importante novedad y un considerable avance en el método jurídico, no ya por la pasmosa técnica legislativa aquí examinada, sino porque trajo consigo, ante todo, un decidido paso hacia la modernización del Derecho español – adaptando la legislación a los postulados del movimiento codificador: racionalización y ordenación de las leyes, incorporación de los principios del liberalismo y, en lo que se refiere a la parte penal, cristalización de la doctrina propia de la Escuela clásica, fundamentalmente la obra de BECCARIA, ROMAGNOSI, FILANGIERI y BENTHAM.

En lo que respecta a la responsabilidad civil *ex delicto*, toda la aproximación contenida en nuestro primer Código Penal se replanteó con la aprobación del Código Penal de 1848, el cual adoptó una fórmula sistemática que perduraría hasta nuestros días. A partir de este momento, la responsabilidad civil tendría un tratamiento legislativo mucho más amplio, abarcando una importante pluralidad de artículos que establecerían los contenidos y los planteamientos jurídicos de una forma mucho más clara que en el Código Penal anterior. En lo que respecta a la referida fórmula, el artículo 115 CP 1848 enunció por primera vez:

*“La responsabilidad civil establecida en el capítulo 2º, título 2º de este libro comprende:*

*1º La restitución*

*2º La reparación del daño causado*

*3º La indemnización de perjuicios”*

Por nuestra parte, como es evidente, nos centraremos, además de en hacer valer la mencionada tripartición, en la institución de nuestro interés. En este sentido, respecto a la reparación del daño, el artículo 117 CP 1848 declaraba:

*“La reparación se hará valorándose la entidad del daño a regulación del tribunal, atendido el precio natural de la cosa, siempre que fuere posible, y el de afección del agraviado”.*

La influencia que tuvo el Código Penal de 1848 en el resto de Códigos Penales de nuestra historia es bien conocida por todos los penalistas y, en lo que respecta no sólo a la fórmula del artículo 115 CP 1848 sino también al planteamiento legislativo de la reparación del daño, esta influencia es bien evidente. De una parte, ya hemos reflejado, y así puede comprobarse, que la tripartición restitución, reparación e indemnización sigue vigente en nuestros días. De otra parte, adelantamos que la literalidad de la norma que contenía la referencia a la reparación del daño ha permanecido prácticamente invariable desde entonces hasta la aprobación del Código Penal de 1995. Es cierto que se han producido algunas modificaciones, pero éstas siempre han sido mínimas. Así, parece que la reparación del daño se vinculó desde un primer momento a aquellos causados a los bienes y a la propiedad en un sentido amplio, entendiendo, por el contrario, que la modalidad de la indemnización se haría cargo de los daños ocasionados a la persona.<sup>86</sup> Para llegar a determinar el monto total al que deberá hacer frente el responsable civil en concepto de reparación del daño, PACHECO explicaba, con buen criterio sobre la citada redacción, que la cuestión debería quedar encomendada por completo al juicio de los tribunales, aunque éstos estaban vinculados por dos elementos, de un lado la apreciación material (es decir, *“el precio natural de la cosa”*), y de otro, el precio de afección del agraviado. Sobre estos dos requisitos entendía, respecto al primero, que cabe *“oír las justificaciones que se hicieren, sobre todo las periciales, siempre que sea posible”*, y respecto al segundo, que sólo caben pruebas morales y una decisión de prudencia.<sup>87</sup> Ciertamente, este segundo requisito resultaba (y resulta todavía) el más problemático, ya que no hay una base probatoria clara a través de la cual se pueda cuantificar debidamente una

---

<sup>86</sup> Así lo consideraba ya PACHECO, J. F., *El Código Penal concordado y comentado*, 1º ed., p. 507.

<sup>87</sup> *Ult. Loc. Cit.*

cuestión tan subjetiva. En cualquier caso, PACHECO se muestra a favor de su inclusión ya en la primera edición de su obra, entendiendo que sólo a través de él se puede llegar a una reparación eficaz y positiva, especialmente en aquellos casos en los que “*hubiere motivos para creer que se cometió el delito por herir esas afecciones de un dueño apasionado á sus cosas*”.<sup>88</sup>

Posteriormente, en lo que se refiere al contenido de la responsabilidad civil *ex delicto*, el artículo 121 CP 1870 incorporaría idéntica redacción a la del artículo 115 CP 1848, por lo que omitiremos su transcripción. De otro lado, el artículo 123 CP 1870, precepto regulador de la reparación del daño, simplemente incorporaría la expresión “*por regulación del tribunal*” en lugar de “*a regulación del tribunal*”, con la siguiente literalidad:

*Art. 123 CP 1870: “La reparación se hará valorándose la entidad del daño por regulación del tribunal, atendido el precio natural de la cosa, siempre que fuere posible, y el de afección del agraviado”.*

Si bien el contenido y planteamientos de uno y otro artículo resultan idénticos y, por tanto, redundante su comentario, no podemos concluir este apartado sin antes hacer referencia a las notas que, sobre el mismo, nos dejara GROIZARD. De entrada, este autor se muestra partidario de haber considerado incluir en un único término jurídico el resarcimiento, en lugar de separar entre reparación e indemnización. Sin embargo, siguiendo la línea de PACHECO, entiende que el primer término engloba los daños causados a los atentados contra la propiedad, mientras que el segundo designa los perjuicios consiguientes a los delitos cometidos contra las personas. En cualquier caso, es evidente su descontento con el empleo del término reparación y no “resarcimiento” en lo que se refiere a su acepción gramatical, aunque aplaude la claridad del precepto, pues entiende que “*en su contexto se percibe distintamente el sentido en que se ha usado la palabra á que nos referimos*”. Adentrándose en el análisis del artículo 123 CP 1870, GROIZARD considera que los dos elementos aportados por el artículo no deben ser los únicos determinantes a la hora de establecer el daño que se le ha causado al propietario, sino que pueden haber otros, como, por ejemplo, “*el del perjuicio que se le causara, por su privación, bajo cualquier concepto*”. Esta tesis puede extraerse, según nuestro autor, por el hecho de que ambos elementos deben tenerse en cuenta “*sólo condicionalmente*” a tenor de la literalidad del artículo, aunque, ciertamente, nuestro artículo sólo condiciona el primero de ellos, nada dice respecto al segundo requisito – frente al cual GROIZARD se posiciona expresamente en contra.<sup>89</sup>

---

<sup>88</sup> En otras palabras, PACHECO se posiciona a favor del reconocimiento de una suerte de daño moral sobre la propiedad de una persona, *Ibid.*, pp. 507-508. También a favor de la inclusión de este criterio, DE VIZMANOS, T. M. y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C., *Comentarios al nuevo Código Penal*, p. 375. Por el contrario, como ya sabemos, el reconocimiento del daño moral puro tardaría aún varias décadas en materializarse.

<sup>89</sup> GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código Penal de 1870*, t. 2, pp. 532-533.



## 1.2. Los Códigos Penales del S. XX

Poco más de medio siglo después, el artículo 72 CP 1928 establecería el siguiente tenor literal, continuando, a grandes rasgos, con los planteamientos ya tradicionales:

*Art. 72 CP 1928: “Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta, lo es también civilmente. La responsabilidad civil comprende:*

- 1.º La restitución de la cosa*
- 2.º La reparación del daño causado*
- 3.º La indemnización del perjuicio*
- 4.º Las costas procesales”*

Como bien se puede comprobar, el artículo 72 CP 1928 introduce algunos cambios significativos en la literalidad. En primer lugar, abre la redacción del precepto con la declaración, ya entonces clásica, de que “*Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta, lo es también civilmente*”. Tal previsión se había venido incorporando anteriormente en otros artículos, no en el referido al contenido de la responsabilidad civil *ex delicto*. En cualquier caso, resulta también evidente la inclusión del matiz “*de la cosa*” en lo que respecta a la restitución, pues hasta entonces se venía haciendo referencia, simplemente, a la restitución. Se observa asimismo cómo la “*Indemnización de perjuicios*” pasa a denominarse “*Indemnización del perjuicio*”, lo cual configura un cambio sin importancia, al menos desde nuestro punto de vista. Finalmente, la gran sorpresa se encuentra en la inclusión de las costas procesales como contenido de la responsabilidad civil *ex delicto*, la cual, como decíamos *supra*, nos resulta especialmente criticable, pues no comporta contenido reparatorio o compensatorio alguno. De cualquier forma, en lo que a nosotros interesa, la referencia a “*La reparación del daño causado*” como modalidad de la responsabilidad civil *ex delicto* continuó con idéntico tenor literal. Sin embargo, el artículo 74 CP 1928 introdujo leves modificaciones:

*Art. 74 CP 1928: “La reparación se hará valorando la entidad del daño, por regulación del tribunal, atendidos el precio de la cosa y el de afección que tuviere para el agraviado, si constare o pudiere apreciarse”.*

En cuanto al comentario sobre este artículo, CUELLO CALÓN da a entender que la reparación es, en realidad, instituto subsidiario a la restitución.<sup>90</sup> Sin embargo, bien puede apuntarse que el planteamiento normativo sigue siendo el mismo: la reparación continúa ceñida a la cosa y el daño se repara atendiendo a su precio y al valor de afección. No obstante, hay cambios mínimos en su redacción. De entrada, ya no se menciona que la reparación “*se hará valorándose*” (art. 123 CP 1870), sino que “*se hará valorando*” (art. 74 CP 1928). También se modifica la literalidad de “*atendido el precio natural de la cosa*” (art. 123 CP 1870) y se sustituye por “*atendidos el precio de la cosa y (...)*” (art. 74 CP 1928). Se elimina, además, la referencia a “*siempre que fuere posible*” ubicada justo detrás de la mención al precio de la cosa (art. 123 CP 1870), respecto a la cual entendíamos que, según la literalidad, pareciera afectar sólo a ésta. En el fondo, lo que hace es cambiar su posición en la redacción para reforzar sintácticamente esta idea que

---

<sup>90</sup> Vid. CUELLO CALÓN, E., *El nuevo Código Penal español*, pp. 303-304.

hemos señalado, pues viene a incorporarse justo después de la mención al valor de afección, que queda como sigue: “(...) y el de afección que tuviere para el agraviado” (art. 74 CP 1928), añadiendo, “*si constare o pudiere apreciarse*”. De esta forma, pareciera que se prevé expresamente la posibilidad de considerar el valor de afección para el agraviado además de, obligatoriamente, el precio de la cosa. En consecuencia, resultaría que, a través de la nueva redacción, el precio de la cosa habría de tenerse siempre en cuenta y, cuando fuere posible o si constare, habría de considerarse también el valor de afección para el agraviado.

Sin embargo, poco durarían estas modificaciones pues, como es sabido, una vez proclamada la Segunda República española, se derogó el anterior Código Penal y se volvió, prácticamente, al Código Penal de 1870. En lo que se refiere a la responsabilidad civil *ex delicto*, la literalidad de los artículos 103 y 105 CP 1932 enunciaban respectivamente el contenido de la obligación civil y la reparación del daño con idéntica redacción a los anteriores artículos 121 y 123 CP 1870. Por su parte, CUELLO CALÓN seguía defendiendo la subsidiariedad de la reparación del daño respecto a la restitución.<sup>91</sup> En cualquier caso, la literalidad adoptada (o mejor dicho, recuperada) por el Código Penal de 1932 se mantuvo en los tres Códigos Penales franquistas: el de 1944, el de 1963 y el de 1973. Así pues, nos dedicaremos a reflejar en las siguientes líneas algunas anotaciones que en su momento hicieran insignes juristas. En lo que se refiere la sistematicidad de los diferentes Códigos, resulta de alabanza haber vuelto a excluir, o continuar excluyendo, las costas de la responsabilidad civil. También nos resulta acertado, desde el punto de vista técnico, haber devuelto la máxima general de la responsabilidad civil (“*Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta, lo es también civilmente*”) a otro artículo, aunque tal declaración, como dijimos *supra*, no resultase correcta desde un punto de vista jurídico estricto. De cualquier forma, nos resulta más razonable diferenciar normativamente dos aspectos del problema de la responsabilidad civil *ex delicto*, por un lado, su “nacimiento”, y por otro, su contenido.

Sobre la reparación del daño en el Código Penal de 1944, FERRER SAMA pondría de manifiesto nuevamente su vinculación con el menoscabo ocasionado a la “cosa”, en contraste con la indemnización, que se ocuparía de los perjuicios ocasionados a la “persona”. Resulta de interés señalar que este autor se posicionaría expresamente a favor de su compatibilidad con la restitución, entendiendo no sólo que es obligatorio retornar la cosa, sino que es de forzado cumplimiento hacerlo abonando los deterioros y menoscabos. En otras palabras, FERRER SAMA identifica esta última referencia, ubicada en el artículo de la restitución, con la reparación.<sup>92</sup> Del mismo modo, y siguiendo la aportación que ya realizara GROIZARD, critica que no se haga referencia a los daños ocasionados al agraviado por la privación de la cosa en la literalidad del precepto, cuestión que, no obstante, estima necesaria tener en cuenta a la hora de la valoración del daño.<sup>93</sup> Por su parte, QUINTANO RIPOLLÉS cuestiona la perfecta distinción entre la reparación de daños y el abono de menoscabos y deterioros. A partir de los dos requisitos previstos

---

<sup>91</sup> Vid. CUELLO CALÓN, E., *Exposición del Código Penal reformado de 1932*, p. 205.

<sup>92</sup> FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código Penal*, pp. 377-378.

<sup>93</sup> *Ibid.*, pp. 378-379.

en el artículo 103 CP 1944, entiende que la reparación se refiere a la valoración intrínseca y afectiva de la cosa. Desde su punto de vista, esta obligación es supletoria y subsidiaria de la otra obligación “reparatoria” prevista en el artículo 101 CP 1944 – relativa a la restitución con abono de los deterioros y menoscabos. QUINTANO RIPOLLÉS parece distinguir, por tanto, entre la obligación de devolver la cosa reparando menoscabos y deterioros y la obligación de reparar la cosa en sí – obligación que creemos que entiende aplicable en aquellos supuestos en los que no haya habido sustracción.<sup>94</sup>

Con posterioridad, CUELLO CALÓN indicaría, sobre las disposiciones relativas a la reparación del daño en el Código Penal de 1963 y a través de copiosa jurisprudencia, que en sede penal habrían de atenderse preferentemente las disposiciones del Código Penal a la hora de graduar el daño, mientras que las leyes civiles tendrían un alcance meramente interpretativo y supletorio.<sup>95</sup> Habiendo hecho esta declaración, CUELLO CALÓN apunta que, cuando no sea posible considerar las dos circunstancias previstas por el artículo 103 CP 1963, deben considerarse aquellas circunstancias provenientes de la naturaleza y efectos de la infracción como base, reconociendo nuestro autor, además, la libertad del Tribunal a la hora de valorar el daño.<sup>96</sup> Por su parte, QUINTANO RIPOLLÉS continuó en este nuevo texto punitivo la interpretación que ya realizara en la primera edición de su obra “*Comentarios al Código Penal*”.<sup>97</sup> En cuanto a la reparación en el Código Penal de 1973, CÓRDOBA RODA seguiría vinculando el concepto de daño al menoscabo o deterioro de una cosa (en contraposición al “perjuicio”). En la línea con los planteamientos de CUELLO CALÓN, entiende que la reparación del daño es compatible con la restitución y que así lo prevé el artículo 101 CP 1973 al referirse al “*abono de los deterioros o menoscabos*”. En todo caso, reconoce que la valoración del daño es potestad discrecional del Tribunal.<sup>98</sup> Más recientemente y refiriéndose a la problemática del precio de afección para el agraviado, YZQUIERDO TOLSADA pondría de manifiesto que este precepto ya derogado nos ubicaba sobre la pista de que el interés personal afectado por el daño había de tenerse en cuenta en su integridad. Entiende que a veces sería necesario observar el valor de mercado propiamente dicho, mientras otras veces sería conveniente considerar un valor distinto a este precio de mercado según la especialización comercial y publicitaria del propietario. Además, advierte que en algunas ocasiones ni siquiera sería oportuno considerar el valor de venta, ya que es posible que su propietario pretendiese regalar la cosa. De cualquier forma, puntualiza que la labor de medida del daño es una cuestión delicada que debería resolverse de acuerdo con la extensión del interés agredido con arreglo al valor de mercado y módulos objetivos semejantes, pero también con arreglo al sujeto concreto que experimenta la agresión.<sup>99</sup> Tras los años del franquismo, se propuso la siguiente redacción en el Proyecto de Código Penal de 1980:

---

<sup>94</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código Penal*, 1ª ed., p. 447, aunque parece criticar la inclusión de los deterioros y menoscabos en el artículo 102 CP 1944.

<sup>95</sup> CUELLO CALÓN, E., *Código Penal*. “*Texto revisado 1963*”, p. 128.

<sup>96</sup> *Ult. Loc. Cit.*

<sup>97</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., p. 428.

<sup>98</sup> *Vid.* al respecto, CÓRDOBA RODA, J., “Artículo 101”, pp. 573-574 e *Id.*, “Artículo 102”, pp. 576-577.

<sup>99</sup> Siguiendo a DE CUPIS, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, pp. 105-106.

*“La reparación del daño se hará valorando la entidad del causado por regulación del Tribunal, atendiendo al precio de la cosa, siempre que fuera posible, y al de afección del agraviado”*<sup>100</sup>

En el fondo, la fórmula legal empleada así como sus planteamientos y contenidos resultaban exactamente los mismos que los examinados hasta ahora, por lo que no nos detendremos en el comentario del citado artículo para enunciar ligeros cambios literales y sintácticos que, en realidad, resaltan a la vista e, igualmente, no aportan novedad alguna. Con posterioridad, la importante reforma que supuso para el ordenamiento penal la LO 8/1983 no incorporó ninguna modificación relevante en lo que al tema de nuestro interés se refiere<sup>101</sup> y, en una línea similar, los artículos 112, 114 y 115 del Proyecto de Código Penal de 1992 continuaron la estela iniciada por el anterior Proyecto de 1980. Así, se volvió a incluir la referencia a la necesidad de ocasionar daños y perjuicios para el nacimiento de la obligación, se continuó con la tradicional tripartición en las modalidades de la obligación privada *ex delicto* y, en lo que se refiere a la reparación del daño, el artículo 115 del citado Proyecto de 1992 exponía:

*“La reparación del daño se hará valorando, por regulación del Juez o Tribunal, la entidad del causado, atendiendo al precio de la cosa, siempre que fuere posible, y al de afección del agraviado”*<sup>102</sup>

Por todo lo expuesto, puede concluirse este apartado señalando que la reparación del daño se ha venido entendiendo, a lo largo de toda su historia en nuestro ordenamiento jurídico,

## 2. El proceso de formación de la norma

### 2.1. La presentación del Proyecto de 1995 y las enmiendas presentadas

Tras la promulgación de la Constitución en 1978, la sociedad española esperaba impacientemente la aprobación del Código Penal de la democracia. Sin embargo, no verían materializados sus deseos hasta casi dos décadas más tarde. Así, en la V Legislatura (1993 – 1996), el Ministro de Justicia, Juan Alberto Belloch Julbe, del Gobierno socialista de Felipe González Márquez, presentaría el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal (en adelante, el Proyecto) ante las Cortes. El 26 de septiembre de 1994, la Mesa del Congreso de los Diputados publicó la iniciativa en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, encomendó Dictamen a la Comisión de Justicia e Interior<sup>103</sup> y abrió el

---

<sup>100</sup> Vid. los artículos 109, 110 y 112 del Proyecto de Código Penal de 1980. Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados, serie A: Proyectos de Ley. Nº 108 – 1, 17 de enero de 1980, p. 688.

<sup>101</sup> En cambio, sí se modificó el artículo 20 CP 1973. Vid. art. 1 LO 8/1983.

<sup>102</sup> Vid. los artículos 112, 113 y 115 del Proyecto de Código Penal de 1992. Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados, serie A: Proyectos de Ley. Nº 102 – 1, 23 de septiembre de 1992, p. 45.

<sup>103</sup> Los miembros que compusieron la Comisión de Justicia e Interior en la V Legislatura pueden consultarse en el siguiente enlace:

[https://www.congreso.es/web/guest/organos/composicion-en-la-legislatura?p\\_p\\_id=organos&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=normal&p\\_p\\_mode=view&organos\\_selectedLegislatura=V&organos\\_selectedOrganoSup=-20&organos\\_selectedSuborgano=303](https://www.congreso.es/web/guest/organos/composicion-en-la-legislatura?p_p_id=organos&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&organos_selectedLegislatura=V&organos_selectedOrganoSup=-20&organos_selectedSuborgano=303) [Última consulta: 27 de febrero de 2021]

plazo de 15 días hábiles para la presentación de enmiendas hasta el 14 de octubre del mencionado año. Igualmente, solicitó a la Ponencia que informase sobre el carácter ordinario u orgánico de algunos preceptos del Proyecto a tenor de lo señalado en la Disposición Final Quinta del mismo.<sup>104</sup> En otras palabras, aunque el Código Penal en sí debía ser formal y materialmente Ley Orgánica, lo cierto es que se incluyeron algunos artículos que se consideraban Ley ordinaria ya por la propia norma. Si se examina la Disposición Final Quinta del Proyecto, se comprobará que precisamente los preceptos relativos a la responsabilidad civil, entre otros, son reconocidos como Ley ordinaria.<sup>105</sup> La redacción del artículo 112 en el Proyecto era la siguiente:

*“La reparación del daño podrá consistir en obligaciones de hacer o de no hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa.”*<sup>106</sup>

Posteriormente, se ampliaría el plazo de presentación de enmiendas hasta en 4 ocasiones.<sup>107</sup> Dado el abrumador número de enmiendas que se presentaron, las cuales sumaron un total de 1.200, el 27 de febrero de 1995 se cerró definitivamente el referido plazo.<sup>108</sup> Al día siguiente se ordenó la publicación de las enmiendas presentadas en el Boletín de las Cortes.<sup>109</sup> En lo que se refiere al objeto de nuestro trabajo, únicamente se presentaron dos enmiendas por escrito al artículo 112. La primera de ellas, la enmienda número 136, fue presentada por el Sr. José María Chiquillo Barber, perteneciente al Grupo Mixto – Unió Valenciana, quien proponía la siguiente redacción:

“Al artículo 112  
De modificación

*Quedando redactado como sigue:*

*«La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta, dará lugar a las siguientes responsabilidades:*

---

<sup>104</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados, serie A: Proyectos de Ley. Nº 77 – 1, 26 de septiembre de 1994, p. 1.

<sup>105</sup> *Ibid.*, pp. 1 y 90. Del mismo modo, también se requirió que el contenido de esta Ponencia incluyese criterio razonado sobre la modificación de algunas Leyes ordinarias a través del Proyecto, el cual tenía carácter de Ley Orgánica. Téngase en cuenta que la referida Disposición Final Quinta del Proyecto es la actual Disposición Final Sexta.

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 19. Como bien puede observarse, la redacción del artículo 112 en el Proyecto es prácticamente idéntica a aquella que finalmente se aprobaría y que está en vigor actualmente, con la única salvedad de la posterior referencia a las obligaciones de dar.

<sup>107</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados, serie A: Proyectos de Ley. Nº 77 – 2, 11 de octubre de 1994, p. 91; Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados, serie A: Proyectos de Ley. Nº 77 – 3, 15 de diciembre de 1994, p. 93; Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados, serie A: Proyectos de Ley. Nº 77 – 4, 31 de enero de 1995, p. 95 y Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados, serie A: Proyectos de Ley. Nº 77 – 5, 21 de febrero de 1995, p. 97.

<sup>108</sup> *Vid. Ult. Loc. Cit.*

<sup>109</sup> Puede consultarse el índice de enmiendas presentadas por escrito al articulado en el Congreso en Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados, serie A: Proyectos de Ley. Nº 77 – 7, 5 de abril de 1995, pp. 407 – 450. Por otro lado, las enmiendas desarrolladas se encuentran en Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados, serie A: Proyectos de Ley. Nº 77 – 6, 6 de marzo de 1995, pp. 99 – 405.

- 1.<sup>a</sup> La restitución.
- 2.<sup>a</sup> La reparación del daño.
- 3.<sup>a</sup> La indemnización de perjuicios materiales y morales»

### JUSTIFICACIÓN

*Se modifica este artículo y se une junto con el número 110 por entender que coincide con el mismo. Por tanto, con el fin de evitar redundancia y por razones de economía legislativa, se elimina el artículo 110 y se incluye en éste, con el consiguiente cambio de numeración.”*<sup>110</sup>

Aclaremos algunas cuestiones al respecto. En primer lugar, cabe señalar que este Diputado no formaba parte de la Comisión de Justicia e Interior. Sin embargo, presentó una serie de enmiendas acogiendo a los artículos 110 y siguientes del Reglamento del Congreso de los Diputados, que habilitan a cualquier Diputado y/o Grupo Parlamentario a presentar enmiendas. En segundo lugar, el artículo 110 del Proyecto que cita el Sr. Chiquillo Barber coincide esencialmente con nuestro actual concordante, el cual enumera las tres modalidades de la responsabilidad civil *ex delicto*. Sin embargo, lo cierto es que propone un ligero cambio en la redacción de la primera parte del artículo 110, la del supuesto de hecho de la norma. El Proyecto señalaba expresamente “*La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende (...)*” y procedía a enumerar las tres modalidades. Por su parte, el artículo anterior del Proyecto exponía: “*La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar los daños y perjuicios por él causados, en los términos previstos en las Leyes*”.<sup>111</sup> En este orden de cosas, el Sr. Chiquillo Barber sugiere eliminar el artículo 110 del Proyecto e incluirlo en el 112. También propuso eliminar el artículo 113, relativo a la indemnización del perjuicio, bajo el mismo argumentario, a través de otra enmienda.<sup>112</sup>

Desde nuestro punto de vista, esta intervención merece algunas puntualizaciones. Primero, no se entiende por qué el Diputado señala que el artículo 110 y el 112 coinciden. El primero establece una relación de modalidades entre las que consta la responsabilidad civil *ex delicto* y el segundo desarrolla los contenidos de una de ellas, la reparación del daño. Menciona que su propuesta se realiza para evitar redundancias, pero lo cierto es que él mismo propone una redacción para el 112 prácticamente idéntica a la del artículo 109, con la única diferencia de que el primero enunciaría, según su propuesta, las modalidades concretas. Si se pretende eliminar el 110 y proponer la redacción citada, ¿por qué se emplea la misma literalidad que en el artículo 109 – sobre el cual ni presenta enmienda ni hay referencia alguna en ninguna de las presentadas? Parece que habría, efectivamente, cierta duplicidad de considerarse su propuesta. Por otra parte, extraña también que proponga eliminar el desarrollo de las instituciones de reparación e indemnización y que, sin embargo, considere oportuno dejar intacto el artículo referido a la restitución. Asimismo, desde el punto de vista sistemático, la colocación que tendrían los artículos de aprobarse su enmienda nos resultaría un tanto caótico. Es decir, el orden

---

<sup>110</sup> *Ult. Loc. Cit.*, p. 138.

<sup>111</sup> Al artículo 109 del Proyecto se le añadiría el segundo apartado a lo largo de la tramitación parlamentaria: “*El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil*”.

<sup>112</sup> *Ibid.*, p. 139.

resultante sería el siguiente: primero, el artículo 109 (relativo al nacimiento de la obligación civil), que quedaría igual; segundo, el artículo 110, que, al eliminarse el previsto en el Proyecto, pasaría a ser el actual 111, relativo a la restitución; tercero, el artículo 111 sería el propuesto por la enmienda; y finalmente, se eliminarían los desarrollos a la reparación y a la indemnización, aunque, nuevamente, su referencia quedaría intacta en la redacción del artículo que se propone. En otras palabras, primero quedaría intacto el artículo referido al nacimiento; segundo, se definiría la obligación civil; tercero, se definiría una de las modalidades, la restitución; y cuarto, se enunciarían todas las modalidades sin ahondar en los artículos siguientes en las dos restantes. Por nuestra parte, creemos que, como técnica o planteamiento legislativo, la propuesta resulta bastante defectuosa. Igualmente, de aprobarse esta enmienda, se contribuiría a acentuar la ya tradicional confusión histórica entre reparación e indemnización.

Por otro lado, la segunda de las enmiendas realizadas por escrito al artículo 112 fue presentada por el Grupo Popular. La totalidad de enmiendas presentadas por este Grupo fue firmada, por imperativo del artículo 10 del Reglamento del Congreso, por quien fuera su Portavoz en la V Legislatura, el Sr. Rodrigo de Rato y Figaredo.<sup>113</sup> Es decir, que a tenor de las fuentes directas no puede constatarse quienes fueron los Diputados concretos que presentaron las enmiendas, sino que, como decimos, la totalidad aparece firmada por su Portavoz, quien tampoco formaba parte de la Comisión de Justicia e Interior. La enmienda número 301 señalaba:

“Al artículo 112  
De modificación

*Se propone la siguiente redacción:*

*«La reparación del daño se hará abonando el valor del realmente causado, fijado por el Juez o Tribunal atendiendo al precio del bien y al de afección para el agraviado»*

#### *JUSTIFICACIÓN*

*La reparación del daño no se cumple con la mera valoración del mismo, sino con el abono de éste.”*<sup>114</sup>

Como puede comprobarse, el Grupo Popular propone una enmienda muy en línea con la tradición jurídica. En tal sentido, ya hemos reflejado que las referencias al precio del bien y a la afección del agraviado como criterios para establecer la reparación aparecen de forma constante e ininterrumpida desde el Código Penal de 1840. Así, debe hacerse mención a que tales requisitos no vienen siquiera previstos en el artículo 112 del Proyecto. De cualquier forma, en lo que respecta a la enmienda, se trataba de una propuesta que poco o nada alteraba el contenido sustancial del Código Penal de 1973, ya que se seguía vinculando la “reparación” con el daño a la “cosa”, aunque la literalidad de la enmienda emplea el término “bien”. Esta enmienda continuaba, por tanto, la tradicional separación entre la reparación y la indemnización, es decir, que pretendía seguir conceptualizando la reparación como institución resarcitoria de los daños causados al patrimonio frente a la

---

<sup>113</sup> *Ibid.*, p. 160.

<sup>114</sup> *Ibid.*, p. 183.

indemnización como instituto compensatorio de los daños ocasionados a la persona. La prueba más evidente de ello es la constatación de que, además de la enmienda aquí expuesta, no se presentó enmienda alguna al artículo referido a la indemnización, el cual tenía la misma redacción que en la actualidad.<sup>115</sup> De cualquier forma, es cierto que la redacción de esta enmienda presenta una leve modificación literal de la ya prevista en el correspondiente artículo del Código Penal de 1973, aunque, nuevamente, sin ningún cambio sustancial.<sup>116</sup>

## 2.2. El debate parlamentario en la Comisión de Justicia e Interior y la aprobación final por las Cortes Generales

Las sesiones para debatir el Proyecto de Código Penal en la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados se iniciarían el miércoles 10 de mayo de 1995.<sup>117</sup> Por su parte, el Informe de la Ponencia rechazaría las enmiendas propuestas por escrito al artículo 112.<sup>118</sup> No obstante, el debate y la votación a las dos enmiendas examinadas en el apartado anterior – junto al resto de las presentadas en materia de responsabilidad civil – tendrían lugar en la sesión del 31 de mayo de 1995.<sup>119</sup> El Presidente de la Comisión otorgaría en primer lugar el uso de la palabra al Sr. Joaquín Cotoner Goyeneche, portavoz del Grupo Popular en la Comisión y Vocal en la misma, quien, tras una breve nota introductoria sobre la responsabilidad civil *ex delicto*, señalaba:

*“Nosotros hemos presentado cinco enmiendas a este título. La primera que voy a analizar, la 301, tiene como objetivo la modificación del artículo 112 según el proyecto que estamos debatiendo. A través de esa enmienda pretendemos que la reparación del daño se cumpla no solamente con la mera valoración del mismo sino con el abono de la cantidad que corresponda. Nosotros pretendemos, y ahora hacemos público, proponer «in voce» una enmienda en la que, además de las obligaciones de hacer y de no hacer, se incluyan las obligaciones de dar, ya que el*

---

<sup>115</sup> Así puede comprobarse, *cfr.* art. 104 CP 1973 “La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado, por razón del delito, a su familia o a un tercero” versus art. 113 CPesp “La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a un tercero”. Redacción ya sugerida en el Proyecto de 1994. *Vid.* Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados, serie A: Proyectos de Ley. Nº 77 – 1, 26 de septiembre de 1994, p. 19.

<sup>116</sup> *Cfr.* La literalidad de esta enmienda con lo expuesto en el apartado anterior.

<sup>117</sup> Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. Año 1995. V Legislatura, nº 489. Presidente: D. Javier Luis Sáenz Cosculluela. Sesión nº 56, celebrada el miércoles 10 de mayo de 1995, p. 14.875.

<sup>118</sup> Esta Ponencia estaría presidida por D. Javier Luis Sáenz Cosculluela, Presidente de la Comisión de Justicia e Interior, e integrada por los Diputados D. Javier Barrero López, D.ª Carmen del Campo Casasús y D. Álvaro Cuesta Martínez (Grupo Socialista); D. Federico Trillo-Figueroa Martínez-Conde, D. Julio Padilla Carballada y D. Antonio Pillado Montero (Grupo Popular); D. Diego López Garrido (Grupo Izquierda Unida – Iniciativa per Catalunya), D. Ramón Camp i Batalla (Grupo Catalán – Convèrgencia i Unió), D. Emilio Olabarriá Muñoz (Grupo Vasco -Partido Nacionalista Vasco), D. Lorenzo Olarte Cullén (Grupo Coalición Canaria) y D. Xabier Albistur Marín (Grupo Mixto – Eusko Alkartasuna - Euskal Exkerra). *Vid.*, Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados, serie A: Proyectos de Ley. Nº 77 – 8, 22 de mayo de 1995, pp. 451 y 457.

<sup>119</sup> Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. Año 1995. V Legislatura, nº 502. Presidente: D. Javier Luis Sáenz Cosculluela. Sesión nº 62, celebrada el miércoles 31 de mayo de 1995, pp. 15.262 y ss.



*artículo 1.088 del Código Civil dispone que las obligaciones consisten en dar, hacer o no hacer alguna cosa. El proyecto olvida las obligaciones de dar. Por ello, nuestra enmienda considera que la reparación del daño, en cuanto se trate de pagar una cantidad, sea entendida como que se ha cumplido no sólo con la valoración sino con el pago efectivo o el abono efectivo de ésta.”*<sup>120</sup>

Seguidamente, el Sr. José María Mohedano Fuertes, del Grupo Socialista, después de centrar su intervención en la responsabilidad civil de la Administración Pública, replicaría:

*“En cuanto al resto de las enmiendas, señor Presidente, vamos a seguir, muy rápidamente ya, el orden sistemático del Código, más que los bloques de enmiendas de cada Grupo, y empezamos por el primer artículo que tiene enmiendas, que es el artículo 112, al que hay una enmienda, la 301, del Grupo Popular, que ha sido modificada «in voce» en la mañana de hoy, porque en la redacción original al referirse a la reparación del daño, suprimía las obligaciones de hacer o no hacer y sólo hablaba de las de dar, pero ahora entiendo que en esta enmienda «in voce» no sustituye, sino que a las obligaciones de hacer o no hacer añade las obligaciones de dar, y en esos términos sí que estamos de acuerdo; no estábamos de acuerdo con la redacción original. Por tanto, modificamos nuestro criterio y decimos que sí, que aceptamos esa enmienda «in voce» número 301, al artículo 112, del Grupo Popular.”*<sup>121</sup>

A continuación, el Sr. Mohedano Fuertes se referiría a la otra enmienda presentada:

*“Hay una enmienda de Unión Valenciana al artículo 112, la número 136. Vamos a votar en contra pero no la vamos a explicar, porque como no está aquí el representante de ese Grupo, si él no la ha defendido, nosotros tampoco vamos a argumentar en contra de ella; simplemente decimos que vamos a votar que no, de la misma manera que vamos a votar no a la número 137, del mismo Grupo Mixto, al artículo 113.”*<sup>122</sup>

Después de una larga intervención defendiendo la postura de su Grupo frente a las enmiendas presentadas, el Sr. Mohedano Fuertes concluiría:

*“Señor Presidente, con esto hemos acabado este título. Resumo diciendo que aceptaremos, para que no haya ningún equívoco, la enmienda 301, del Grupo Popular, que es «in voce», (...)”*<sup>123</sup>

Sin embargo, como bien puede verse, se trataba de un equívoco del Sr. Mohedano Fuertes, quien no había comprendido correctamente la propuesta del Grupo Popular. Este último Grupo no pretendía una modificación de la enmienda ya presentada, sino que añadió otra *in voce*. Al abrir el turno de réplica, el Presidente de la Comisión otorgaría la palabra al

---

<sup>120</sup> *Ibid.*, p. 15.263. En este sentido, el Presidente de la Comisión solicitó la formalización por escrito para hacer constar la enmienda *in voce* en acta, ya que, al haber multitud de enmiendas presentadas, se pretendía evitar errores. *Ibid.*, p. 15.264.

<sup>121</sup> *Ibid.*, p. 15.270.

<sup>122</sup> *Ult. Loc. Cit.*

<sup>123</sup> *Ibid.*, p. 15.271.

Sr. Cotoner Goyeneche, quien aclararía la cuestión. Transcribimos en las siguientes líneas la conversación que consta en el Diario de Sesiones:

*“El señor COTONER GOYENECHÉ: Únicamente para advertirle al portavoz socialista que la enmienda «in voce» es en el caso de que no se admita la número 301. La «in voce» es de aclaración de lo que el proyecto está diciendo. Voy a aclarar. Nosotros mantenemos la 301 tal como está, y en el caso de que se aprobara esta enmienda «in voce» y se modificara la parte del proyecto, añadiendo «las obligaciones de dar», se entendería que la 301 vendría a ser el segundo párrafo de dicho artículo, especificando y aclarando cómo se debe hacer y cómo se debe de valorar la reparación del daño.*

*El señor MOHEDANO FUERTES: Me gustaría saber cuál es el texto final del artículo.*

*El señor COTONER GOYENECHÉ: Como ha anunciado que se va a aceptar la enmienda «in voce», el primer párrafo sería el del proyecto y el segundo el de la enmienda 301.*

*El señor MOHEDANO FUERTES: Entonces no estaría de acuerdo.*<sup>124</sup>

Finalmente, aclararía su posición y concluiría el Sr. Mohedano Fuertes:

*“El señor MOHEDANO FUERTES: La Única modificación que tenemos que hacer sobre lo que hemos expuesto es que aceptamos la enmienda «in voce» a la 301, pero no aceptamos que la 301 original se traslade al párrafo segundo. O sea, que aceptamos la modificación que se ha presentado por escrito como enmienda transaccional, pero no la 301 original.”*<sup>125</sup>

Al término de la sesión, se procedería a las votaciones. En primer lugar, se votaría la enmienda 301 del Grupo Popular, que sería rechazada.<sup>126</sup> Después, la enmienda 136 presentada por el Grupo Mixto – Unió Valenciana, que sería también rechazada.<sup>127</sup> Finalmente, se votaría la enmienda *in voce*, que sería aprobada por unanimidad.<sup>128</sup> El resto de las sesiones transcurrirían con normalidad hasta la última de ellas, el 13 de junio de 1995, fecha en la que se debatió sobre las disposiciones finales, derogatorias, adicionales, la Exposición de Motivos y la inclusión de criterios razonados sobre el carácter ordinario de algunos preceptos.<sup>129</sup> Seguidamente, se publicaría en el Boletín de

---

<sup>124</sup> *Ibid.*, pp. 15.271 – 15.272.

<sup>125</sup> *Ibid.*, p. 15.272.

<sup>126</sup> “Efectuada la votación, dio el siguiente resultado: votos a favor, 13; en contra, 18; abstenciones, dos.” *Ibid.*, p. 15.279.

<sup>127</sup> Cabe señalar que esta enmienda 136 se votó junto a otras dos, la 138 y la 137. Para esta última, el Sr. Cotoner Goyeneche solicitó votación separada, la cual se concedió. En lo que respecta a la votación sobre la enmienda 136 y 138, “Efectuada la votación, dio el siguiente resultado: votos en contra, 18; abstenciones, 14. El señor PRESIDENTE: Quedan rechazadas.” *Ibid.*, 15.280.

<sup>128</sup> “Efectuada la votación, dijo: El señor PRESIDENTE: Se aprueba por unanimidad”. *Ibid.*, p. 15.280.

<sup>129</sup> Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. Año 1995. V Legislatura, nº 522. Presidente: D. Javier Luis Sáenz Cosculluela. Sesión nº 69, celebrada el martes 13 de junio de 1995, pp. 16.009 y ss. No obstante, el 20 de junio se instó a la Comisión, por Acuerdo de la Mesa de la Cámara del Congreso de los Diputados, a realizar dos subsanaciones de tipo formal. Entre ellas, una corrección en la redacción de la Disposición Final Quinta, la cual decretaba, recordemos, el carácter de ley

las Cortes el Dictamen y los escritos de mantenimiento de enmiendas para su defensa ante el Pleno del Congreso de los Diputados. Téngase en cuenta, además, que no se llevó ninguna enmienda a este artículo a su debate al Pleno del Congreso.<sup>130</sup> Es más, el artículo 112 no sería ni siquiera mencionado en las seis sesiones plenarias que tuvieron lugar desde el 22 de junio al 5 de julio de 1995, fecha en la que se aprobaría el texto.<sup>131</sup> Justo después, el 19 de julio se publicó el texto aprobado por el Pleno.<sup>132</sup>

Al día siguiente, se remitió el texto a la Comisión de Justicia del Senado y se abriría el plazo de presentación de enmiendas hasta el 12 de septiembre,<sup>133</sup> que sería ampliado sólo una vez en esta ocasión, hasta el 18 de septiembre.<sup>134</sup> Con anterioridad, el 11 de septiembre, se había procedido a designar Ponencia en el Senado.<sup>135</sup> Más adelante, el 21 de septiembre se publicarían todas las enmiendas presentadas junto al índice de las

---

ordinaria del título referido a la responsabilidad civil y otros preceptos. *Vid.*, Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados, serie A: Proyectos de Ley. Nº 77 – 10, 26 de junio de 1995, pp.663–664. La Comisión procedería a acordar el acuerdo oportuno por unanimidad en su sesión de 21 de junio, añadiendo la cuestión al orden del día anteriormente previsto. *Vid.*, Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. Año 1995. V Legislatura, nº 530. Presidente: D. Javier Luis Sáenz Cosculluela. Sesión nº 70, celebrada el miércoles 21 de junio de 1995, p. 16.212.

<sup>130</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados, serie A: Proyectos de Ley. Nº 77 – 9, 26 de junio de 1995, pp. 571 y ss. *Vid.* también la publicación de las correcciones formales mencionadas en la nota anterior, Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados, serie A: Proyectos de Ley. Nº 77 – 11, 27 de junio de 1995, pp. 665 y 666.

<sup>131</sup> *Vid.* Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente. Año 1995. V Legislatura, nº 157. Presidente: Excmo. Sr. D. Félix Pons Irazazábal. Sesión Plenaria nº 155, celebrada el jueves 22 de junio de 1995, pp. 8.285 y ss; Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente. Año 1995. V Legislatura, nº 158. Presidente: Excmo. Sr. D. Félix Pons Irazazábal. Sesión Plenaria nº 156, celebrada el martes 27 de junio de 1995, pp. 8.360 y ss; Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente. Año 1995. V Legislatura, nº 159. Presidente: Excmo. Sr. D. Félix Pons Irazazábal. Sesión Plenaria nº 157, celebrada el miércoles 28 de junio de 1995, pp. 8.405 y ss; Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente. Año 1995. V Legislatura, nº 160. Presidente: Excmo. Sr. D. Félix Pons Irazazábal. Sesión Plenaria nº 158, celebrada el jueves 29 de junio de 1995, pp. 8.507 y ss; y Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente. Año 1995. V Legislatura, nº 160. Presidente: Excmo. Sr. D. Félix Pons Irazazábal. Sesión Plenaria nº 158, celebrada el miércoles 5 de julio de 1995, pp. 8.666 y ss.

<sup>132</sup> No sin antes haber introducido en el Boletín Oficial una corrección de errores por parte de la Comisión, Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados, serie A: Proyectos de Ley. Nº 77 – 12, 12 de julio de 1995, p. 667; y Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados, serie A: Proyectos de Ley. Nº 77 – 13, 19 de julio de 1995, pp. 669 – 775.

<sup>133</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales – Senado, serie II: Proyectos de Ley. Nº 87 (a), 20 de julio de 1995, pp. 1 – 101. Por otro lado, los miembros que compusieron la Comisión de Justicia en el Senado en la V Legislatura pueden consultarse en el siguiente enlace:

[https://www.senado.es/web/actividadparlamentaria/sesionescomision/detallecomisiones/composicion/index.html?id=208&legis=5&esMixta=N&lb\\_fecha\\_primera\\_hid=09%2F01%2F1996&lb\\_fecha\\_primera=09%2F01%2F1996](https://www.senado.es/web/actividadparlamentaria/sesionescomision/detallecomisiones/composicion/index.html?id=208&legis=5&esMixta=N&lb_fecha_primera_hid=09%2F01%2F1996&lb_fecha_primera=09%2F01%2F1996) [Última consulta: 27 de febrero de 2021]

<sup>134</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales – Senado, serie II: Proyectos de Ley. Nº 87 (b), 8 de septiembre de 1995, p. 103.

<sup>135</sup> Integrada por los Senadores D. José Antonio Martín Rite, D. Joaquín Jesús Galán Pérez (Grupo Socialista), Dña. María Rosa Vindel López, D. Alfredo Prada Presa (Grupo Popular) y D. Manuel Ibarz i Casadevall (Grupo Catalán de Convèrgencia i Unió). *Vid.*, Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado. Comisión de Justicia. Año 1995. V Legislatura, nº 214. Presidente: D. José Ramón Herrero Merediz. Sesión celebrada el lunes 11 de septiembre de 1995, pp. 15-16.

mismas, entre las cuales no constaba ninguna al artículo 112.<sup>136</sup> Pocos días más tarde, el 9 de octubre de 1995 sería publicado el Informe de la Ponencia.<sup>137</sup> Asimismo, se realizaron tres sesiones (respectivamente, los días 9, 10 y 11 octubre) para el trabajo en el seno de la Comisión de Justicia del Senado, las cuales transcurrieron con normalidad,<sup>138</sup> publicándose a su término el Dictamen y los votos particulares.<sup>139</sup> Justo después, se celebraron dos sesiones plenarias en el Senado los días 25 y 26 de octubre<sup>140</sup> y se procedió, poco más tarde, a publicar el texto aprobado con las correspondientes enmiendas.<sup>141</sup> Finalmente, el Congreso de los Diputados aprobaría la mayoría de las enmiendas recibidas<sup>142</sup> y ordenaría su publicación definitiva en el BOE.<sup>143</sup>

### 2.3. Recapitulación y comentarios

Por el momento, hemos tenido ocasión de comprobar en este apartado que el planteamiento de la reparación del daño como modalidad de la responsabilidad civil *ex delicto* ha permanecido prácticamente invariable desde el Código Penal de 1848 hasta la aprobación del Código Penal de 1995. La aproximación tradicional consideraba que la reparación del daño se realizaría teniendo en cuenta la entidad del perjuicio ocasionado a la cosa. Para ello, el Tribunal debía atender, según la redacción de los diferentes preceptos, al precio de la cosa y al valor de afección del agraviado. Este planteamiento cambió radicalmente con la aprobación del Código Penal de 1995, con una redacción nunca antes vista, ni siquiera en los anteriores Proyectos de Código Penal para la

---

<sup>136</sup> *Vid.*, índice en Boletín Oficial de las Cortes Generales – Senado, serie II: Proyectos de Ley. Nº 87 (d), 21 de septiembre de 1995, pp. 315 – 345; totalidad de enmiendas presentadas en Boletín Oficial de las Cortes Generales – Senado, serie II: Proyectos de Ley. Nº 87 (c), 21 de septiembre de 1995, pp. 105 – 313.

<sup>137</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales – Senado, serie II: Proyectos de Ley. Nº 87 (e), 9 de octubre de 1995, p. 350; y corrección de errores en Boletín Oficial de las Cortes Generales – Senado, serie II: Proyectos de Ley. Nº 87 (f), 9 de octubre de 1995, p. 477.

<sup>138</sup> Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado. Comisión de Justicia. Año 1995. V Legislatura, nº 225. Presidente: D. José Ramón Herrero Merediz. Sesión celebrada el lunes 9 de octubre de 1995, pp. 4 y ss; Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado. Comisión de Justicia. Año 1995. V Legislatura, nº 226. Presidente: D. José Ramón Herrero Merediz. Sesión celebrada el martes 10 de octubre de 1995, pp. 1 y ss; y Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado. Comisión de Justicia. Año 1995. V Legislatura, nº 227. Presidente: D. José Ramón Herrero Merediz. Sesión celebrada el martes 11 de octubre de 1995, pp. 1 y ss.

<sup>139</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales – Senado, serie II: Proyectos de Ley. Nº 87 (g), 23 de octubre de 1995, pp. 479 y ss.

<sup>140</sup> Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado. Comisión de Justicia. Año 1995. V Legislatura, nº 93. Presidente: Excmo. Sr. D. Juan José Laborda Martín. Sesión celebrada el martes 25 de octubre de 1995, pp. 4.775 – 4.776; y Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado. Comisión de Justicia. Año 1995. V Legislatura, nº 94. Presidente: Excmo. Sr. D. Juan José Laborda Martín. Sesión celebrada el martes 26 de octubre de 1995, pp. 4.831 – 4.835.

<sup>141</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales – Senado, serie II: Proyectos de Ley. Nº 87 (h), 8 de noviembre de 1995, pp. 587- 691. También se procedió a la publicación en Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados, serie A: Proyectos de Ley. Nº 77 – 14, 13 de noviembre de 1995, pp. 757 y ss.

<sup>142</sup> Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente. Año 1995. V Legislatura, nº 182. Presidente: Excmo. Sr. D. Félix Pons Irazazábal. Sesión Plenaria nº 180, celebrada el miércoles 8 de noviembre de 1995, pp. 9.615 – 9.637.

<sup>143</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados, serie A: Proyectos de Ley. Nº 77 – 15, 15 de noviembre de 1995, pp. 977 – 1.069. Corrección de errores en Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados, serie A: Proyectos de Ley. Nº 77 – 16, 21 de noviembre de 1995, p. 1.071.

democracia española. El cambio de paradigma en la concepción resulta evidente, y lo reflejaremos a continuación:

Art. 103 CP 1973: “*La reparación se hará valorándose la entidad del daño por regulación del Tribunal, atendiendo el precio de la cosa, siempre que fuere posible, y el de afeción del agraviado*”

Art. 112 CPesp: “*La reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa.*”

En este sentido, son dos las grandes incógnitas que rodean a este cambio tan pronunciado: por qué y para qué. Por nuestra parte, hemos tenido ocasión de reflejar el proceso legislativo y la respuesta no es, desde luego, completamente evidente. Sin embargo, hay algunas notas que bien podemos extraer a partir de todo lo expuesto y que, de alguna forma, podrían ayudarnos a arrojar luz sobre esta problemática. La primera de todas ellas es que la redacción de este artículo permaneció casi invariable desde su inclusión en el Proyecto hasta la aprobación definitiva del Código Penal de 1995. El primer texto únicamente preveía las obligaciones de hacer y de no hacer, es decir, que no incluía una referencia a las obligaciones de dar. Ello se incluiría a lo largo de la tramitación parlamentaria, siendo la única modificación que se realizaría. Como decimos, el artículo se aprobó siendo prácticamente inalterado en su redacción. La segunda nota, íntimamente relacionada con la anterior, es que, a lo largo de toda la tramitación parlamentaria, este artículo pasó casi completamente desapercibido. Ciertamente, la aprobación del deseado Código Penal para la democracia conllevaría unas discusiones políticas de mucho mayor calado que la responsabilidad civil *ex delicto*, y así lo demuestran los varios intentos para su sustanciación y el alto número de enmiendas que se presentaron. No obstante, nos resulta evidente que la tramitación parlamentaria no prestó mucha atención a este artículo en concreto, pues únicamente se llegaron a presentar tres enmiendas, dos por escrito en el Congreso y una *in voce* en la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados. Las dos enmiendas presentadas por escrito por el Grupo Popular y el Grupo de Unió Valenciana (*rectius*, Grupo Mixto – Unió Valenciana) propusieron que el artículo continuase en la línea de nuestra tradición jurídica, mientras que la enmienda *in voce* presentada por el Grupo Popular sugirió que, en caso de no aceptarse la enmienda por escrito, se incorporase la referencia a las obligaciones de dar, de acuerdo con el artículo 1088 CCesp. Al final, únicamente se aprobó esta última enmienda *in voce* en el seno de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados y, por lo tanto, mantuvo su literalidad durante todo el resto del procedimiento legislativo hasta la aprobación final del Código.

Por último, la tercera nota que quisiéramos resaltar sobre todo lo que hemos expuesto hasta aquí es que, desde nuestro punto de vista, resulta bien claro el contraste entre la aproximación realizada por quienes impulsaron el Código, el Gobierno socialista, y quienes presentaron enmiendas al artículo, el Grupo Popular y el Grupo de Unió Valenciana. En este sentido, el Grupo Socialista se muestra firme en su deseo de

modificar el precepto y es reacio a mantener una literalidad prácticamente idéntica a la anterior. Por el contrario, los Grupos Popular y Unió Valenciana son partidarios de una redacción acorde a nuestra tradición jurídica. Aunque el Grupo Socialista finalmente acepta ampliar los métodos de reparación del daño a propuesta del Grupo Popular, nos resulta clara su firmeza en mantener la redacción que se había incluido en el Proyecto, aportando una visión revisionista del artículo de nuestro interés. Tal es esta visión reformista que, si se examina la redacción del Proyecto presentado, se comprobará cómo la reparación sólo preveía el hacer o no hacer, mientras que la indemnización seguiría entendiéndose, prácticamente, como siempre – al menos en lo que respecta al tenor literal. Por tanto, desde el punto de vista normativo, se abre el contenido de la reparación e, indirectamente, también se abre el de la indemnización, ya que, por un lado, a la reparación se le otorga un nuevo contenido alejado de la concepción clásica mientras que, por otro, se incorpora la indemnización como nueva cláusula general resarcitoria, pues a pesar de que la indemnización siempre se vinculó a los perjuicios causados a la persona, tal vinculación nunca se extrajo de la redacción del precepto sino, más bien, de una interpretación *a sensu contrario* del artículo referido a la reparación. Es decir, que si la reparación se vinculaba al daño causado a la cosa, los daños causados a la persona serían, por exclusión, abarcados por la indemnización.

Al hilo de lo expuesto, nos resulta evidente la nueva aproximación realizada a sendas instituciones, la cual puede apreciarse ya en la redacción del Proyecto. Así pues, el interés del Gobierno en superar el tradicional paradigma de la reparación del daño se infiere a partir de varios elementos de juicio. Primero, en su deseo de dismantelar la idea de daño como concepto vinculado a la cosa y en contraposición al perjuicio ocasionado a la persona. Segundo, en su nueva propuesta de centrar la atención no sólo en la naturaleza o entidad del daño, sino también en las condiciones personales y patrimoniales del culpable a la hora de determinar la obligación reparatoria así como en el reconocimiento expreso de la posibilidad de que ésta venga ejecutada por el sujeto obligado o a su costa. Tercero, puede comprobarse este interés en el amplio abanico de obligaciones que, ya en el Proyecto, posibilitarían la ejecución de la prestación reparatoria. A todo esto, además, cabría añadir la disposición del Grupo Socialista a admitir la obligación de dar como contenido de la reparación. Cuarto, entendemos que puede inferirse este interés no sólo a partir de lo que el Grupo Socialista hace, sino también a partir de lo que no hace. En consecuencia, el no admitir la redacción de las dos enmiendas presentadas por escrito así como el continuar una redacción prácticamente idéntica de la indemnización del perjuicio, puede interpretarse en el sentido que aquí venimos indicando.

Igualmente, es de interés hacer valer que tampoco parece poder extraerse conclusión provisional clara respecto a la cuestión teleológica, al menos a partir de lo examinado hasta ahora. Nada podemos inferir de lo expuesto salvo, si acaso, que la aproximación resulta en línea con una visión revisionista de los clásicos postulados de la reparación como modalidad de la responsabilidad civil *ex delicto*. Para poder responder a esta cuestión será necesario, evidentemente, acudir a otro tipo de métodos hermenéuticos. De cualquier forma, el estado de la cuestión que puede obtenerse a partir de lo que hemos expuesto hasta ahora, así como las múltiples incógnitas todavía por despejar, nos hace

preguntarnos qué ha reflejado la doctrina más representativa al respecto. Hacemos referencia, por tanto, a comentarios doctrinales acerca de este cambio tan considerable en la redacción, sin ánimo de adelantar otros contenidos que serán objeto de estudio a través de los otros tres métodos hermenéuticos que aún nos quedan por emplear. Así, QUINTERO OLIVARES y TAMARIT SUMALLA apuntaron que lo realmente novedoso es la indicación de que se han de tener en cuenta las condiciones personales y patrimoniales del culpable.<sup>144</sup> Por su parte, DÍEZ-PICAZO señaló la singularidad de la amplitud del poder discrecional otorgado a jueces y tribunales para establecer la reparación del daño,<sup>145</sup> mientras que CONDE-PUMPIDO FERREIRO mostró incompreensión sobre qué papel pueden jugar las condiciones personales y patrimoniales del culpable en la fijación del importe de la indemnización (*sic.*). También critica la desaparición del criterio del valor de afección, el cual entiende que podría incluirse a partir de una interpretación extensiva de la referencia a la “naturaleza del daño” contenida en el artículo 112 CPesp.<sup>146</sup>

Por otro lado, MAPELLI CAFFARENA resaltó la reformulación realizada por el Código Penal de 1995 en la reparación. Asimismo, indicó que la modalidad de reparación se había liberado del sentido pecuniario que tradicionalmente tenía y que se ha desvinculado de la idea de reparación del daño causado a la cosa. En consecuencia, entiende que es procedente abonar los deterioros sufridos por la propia cosa, como siempre, e incluso, realizar una labor solidaria con las víctimas, citando expresamente el empleo de drogas decomisadas en programas de prevención de toxicomanías previsto en la Ley 17/2003.<sup>147</sup> Sin embargo, no realizan esta misma valoración LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN, quienes siguen entendiendo la reparación como vinculada al daño producido en las cosas. No obstante, interpretan que, al no aparecer ya el concepto clásico de afección al agraviado, la reparación deberá entenderse limitada al daño material causado a las cosas y, consecuentemente, será en la indemnización de perjuicios donde se incluya la afección del agraviado, pues ahí se hace referencia expresa a perjuicios materiales y morales.<sup>148</sup> En una línea similar a esta última posición, YZQUIERDO TOLSADA, sin vincular el artículo 112 CPesp al daño causado a la cosa, entiende que, al no incluirse el precio de afección, la nueva obligación de reparar se presentó con un contenido ceñido al denominado “daño común”, que sería el que experimenta cualquier persona con motivo del incumplimiento de la obligación contractual o del acto dañoso extracontractual y no al “daño propio” que es el que sufre una persona determinada por circunstancias que le son particulares.<sup>149</sup>

---

<sup>144</sup> QUINTERO OLIVARES, G. y TAMARIT SUMALLA, J. M., “Capítulo I – De la responsabilidad civil”, p. 606, aunque consideran que no se tendrán en cuenta para la precisión del *quantum* de la reparación, sino respecto a la manera de cumplir con la obligación de llevarla a cabo. Se trata de un apunte que, por otro lado, no es exactamente lo que refiere la literalidad del precepto, aunque sobre ello volveremos más tarde.

<sup>145</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, pp. 278-279.

<sup>146</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO “La responsabilidad civil ex delicto”, p. 939.

<sup>147</sup> MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 470.

<sup>148</sup> LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M., *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, p. 77.

<sup>149</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, pp. 106-107.

Finalmente, resulta interesante resaltar la propuesta de ROIG TORRES, quien considera que la reparación del artículo 112 CPesp se concibe en su sentido civil genérico, como resarcimiento de los daños civiles ocasionados por el hecho delictivo. En este sentido, entiende que ha dejado de ser una clase específica de responsabilidad civil y que abarca todas las vías de subsanación de los perjuicios admitidas en nuestro Derecho, contemplándose las distintas prestaciones de dar, hacer y no hacer en las que puede materializarse. Asimismo, esta autora indica que cabe reservar la reparación del daño para las obligaciones específicas, incluyendo o no a la restitución en las primeras, y dejando al margen las prestaciones económicas, que se abonarían como indemnización. No obstante, señala ROIG TORRES que resulta conveniente considerar la indemnización como una modalidad más de reparación sujetándola a lo dispuesto en el artículo 112 CPesp, pues esta norma indica criterios que, a juicio de la autora, deberán ser también valorados por el juzgador para optar entre una prestación concreta o una compensación pecuniaria. Será, en su opinión, la naturaleza del daño la que lo determine.<sup>150</sup>

De cualquier forma, y en lo que se refiere a nuestras consideraciones personales, reservaremos nuestra crítica, comentarios y conclusiones acerca del método histórico para el apartado final de este bloque. Por el momento, únicamente hemos hecho una breve recapitulación y comentarios provisionales acerca de la perspectiva interna y el proceso de formación de la norma. Queda restante, por tanto, el apartado referido a la perspectiva externa, el cual examinaremos a continuación. Teniendo en cuenta que no existe un pronunciamiento claro sobre el porqué ni el para qué se pretende realizar este cambio tan pronunciado, todo lo que hasta ahora se ha expuesto quizás debiera interpretarse en consonancia con el contexto jurídico que rodeó a la promulgación de la norma de nuestro interés.

### 3. El contexto histórico-jurídico: la perspectiva externa

Tras haber examinado la cuestión relativa a la perspectiva histórica interna así como la del proceso de formación de la norma, consideramos oportuno buscar respuestas más allá del proceso estrictamente secuencial. Es decir, creemos conveniente resaltar el contexto histórico-jurídico que ha rodeado a la promulgación de la norma. En este sentido, debemos indicar que el contexto jurídico directo en el que se ubica la aprobación del Código Penal, particularmente en lo que se refiere al artículo de nuestro interés, no es otro que el de la elaboración del AE-WGM. Ciertamente, el contexto y los factores que rodearon al Proyecto encabezado por ROXIN no son los mismos que los que rodearon a la promulgación del Código Penal de 1995, ya que, a lo largo de su historia, el modelo alemán había venido manteniendo una separación mucho más rígida entre Derecho y proceso penal y civil.<sup>151</sup> Ello había venido teniendo como consecuencia un mayor desinterés por la víctima y/o perjudicados por el delito, lo cual contrasta diametralmente

---

<sup>150</sup> ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos*, pp. 165-166.

<sup>151</sup> Por todos, ROXIN, “La posizione della vittima nel sistema penale”, pp. 6-7 y “La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones”, p. 20. También en “Pena y reparación”, pp. 7-8, donde usa este mismo argumento de la rígida separación entre Derecho penal y civil en Alemania para defender la tercera vía como algo ventajoso para la víctima, ya que, de acuerdo con este modelo, podría obtener reparación en la vía punitiva.



con el tratamiento que éstos habían venido teniendo en el modelo de corte romanista. En efecto, el renovado interés por la víctima del delito y la crisis de la política criminal tradicional golpearía con mucha mayor fuerza en Alemania, resultando en una discusión sobre la construcción *ex novo* de un modelo resarcitorio con un interés netamente punitivo. En el caso de España, también renacería este interés por la víctima y por los perjudicados por el delito que, además, se iría acentuando doctrinal y normativamente con el paso del tiempo. Sin embargo, ya se contaba con un mecanismo de tutela del interés de la víctima en el proceso penal desde hacía más de dos siglos, por lo que buena parte de la doctrina suscribió la idea de replantear la ya consolidada responsabilidad civil *ex delicto* hacia otros modelos que presentasen mayor interés para el objeto del Derecho penal.<sup>152</sup>

En efecto, el contexto histórico-jurídico en el que se inserta la aprobación del Código Penal de 1995 estuvo marcado, entre otras cuestiones, por un profundo debate acerca del papel de la reparación en el Derecho punitivo que se originó fundamentalmente por la formulación del Proyecto Alternativo Alemán de 1992 o AE-WGM. De esta forma, y en lo que respecta a la institución de nuestro interés, puede apreciarse cómo el legislador penal de 1995 no termina de romper con el modelo tradicional, pero le otorga una redacción claramente punitivizada a la modalidad de reparación que bien puede considerarse inspirada en los postulados del Proyecto Alternativo alemán de 1992 de conformidad con el contexto histórico-jurídico. En este sentido, los principios y directrices del AE-WGM marcarían señaladamente la redacción de la modalidad de reparación *ex delicto*, configurándole un renovado carácter autónomo, entre lo privado y lo punitivo, lo cual, en el fondo, era lo que siempre había defendido ROXIN.<sup>153</sup> De esta forma, el planteamiento de la reparación como modalidad de la responsabilidad civil *ex delicto* se vería abiertamente influenciado por los nuevos contenidos otorgados a la reparación penal (o, si se prefiere, a la reparación no estrictamente civil) prevista en el AE-WGM. Pasemos, por tanto, a enumerar los nuevos elementos de inspiración roxiniana.

Por consiguiente, de acuerdo con esta concepción y en primer lugar, resultaría acertada su inclusión como consecuencia jurídica del delito. En segundo lugar, se aprecia una redacción del precepto que ya empieza a marcar diferencias con la regulación propiamente civil, distanciándose en su planteamiento de una obligación completamente privada. En tercer lugar, el catálogo de prestaciones reparadoras resulta manifiestamente ampliado con la nueva redacción, de acuerdo con el contenido material del AE-WGM. En cuarto lugar, la referencia a la necesidad de tener en cuenta las condiciones personales

---

<sup>152</sup> Al momento de la aprobación del Código Penal de 1995 ya eran bien conocidas por la doctrina española las obras *e. gr.* DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “La reparación de la víctima”, QUINTERO OLIVARES, G., “La reparación del perjuicio y la renuncia a la pena” y TAMARIT SUMALLA, J. M., *La reparación a la víctima en el Derecho Penal*. Por otra parte, este debate también estaba presente en otros ordenamientos donde existía un modelo resarcitorio de corte romanista, como el italiano, *vid.* por todos, CASAROLI, G., “La riparazione pubblica alle vittime del reato”, ROMANO, M., “Risarcimento del danno da reato”, MANNA, A., “Le nuove prospettive sanzionatorie” e *Id.*, “Il risarcimento del danno fra diritto civile e diritto penale”.

<sup>153</sup> Claramente en ROXIN, C., “Risarcimento del danno e fini della pena”, p. 21, “*La restituzione è piuttosto una prestazione di natura autonoma*”.

y patrimoniales del culpable a la hora de imponer la prestación reparadora, sería una materialización del principio de eficacia o de garantía de resultado, en tanto que el propio culpable es la nueva medida que determinará la prestación a imponer. Por tanto, y de acuerdo con esta nueva regulación, ya no cabría la posibilidad material de incumplimiento aduciendo algún motivo como la insolvencia o la imposibilidad sobrevenida, pues el contenido de la obligación se determinará de acuerdo con la capacidad prestacional del propio culpable. En quinto lugar, precisamente la referencia al culpable sería el elemento que mayor carácter punitivo presenta, ya que, no sólo se hace expresa mención a que él será la medida del contenido de la reparación, sino que, además, se impone expresamente que sea éste quien se haga cargo de ella – por sí mismo o a su costa.

Por otro lado, lo cierto es que el AE-WGM no se incorpora por completo al ordenamiento español. Efectivamente, no hay referencia alguna que pueda relacionarse con el principio de voluntariedad. Sin embargo, ello no impediría su observancia en cierta medida ya que, como desarrollaremos *infra*, no cabe obligar al culpable a la ejecución de las prestaciones reparadoras como regla general, aunque sí es posible la ejecución dineraria. De otra parte, nos resulta evidente que se ignora por completo el principio de universalidad, ya que, de acuerdo con la estricta redacción del precepto, se sigue vinculando el nacimiento de la obligación de reparar al daño causado. ¿Podría entenderse este daño como el daño a la paz jurídica? Por nuestra parte, entendemos que no, ya que de ser así, el legislador habría empleado otro tipo de conceptos jurídicos para referirse a ello. También en esta línea, cabría preguntarse si cabe la reparación simbólica como contenido de la modalidad de reparación. Sobre esta cuestión, nuevamente, el más absoluto silencio. Desde nuestro punto de vista, y en congruencia con la anterior incógnita, consideramos que ello no sería posible. Si se entiende que la modalidad de reparación *ex delicto*, a pesar de los elementos punitivos introducidos, sigue teniendo el daño civil como presupuesto material para su nacimiento (cosa que así parece imponer la propia redacción), no parece razonable entender que una reparación simbólica sea capaz de resarcir efectivamente ese daño. Asimismo, tampoco se aprecia que el legislador de 1995 haya decidido incluir todos los efectos penales previstos en el AE-WGM para la ejecución de actos de reparación. Así, QUINTERO OLIVARES y TAMARIT SUMALLA han declarado tajantemente que el potencial innovador del artículo 112 CPesp se desvanece si la previsión contenida en este precepto no va acompañada de mecanismos que permitan al juez prescindir de la ejecución de la pena si se ha llevado a cabo la reparación de manera satisfactoria.<sup>154</sup> No obstante, lo cierto es que otros autores sí han apreciado que el Código Penal de 1995 ha dado ciertos pasos en lo que se refiere a la posibilidad de sustituir la pena pecuniaria o de otro tipo por prestaciones de reparación a la víctima.<sup>155</sup> En esta línea, obsérvese la redacción original de los artículos 81 3ª y 88.1 CPesp, los cuales, en respectivas sedes de suspensión y sustitución, toman en cuenta para su concesión, correspondientemente, el abono de la responsabilidad civil y el esfuerzo por reparar el daño.

---

<sup>154</sup> Críticamente, QUINTERO OLIVARES, G. y TAMARIT SUMALLA, J. M., “Capítulo I – De la responsabilidad civil”, p. 604.

<sup>155</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, p. 49, aunque también hace referencia a las reformas posteriores y, aun mencionando la redacción original, no vincula directamente estos pasos a la influencia del AE-WGM.

En consecuencia con todo lo expuesto en este apartado, podemos concluir que el Proyecto Alternativo alemán de 1992 o AE-WGM influyó directamente la conceptualización de la reparación como consecuencia jurídica del delito así como la promoción de instrumentos reparatorios como consecuencia jurídica alternativa o paralela a la pena. Sin embargo, lo cierto es que nuestro precepto no incorporó la doctrina propia del AE-WGM por completo. Particularmente, no se aprecia ningún rastro del principio de voluntariedad, del de universalidad o de la admisión de la reparación simbólica. Del mismo modo, el legislador de 1995 incorporó tímidamente algunas consecuencias jurídico-penales vinculadas a la reparación, omitiendo la práctica totalidad de los efectos penales que preveía el mencionado Proyecto.

#### 4. Conclusiones provisionales de la aplicación del método histórico

En este apartado hemos tenido ocasión de estudiar por completo la perspectiva interna y externa que rodeó al proceso de formación del artículo 112 CPesp. Igualmente, hemos expuesto un detallado análisis de la regulación anterior de esta modalidad resarcitoria. En este sentido, se ha constatado cómo la literalidad de la norma que contenía la reparación como modalidad de la responsabilidad civil *ex delicto* ha permanecido prácticamente invariable desde su primera inclusión en el Código Penal de 1848 hasta la aprobación del Código Penal de 1995. Efectivamente, ha habido algunas modificaciones, pero éstas no alteraban sustancialmente el contenido material del precepto. Durante todo este tiempo, la reparación se vinculó al resarcimiento de aquellos daños ocasionados a la propiedad y a los bienes en un sentido amplio, contraponiéndose a la indemnización, que se haría cargo de la compensación de aquellos daños ocasionados a la persona. Por el contrario, el verdadero replanteamiento de la modalidad vino otorgado con el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1994, el cual se materializaría en el actual Código Penal de 1995. Esta norma se aprobaría en la V Legislatura (1993 – 1996) bajo el Gobierno de Felipe González Márquez, siendo Ministro de Justicia Juan Alberto Belloch Julbe.

En lo que se refiere a su tramitación parlamentaria, el artículo permaneció casi invariable desde su previsión en el Proyecto hasta la aprobación definitiva del Código. La redacción propuesta era prácticamente idéntica a la actual, con la única salvedad de que no se incluía la posibilidad expresa de realizar obligaciones de dar. No obstante, las enmiendas que se presentaron por escrito pretendían que el artículo continuase la línea de la ya consolidada tradición jurídica. Estas enmiendas fueron rechazadas por la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, aunque admitió por unanimidad la enmienda presentada *in voce* por el portavoz del Grupo Popular, quien sugirió que, en caso de no aceptarse la enmienda previamente presentada por escrito, se incorporase la referencia a las obligaciones de dar, de acuerdo con el artículo 1088 CCesp. A lo largo de todo el proceso, se constata cómo el Grupo Socialista se muestra firme en su intención de replantear la modalidad de la reparación, incorporando múltiples novedades. Sin embargo, no parece poder extraerse con claridad del método histórico ni el por qué ni el para qué de un cambio tan sumamente pronunciado. Únicamente parece quedar constancia del empeño del Grupo Socialista en modificar el precepto.

Por otra parte, de acuerdo con el estudio del contexto histórico-jurídico, debe acentuarse que la aprobación del Código Penal estuvo enmarcada en un profundo debate doctrinal acerca de si era necesario replantear nuestro consolidado modelo de responsabilidad civil *ex delicto* hacia otras concepciones que presentasen mayor interés para el objeto del Derecho penal. Este debate hunde sus raíces en un renovado interés por la víctima del delito y la crisis de la política criminal tradicional sobre estas problemáticas resarcitorias, particularmente en Alemania, donde la separación entre reparación privada e imposición de la pena pública estaba mucho más acentuada procesalmente. Ello derivaría en una discusión sobre la construcción *ex novo* de un modelo reparatorio compatible con las bases del Derecho penal, resultando en la presentación del Proyecto Alternativo alemán de 1992 o AE-WGM, siendo ROXIN uno de sus mayores representantes. En esta línea contextual, si bien es cierto que nuestro legislador no llegó a incorporar por completo la propuesta alemana, es posible apreciar la influencia directa del AE-WGM en la redacción del artículo 112 CPesp y en la tímida promoción de algunas consecuencias jurídico-penales vinculadas por la reparación.

#### IV. MÉTODO LÓGICO-CONCEPTUAL

##### 1. La aplicación de las máximas del conceptualismo

En este punto del trabajo, pasamos ahora a interpretar el artículo 112 CPesp a través del método lógico-conceptual. Para ello, partiremos de la propia norma, descomponiéndola en sus elementos más básicos para después reconstruirla alrededor de conceptos y principios jurídicos. De esta forma, una vez descompuesta la norma y obtenidos estos elementos, procederemos a analizar la totalidad del precepto junto a ellos, para así llegar a alcanzar una comprensión global. En puridad, muy probablemente habría que partir del texto normativo al completo para aplicar el método lógico-conceptual, es decir, que sería necesario tener en cuenta todos los preceptos del Código Penal o, como mínimo, aquellos ubicados en la parte relativa a la responsabilidad civil. Sin embargo, ya hemos expuesto en la introducción de este trabajo los argumentos que nos llevan a pensar que este artículo exige un estudio particular y diferenciado, por lo que aplicaremos el método únicamente al artículo de nuestro interés. En consecuencia, cuando nos referimos a la “norma”, estamos haciendo mención exclusivamente al artículo 112 CPesp y, a través de la aplicación del método lógico-conceptual, estudiaremos los conceptos y principios que este precepto parece crear por sí mismo. En lo que se refiere al análisis de este artículo como modalidad de la responsabilidad civil *ex delicto* y, por tanto, en conjunto con el resto de modalidades, tal cuestión se abordará en el próximo apartado. En otras palabras, como exponíamos en el planteamiento de este capítulo, de una parte, estudiaremos ahora la norma desde sí misma – método lógico conceptual, y de otra, estudiaremos la norma en relación con el resto del ordenamiento jurídico en el próximo apartado – método sistemático.

En este sentido, nos hemos decidido a descomponer el artículo 112 CPesp en varios elementos que procederemos a analizar en las siguientes líneas. Habiendo ya examinado la redacción de nuestro artículo en multitud de ocasiones, omitiremos la transcripción en

este momento. Así pues, los elementos seleccionados son los siguientes: en primer lugar, *reparar o reparación*, como noción jurídica que engloba la totalidad de los contenidos del artículo. En segundo lugar, el *daño*, como presupuesto para el nacimiento de la obligación de reparar. En tercer lugar, *obligación*, más concretamente, las obligaciones *de dar, hacer o no hacer*, como contenido del resarcimiento del daño.<sup>156</sup> Finalmente, en cuarto lugar, el *culpable*, concepto que analizaremos en dos bloques respectivamente, por un lado, sus condiciones personales y patrimoniales como elemento a tener en cuenta, y por otro, como sujeto obligado a realizarlas.

### 1.1.La reparación

Decíamos en otros apartados que, a pesar de que el término “reparar” tiene un evidente signo iusprivatístico, viene empleado en multitud de preceptos propiamente penales. Es más, en la parte literal decíamos que los términos “reparar” y “reparación” se emplean con mucha más frecuencia que los términos “indemnizar” e “indemnización” a lo largo de toda la legislación penal. Sin embargo, se aprecia de forma clara cómo el artículo 34.3 CPesp establece categóricamente que las sanciones reparadoras establecidas por leyes civiles o administrativas no se reputarán penas. No obstante, el artículo 49 CPesp indica que los trabajos en beneficio de la comunidad (los cuales se incluyen expresamente en el catálogo de penas) podrán consistir en labores de reparación de los daños causados. Por tanto, bien podríamos indicar que, al menos en principio, el concepto de reparación tiene un carácter eminentemente civil, pero es posible que pudiese tener naturaleza punitiva. En este orden de cosas, ¿qué tipo de características presentan la reparación de carácter penal y la de carácter privado? Por su parte, ya referíamos anteriormente que los autores y defensores del AE-WGM se esforzaron por diferenciar entre la reparación de carácter penal y la de naturaleza civil. La primera se rige, ante todo, por la voluntariedad de las partes. Se admite, además, la reparación simbólica, y no tiene por qué ir dirigida exclusiva y necesariamente a la víctima. Es posible una reparación individual y/o colectiva. De acuerdo con lo que decíamos en otro capítulo, por una parte, la reparación penal habría que cumplirla siempre salvo caso sobrevenido, porque es adaptada a las circunstancias del sujeto. Igualmente, resulta de obligada observancia el principio de garantía de resultado, en virtud del cual es precisa una reparación efectiva para que produzca efectos en la medida de la pena. No basta, por tanto, la mera promesa de cumplimiento. Además, la reparación penal no es la respuesta general al delito, sino que, por el contrario, la pena o la medida de seguridad será la consecuencia jurídica habitual. Por otra parte, reparar en Derecho civil viene a significar directamente satisfacer la responsabilidad civil, ya sea “pura” o *ex delicto*.

Así pues, ¿qué concepto de “reparación” emplea el legislador en el artículo 112 CPesp? Algunos autores ya se han pronunciado al respecto. Por ejemplo, CONDE-PUMPIDO TOURÓN señaló que nuestro artículo incorpora el concepto de reparación en el sentido aceptado en el Derecho Penal más moderno, como subsanación del daño a través de la

---

<sup>156</sup> Con buen criterio, diferenciando la problemática de la causa que hace nacer la obligación frente a la cuestión acerca de cómo se cumple satisfactoriamente con ésta, CAVANILLAS MÚGICA, S., “Efectos de la responsabilidad civil ex delicto: reparación del daño”, pp. 56-58.

satisfacción a la víctima y, al mismo tiempo, restauración del orden jurídico perturbado por la infracción.<sup>157</sup> También LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN indicaron que el artículo 112 CPesp parece incluir una tendencia pretendidamente moderna a engrandecer la importancia de la reparación a la víctima como finalidad o contenido de la respuesta penal.<sup>158</sup> En una línea similar, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA señaló que el artículo 112 CPesp permite a los Tribunales del orden penal estar facultados para tomar cuantas medidas civiles sean necesarias para lograr la reparación de los daños y la restauración del orden jurídico-privado, aplicando las normas de carácter civil que procedan, aunque no estén encuadradas en la Ley penal.<sup>159</sup>

En virtud de todo lo expuesto, resulta más o menos claro que el legislador parece seguir realizando una conceptualización privada en la modalidad de la reparación. Sin embargo, continuemos atendiendo al resto de elementos del precepto.

## 1.2. El daño y su naturaleza

De entre todo lo que examinaremos en este apartado, el concepto de *daño* nos resulta el menos problemático, por una sencilla razón. La norma, por sí sola, ni crea ni modifica ningún contenido del daño tal y como viene entendido en sede de responsabilidad civil, ya sea “pura” o *ex delicto*. En consecuencia, son aquí trasladables las consideraciones que realizábamos sobre esta cuestión en los capítulos anteriores.<sup>160</sup> En primer lugar, cabe recordar que el daño es el elemento fundamental de la responsabilidad civil, aunque no es, ciertamente, el único elemento a tener en cuenta. Ya decíamos que, para que nazca la obligación privada, junto al daño deben apreciarse la acción, la causalidad, la imputación objetiva y la subjetiva. No obstante, en lo que se refiere exclusivamente al daño, distinguíamos el modelo típico del modelo atípico e indicábamos que, en el caso de España, nuestro sistema se enmarca en los postulados del segundo modelo, aunque apreciábamos cierta tendencia hacia la “tipificación” del daño cada vez más acentuada. También indicábamos la dificultad de una delimitación perfecta del concepto de daño que resulte verdaderamente satisfactoria. Por nuestra parte, nos posicionamos a favor de partir del interés jurídicamente reconocido y modularlo en función del interés del agraviado. En este sentido, aunque en nuestro ordenamiento rige fundamentalmente la regla del *neminem laedere* o *alterum non laedere*, si se traslada tal planteamiento al modelo *ex delicto*, encontraremos que, de alguna forma, el daño civil ya está “penalmente tipificado”. Es decir, que si partimos de que la estructura de la norma *ex delicto* obliga, por un lado, a la ejecución del hecho previsto por la norma penal para después exigir, en otro plano, los requisitos propios para el nacimiento de la responsabilidad privada, encontraremos que, cuando analicemos los hechos desde el punto de vista del Derecho civil, el daño siempre se encontrará reconducido o reconducible al tipo penal concreto. No obstante, y nos resulta de suma importancia remarcarlo, ambas responsabilidades con

---

<sup>157</sup> CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., “Artículo 112”, p. 369.

<sup>158</sup> LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M., *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, pp. 77-78.

<sup>159</sup> LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, pp. 18-20.

<sup>160</sup> Obsérvense, por tanto, las citas bibliográficas allí realizadas.

sus correspondientes ilícitos se encuentran en planos jurídicos distintos. Ténganse presentes las diferencias resaltadas anteriormente entre ambos ilícitos y responsabilidades. Igualmente, resulta imprescindible, como decíamos, que el daño presente los requisitos propios de éste, es decir, que sea cierto, injusto, directo y personal.

Una vez más, el concepto de *daño* en el artículo 112 CPesp no resulta novedoso si se tienen unos conocimientos básicos de Derecho civil y de responsabilidad civil *ex delicto*. Este término designa la causa eficiente por antonomasia de la obligación privada de nuestro interés y, de acuerdo con la redacción del artículo 112 CPesp, las previsiones de este precepto parecen ceñirse a tal supuesto.<sup>161</sup> Sin embargo, quedarían aún algunas dudas que resolver. La primera y principal, qué es exactamente este daño y cómo surge. Para ello, nuevamente habría que acudir a lo expuesto en los capítulos anteriores: el daño es un menoscabo injusto y real que sufre un sujeto en sus intereses privados y, consecuentemente, debe ser reparado por el causante o por aquél a quien el Derecho de daños designe responsable si junto a él concurren el resto de requisitos de la responsabilidad civil. Es, por tanto, parte integrante y fundamental del concepto de ilícito civil, el cual, a su vez, configura el supuesto de hecho de la norma privada. Constatado este ilícito civil, se desencadena la consecuencia jurídica, que no es otra que la obligación de resarcir. En este orden de cosas, nos resulta oportuno reflejar de nuevo dos cuestiones que hemos venido defendiendo hasta ahora: por un lado, que la estructura de la norma *ex delicto* obliga a la constatación del ilícito penal antes de entrar a valorar la posible concurrencia de la responsabilidad civil y, por otro, la identidad terminológica entre las nociones de daño y perjuicio en este segundo plano privado. En esta línea, si bien los artículos 112 y 113 CPesp separan normativamente tales conceptos, son sinónimos de acuerdo con el estado de la ciencia en Derecho civil. También decíamos que, en principio, serían asimilables las expresiones “reparación” e “indemnización” en el marco del Derecho de daños.<sup>162</sup> No obstante, como pretendemos demostrar, el artículo 112 CPesp incorpora una nueva conceptualización de la reparación nunca antes vista. Por ello, aunque no hay diferencia entre la reparación y la indemnización o entre el daño y el perjuicio en el plano netamente civil, lo cierto es que el legislador así parece entenderlo según el tratamiento que la reparación recibe en el artículo 112 CPesp – claramente diferenciado de la restitución (art. 111 CPesp), de la indemnización (art. 113 CPesp) y, por supuesto, de la responsabilidad civil “pura”. De cualquier forma, en lo que se refiere a la *causa efficiens*, como decíamos, el mencionado precepto sigue partiendo del daño como supuesto fundamental para el nacimiento.

Por otro lado, debemos hacer mención a la cuestión de la naturaleza del daño. Señala el artículo 112 CPesp que debe tenerse en cuenta la naturaleza del daño a la hora de establecer la obligación civil que lo reparará. En este sentido, ¿qué es exactamente la naturaleza del daño? Desde nuestro punto de vista, esta expresión equivaldría a designar el contenido y/o las posibles clasificaciones del daño, en el sentido de que, dependiendo de cómo sea éste, la obligación que lo repare podrá ser una u otra dentro del amplio

---

<sup>161</sup> PACHECO GUEVARA, A., “Artículo 112”, pp. 262-263.

<sup>162</sup> Por todos, DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, p. 278 y QUINTERO OLIVARES, G. y TAMARIT SUMALLA, J. M., “Capítulo I – De la responsabilidad civil y su extensión”, p. 604.

abanico de posibilidades que el artículo 112 CPesp ofrece. En consecuencia, debe recordarse que este artículo impone dos obligaciones al Juez o Tribunal, y en este mismo orden: por un lado, identificar perfectamente el daño y, por otro, imponer una o varias obligaciones idóneas para su reparación indicando si pueden ejecutarse a costa del culpable. Por ello, centrándonos ahora exclusivamente en la identificación del daño (*rectius*, en su naturaleza según las previsiones del artículo), éste se compone de daño emergente y lucro cesante. Es decir, que la noción de daño, como veíamos, se integra por el menoscabo directamente sufrido como resultado del comportamiento del causante y por aquella ganancia dejada de obtener como consecuencia de lo anterior. En todo caso, ambos exigen la máxima concreción fáctica, en cuanto a existencia innegable y cuantía. Por otra parte, ya referíamos que existen multitud de clasificaciones posibles del daño y que, en el fondo, ninguna de ellas resulta completamente convincente, pues cualquier división acaba cruzándose con el resto y resultando inservible por sí sola. No obstante, a la hora de delimitar la naturaleza del daño en el sentido que impone el artículo 112 CPesp, entendemos que lo más razonable sería emplear el máximo número de clasificaciones posible, a fin de aportar tantas características del daño como procedan. Así pues, pasemos ahora a esquematizar nuevamente las clasificaciones del daño. En primer lugar, la división clásica del daño es entre el daño material, patrimonial y corporal. Se trata de una clasificación realizada tomando en cuenta el objeto al que afecta el propio daño. En segundo lugar, se distingue entre el daño inmediato y el daño mediato o diferido según el tiempo en el que éstos hayan tardado en aparecer. En tercer lugar, partiendo de cómo se ha afectado al perjudicado, el daño puede ser o bien directo o indirecto. Igualmente, cabría añadir una cuarta clasificación, distinguiendo entre daño permanente e instantáneo, según si éste fuera prolongado en el tiempo por la acción paralela del causante (de tal forma que si éste cesase, el daño remitiría) o, por el contrario, si fuese causado por el comportamiento del causante en un único momento espacio-temporal.

De cualquier forma, el daño sigue siendo una realidad muy abstracta en sí y, según los planteamientos del artículo 112 CPesp, su concepción continúa en esta misma línea. Sin embargo, es necesario aquí hacer un importante apunte. Decíamos que los anteriores artículos referidos a la reparación del daño limitaban su operabilidad a aquél ocasionado a la “cosa”. En cambio, el daño según el artículo 112 CPesp parece entenderse en su completo significado, sin límite material alguno. Por esta razón, y con buen criterio, algunos autores consideran que, en el caso de valorar daños ocasionados a bienes concretos, nada impide seguir tomando en consideración los tradicionales criterios del valor del bien y el de afección del agraviado al momento de concretar la entidad del daño.<sup>163</sup> Así, de esta forma, parece que se resolvería la incógnita que veíamos en el método literal, en cuanto al concepto, contenido y naturaleza del daño. Ciertamente, se nos puede criticar señalando que, en puridad, no estamos empleando el método lógico-conceptual respecto a este término, sino que, más bien, estamos realizando una mezcla entre éste y el sistemático. No le faltaría razón al comentario, ya que, en el fondo, no toda la información que el artículo tiene que ofrecernos puede extraerse de todos los métodos.

---

<sup>163</sup> Así, en este sentido, por todos, SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Artículo 112”, p. 333 y ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., “Artículo 112”, p. 1406.



Al contrario, resulta imprescindible ir conjugándolos armónicamente, tal y como señalábamos en el planteamiento de este capítulo.

### 1.3. Las obligaciones de dar, hacer o no hacer algo

Pasemos ahora a examinar las diferentes prestaciones que el artículo 112 CPesp permite imponer. En primer lugar, es necesario recordar que las obligaciones que aquí examinaremos suponen la contrapartida del daño, es decir, son prestaciones que al ejecutarse debidamente repararán el daño causado. Por tanto, no cabe entender la obligación ni como algo abstracto ni como algo desligado de la idea del daño. Al contrario. La obligación de dar, hacer o no hacer no solamente debe encontrarse directamente dirigida a reparar éste, sino que también debe ser idónea para tal fin. Igualmente, hay que recordar que la llamada “naturaleza del daño” no es el único elemento a tener en cuenta a la hora de seleccionar la obligación según la literalidad del artículo. Deben atenderse igualmente las condiciones personales y patrimoniales del culpable y, de acuerdo con lo que exponíamos en el método literal, ello bien puede entenderse sin perjuicio de otros elementos de valoración que pudieran estimarse oportunos. De cualquier forma, volveremos más tarde a tales cuestiones. Por el momento, centrémonos únicamente en las referidas obligaciones.

En esta línea, estimamos que para realizar correctamente el análisis de estos conceptos lo más oportuno es partir de las conclusiones que apuntábamos anteriormente gracias al empleo del método literal. De alguna forma, todos los métodos hermenéuticos se inspiran en éste y, por tanto, el criterio lógico-conceptual no es ninguna excepción. Así pues, indicábamos que la fórmula “*obligaciones de dar, de hacer o de no hacer*” se basa en la literalidad del artículo 1088 CCesp, el cual categoriza las diferentes obligaciones en Derecho civil. En este sentido, esta observación no solamente puede obtenerse del método literal, sino también del estudio del proceso de formación de la norma, pues tal artículo es expresamente citado para la defensa de una enmienda *in voce* en el debate de la Comisión de Justicia e Interior, la cual, a su vez, sería posteriormente aceptada. En cualquier caso, ya diferenciamos entre el contenido de uno y otro artículo; el artículo 1088 CCesp enlista las obligaciones mientras que el artículo 112 CPesp enumera aquellas obligaciones que pueden seleccionarse para reparar el daño causado, las cuales, de acuerdo con el propio artículo, parecen ser todas. La literalidad en la referencia a las mencionadas obligaciones es, no obstante, prácticamente idéntica. Por otra parte, ya señalábamos que el uso de la expresión “*podrá consistir en obligaciones de...*” daba a entender que era posible seleccionar varias prestaciones reparadoras. Nuevamente, volvemos a acentuar tal posibilidad desde el punto de vista lógico-conceptual. En este caso, la facultad de imponer varias obligaciones también viene otorgada por la obligación de reparar el daño, es decir, que si se entiende la obligación como contrapartida destinada a tal fin, dependiendo pues de los caracteres de este daño, es posible admitir esta tesis. Igualmente, también nos preguntábamos si las tres obligaciones enumeradas configuraban una lista cerrada o si, por el contrario, cabe añadir otro tipo de obligación. Al respecto señalábamos que el artículo resultaba, ya de por sí, considerablemente amplio,

por lo que prácticamente cualquier forma de obligación civil parece ser reconducible al extenso margen que nuestro artículo permite.

En este orden de cosas, son tres obligaciones las que vertebran el contenido del artículo 112 CPesp: las obligaciones de dar, de hacer y de no hacer. Todas ellas aparecen enunciadas con un carácter genérico y ciertamente abstracto, o lo que es lo mismo, no indican con ninguna precisión cómo deben entenderse. Por ello, ya en lo que respecta a las obligaciones de dar, no se especifican las posibilidades relativas al objeto concreto de la mencionada obligación. Es decir, que no se indica ni qué se puede ni qué se debe dar para entender la obligación satisfecha. En este sentido, ROIG TORRES considera que cabe considerar la indemnización e incluso la restitución como formas de reparación, teniendo en cuenta la amplitud que parece permitir el artículo. Así, en el caso de la indemnización, hablaríamos de una reparación pecuniaria, la cual consistirá siempre en un pago económico y procedería ante cualquier tipo de daño al haber desaparecido la anterior regulación limitada a la reparación de las cosas. La autora entiende que, si el legislador no ha otorgado un significado particular a la reparación pecuniaria, como hizo en los Códigos Penales anteriores, es posible defender que la opción de dar en la reparación puede comprender todos los casos de responsabilidad civil que consistan en un pago económico. De otro lado, la autora también considera que es posible admitir la restitución como forma de reparación. Según su punto de vista, ésta consistiría en dar un bien concreto, el mismo del que se privó a su poseedor legítimo a través del delito.<sup>164</sup> Por su parte, y en línea con lo expuesto anteriormente acerca de la idoneidad de la obligación para reparar el daño, CONDE-PUMPIDO TOURÓN indicó que en este tipo de obligaciones debe considerarse que al perjudicado se le debe situar en la misma posición que ostentaba cuando se cometió la infracción. Entiende que, particularmente, se debe prestar atención al valor de reposición en el precio de afección – aunque, en efecto, tal cuestión no aparece indicada en el precepto.<sup>165</sup>

En segundo lugar, y en lo que respecta a las obligaciones de hacer, éstas se presentan mucho más problemáticas que las de dar, especialmente aquellas pecuniarias. De nuevo, no se indica qué es lo que hay que hacer exactamente para reparar el daño. Sin embargo, es importante remarcar una vez más su carácter prestacional y compensatorio, o lo que es lo mismo, que esta obligación consistiría en realizar un comportamiento positivo idóneo para reparar el daño. Ciertamente, desde el punto de vista conceptual, estamos ante una obligación incluso más difusa que la obligación de dar, la cual, ya de por sí, observábamos que era considerablemente abstracta. Por ello, entendemos que resulta más apropiado estudiar esta obligación, sobre todo, desde el punto de vista sistemático, conectándola con otros preceptos del ordenamiento. A continuación, en cuanto a las obligaciones de no hacer, su inclusión en el catálogo de prestaciones reparadoras parece, cuanto menos, desconcertante. Ya hemos referido en varias ocasiones que la redacción del artículo 112 CPesp evoca a la del 1088 CCesp, con una importante diferencia. Este segundo artículo enlista las posibles obligaciones civiles, mientras que el primero hace referencia a las obligaciones que pueden imponerse para reparar el daño. Así pues, resulta difícil admitir

---

<sup>164</sup> ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos*, pp. 179-180.

<sup>165</sup> CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., “Artículo 112”, p. 369.

que una obligación de no hacer pueda verdaderamente resarcir este daño. Como mucho, podría aceptarse que tal omisión impediría que el daño siguiera ocasionándose, sobre todo en casos de daños permanentes o continuados. Por otra parte, bien podría también entenderse que la obligación de no hacer se encuentra encaminada a prevenir daños futuros. No obstante, aun en el caso de que el daño haya remitido, éste seguiría estando presente. En el supuesto de daños permanentes o continuados, al dejar de realizarse el comportamiento que venía ocasionando el daño, se impide que éste continúe materializándose, pero, en cualquier caso, sigue estando sin resarcir. En tal sentido, nos resulta evidente que la reparación del daño se realiza a través de un comportamiento activo o positivo, es decir, necesariamente a través de una acción consistente en hacer o dar, con independencia de la modalidad de resarcimiento que finalmente se adopte. En otras palabras, que la obligación de no hacer no sólo no resarce, sino que, si acaso, podría llegar a imponerse junto a una obligación verdaderamente resarcitoria para evitar que el daño (o su riesgo de materialización) siga produciéndose. Como venimos señalando, esta obligación nunca sería capaz de reparar el daño por sí sola. De forma similar puede argumentarse respecto a la imposición de la obligación de no hacer en cuanto a medida encaminada a prevenir daños futuros. Si no ha acontecido ningún daño, no nacerá la obligación de repararlo y, si ha nacido pero se pretende impedir la causación de otro, éste primero no se entenderá resarcido hasta que se realice un comportamiento reparatorio. Es por esta razón por la que algunos autores consideran que, en realidad, es imposible admitir que la obligación de no hacer ostente, por sí sola, carácter reparatorio o compensatorio respecto al daño efectivamente causado. Si acaso, entienden que podría defenderse su inclusión como medida accesoria además de la reparación.<sup>166</sup> Con estos argumentos, autores como YZQUIERDO TOLSADA han afirmado que este tipo de medidas ni siquiera formarían parte del campo de la responsabilidad civil en sentido estricto.<sup>167</sup> No obstante, otros autores como ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL entienden que la reparación puede consistir también en la destrucción del objeto dañoso, o bien en la obligación de evitar que en el futuro se sigan produciendo daños. En este último caso, exponen las autoras, si se admitiese que el resarcimiento aparece limitado a la indemnización de los daños pasados, se entraría en una contradicción, pues los daños seguirían produciéndose, dando lugar a nuevas indemnizaciones.<sup>168</sup>

En el fondo, la postura a adoptar respecto a la cuestión de si las obligaciones de no hacer forman parte del concepto de resarcimiento, reparación o, incluso, de responsabilidad civil depende efectivamente de la amplitud del concepto de reparación, resarcimiento o

---

<sup>166</sup> En este sentido, por los civilistas, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, p. 648. Entre los penalistas, QUINTERO OLIVARES, G. y TAMARIT SUMALLA, J. M., “Capítulo I – De la responsabilidad civil”, p. 606-607, ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos*, p. 181 y ALASTUEY DOBÓN, M<sup>a</sup> C., “Consecuencias jurídicas no penales”, pp. 239-240.

<sup>167</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, p. 648. Con anterioridad, *Id.*, *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, p. 107. También en esta línea parece encontrarse ALASTUEY DOBÓN, M<sup>a</sup> C., “Consecuencias jurídicas no penales”, pp. 608-609.

<sup>168</sup> ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, p. 249. También en esta línea, LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, t. 2, vol 2, p. 484 y, especialmente, en sede de responsabilidad civil *ex delicto*, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M<sup>a</sup> B., *La reparación del daño ex delicto*, pp. 125-126

responsabilidad civil que se adopte.<sup>169</sup> Son ciertas, sin lugar a duda, las declaraciones del segundo grupo de autores según las cuales, si no se elimina la fuente de los daños causados, éstos se seguirían produciendo. No obstante, desde nuestro punto de vista, creemos que manejar un concepto estricto de reparación resulta más riguroso desde el punto de vista técnico, entendiendo por reparación, simplemente, la compensación de los menoscabos ocasionados. Sin embargo, ello no impide que en ciertos casos, además de imponer la obligación de reparar los daños, se acuerde tanto la remoción de la fuente del daño como una serie de medidas encaminadas a la prevención de daños futuros o continuación de los daños presentes. Por tanto, a nuestro modo de ver, las obligaciones que no resulten reparatorias *per se* desde un estricto punto de vista técnico, habrán de situarse fuera del concepto de reparación y/o responsabilidad civil, las cuales, insistimos, será oportuno imponer en determinadas ocasiones. En consecuencia, y siempre desde nuestro punto de vista, la obligación de no hacer prevista en el artículo 112 CPesp se encaminaría, más bien, dentro del ámbito de las acciones de tipo inhibitorio, cesatorio o preventivo. En este sentido, ROIG TORRES ha considerado la posibilidad de que, al incluir la referencia a las obligaciones de no hacer, tal vez el legislador estuviese pensando en medidas de tipo cautelar, dirigidas al cese inmediato de la actividad, como las previstas en el artículo 9.2 LO 1/1982.<sup>170</sup> Lamentablemente, por nuestra parte, no hemos podido verificar ni rechazar de forma clara tal planteamiento a través del estudio del proceso de formación de la norma. No obstante, nos resulta evidente que la obligación de no hacer no reviste carácter resarcitorio, por lo que, si se dan los presupuestos para el nacimiento de la obligación de reparar, esta obligación podría imponerse como medida accesoria junto con la reparación propiamente dicha.<sup>171</sup> En esta línea, resultan interesantes las observaciones de PACHECO GUEVARA, quien considera que, precisamente por el carácter personalísimo de la obligación de no hacer, resulta difícil concebir que esta obligación pudiera ser asumida por otra persona.<sup>172</sup> Efectivamente, si la obligación consiste en abstenerse de realizar un comportamiento, ya sea porque ha venido ocasionando un daño o porque puede llegar a ocasionarlo, no tiene mucho sentido que ésta fuese transmisible a otra persona que no fuese el obligado en contraste con la obligación reparadora que, como veíamos, es transmisible. De cualquier forma, nos parece un argumento que *a priori* bien podría ayudarnos a excluir esta obligación del concepto de reparación y, por ende, del ámbito propio de la responsabilidad civil. Sin embargo, quizás la cuestión del sujeto obligado a esta prestación sea una problemática que pudiera resolverse de manera más difusa en el siguiente apartado.

Por nuestra parte, pasaremos ahora a realizar algunos comentarios propios acerca de las mencionadas obligaciones. En primer lugar, cabe hacer valer ante todo que, como ya LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA defendiera su necesidad,<sup>173</sup> el artículo 112 CPesp

---

<sup>169</sup> Igualmente, es posible extender esta cuestión a algunas obligaciones de hacer que se imponen con el objeto de prevenir nuevos daños, ya sea destruyendo el objeto dañoso o impidiendo que en el futuro se sigan produciendo daños.

<sup>170</sup> ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos*, p. 181.

<sup>171</sup> De esta opinión, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, p. 648.

<sup>172</sup> PACHECO GUEVARA, A., “Artículo 112”, p. 265.

<sup>173</sup> LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, p. 18.

parece facultar a los Tribunales penales para imponer cuantas medidas civiles sean necesarias para lograr la reparación de los daños y la restauración del orden jurídico privado. En este orden de cosas, coincidimos con la posición de ROIG TORRES acerca de la obligación de dar, es decir, que cabe considerar la indemnización y la restitución como formas de reparación bajo este tipo concreto de obligación, dada la amplitud que parece permitir el artículo. Por otro lado, también es posible encajar prácticamente cualquier prestación positiva, que no consista en dar, bajo la obligación de hacer. No obstante, conviene recordar, nuevamente, que hemos entendido procedente desarrollar los contenidos de esta obligación a partir del empleo del método sistemático. Finalmente, debemos adherirnos a las críticas doctrinales realizadas sobre la obligación de no hacer y su pretendido carácter reparatorio. En efecto, resulta difícil poder admitir que esta obligación pueda reparar por sí sola el daño causado. Si acaso, podría defenderse su inclusión en el catálogo de medidas como prestación accesoria junto a la reparación efectiva a través de una obligación de dar o de hacer. Sin embargo, como bien se ha indicado, esta obligación no tiene carácter resarcitorio o reparatorio, por lo que, de acuerdo con YZQUIERDO TOLSADA, ni siquiera forma parte del campo de la responsabilidad civil en sentido estricto, a pesar de que su imposición sea necesaria en determinadas ocasiones. En este sentido, como referíamos, consideramos que esta obligación se enmarcaría, en puridad, dentro de las acciones de tipo inhibitorio, cesatorio o preventivo.

A pesar de lo expuesto en el párrafo anterior, no compartimos la conjetura de ROIG TORRES en cuanto a que en este caso quizás el legislador estuviese pensando en medidas de tipo cautelar dirigidas al cese inmediato de la actividad, como las previstas en el artículo 9.2 LO 1/1982. Ciertamente, ya reflejábamos que no se ha podido verificar ni rechazar tal hipótesis a través del estudio del proceso de formación de la norma. Al contrario, nuestra posición sobre este punto de vista se basa, por un lado, en la extraordinaria amplitud que permite el citado artículo 9.2 LO 1/1982.<sup>174</sup> A pesar de que se trata de una referencia normativa de muy extensa redacción y contenidos, el cual permite, literalmente, “*la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate*”, estimamos que seguramente la autora alude al último inciso del precepto, referido precisamente a la tutela cautelar. Por nuestra parte, nosotros entendemos por medida cautelar aquella impuesta por la autoridad judicial con la finalidad de evitar cualquier riesgo que pueda poner en peligro los derechos e intereses que corresponde dilucidar en el propio proceso judicial. En este sentido, ya la propia estructura de la norma *ex delicto* impide que la obligación de no hacer sea considerada

---

<sup>174</sup> Vid. art. 9.2 LO 1/1982: “*La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y, en particular, las necesarias para: a) El restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior. En caso de intromisión en el derecho al honor, el restablecimiento del derecho violado incluirá, sin perjuicio del derecho de réplica por el procedimiento legalmente previsto, la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida. b) Prevenir intromisiones inminentes o ulteriores. c) La indemnización de los daños y perjuicios causados. d) La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos. Estas medidas se entenderán sin perjuicio de la tutela cautelar necesaria para asegurar su efectividad.*”

como medida cautelar, debido a que, si el daño es presupuesto para el nacimiento, es necesario verificar éste para que surja la obligación civil. Por tanto, si se constata la existencia del daño, aun pretendiendo evitar que se cause otro del mismo tipo o que éste continúe causándose, ya no nos encontramos en sede cautelar. Para acudir a las medidas cautelares propiamente dichas con la finalidad de garantizar la constatación o satisfacción de la responsabilidad civil, habría que acudir a las correspondientes normas procesales, no a las normas de Derecho sustantivo. Igualmente, desde el punto de vista sistemático, la obligación de no hacer como medida cautelar no se ubicaría en un precepto que desarrolle los contenidos de la obligación civil *ex delicto*, sino en otro lugar. Por su parte, el artículo 9 LO 1/1982 se ubica en un texto legislativo que brinda protección civil a una serie de Derechos Fundamentales y, en lo que se refiere a sus previsiones concretas, sus apartados 1 y 2 proceden a enumerar todas las medidas judiciales que caben frente a las vulneraciones constatadas, incluyéndose aquellas de tipo cautelar. En lo que respecta al artículo 112 CPesp, éste no es el caso sencillamente. Aquí se desarrolla cómo se repara el daño causado dentro del marco de la responsabilidad civil *ex delicto*. Finalmente, creemos que, de tratarse efectivamente de una medida cautelar, el precepto se expresaría en otros términos, más en línea con la redacción del referido artículo 9.2 LO 1/1982. Por todo ello, y considerando especialmente que la obligación de no hacer no contribuye a reparar el daño a pesar de estar prevista en el artículo 112 CPesp, la tesis de que esta prestación es una medida complementaria sigue siendo la más razonable desde nuestro punto de vista.

Por otra parte, también deberían atenderse las declaraciones expuestas por CONDEPUMPIDO TOURÓN, en el sentido de que el cumplimiento de la obligación que se imponga debe situar al perjudicado en la misma posición que ostentaba cuando se cometió la infracción, es decir, que la obligación de hacer debe revestir carácter reparatorio. Esta posición se concreta en que, independientemente de la prestación que se elija imponer, siempre debe tenerse en cuenta que el objetivo fundamental de ésta(s) es resarcir, equilibrar o compensar por completo el menoscabo sufrido.

#### 1.4. El culpable

##### A. Generalidades acerca de la controvertida mención

La expresa mención al culpable es, sin duda, el aspecto más novedoso (y controvertido) del artículo 112 CPesp. A él se le hacen dos menciones expresas en el referido precepto, por un lado, como sujeto obligado a realizar la obligación que reparará el daño y, por otro lado, a sus condiciones personales y patrimoniales como uno de los dos parámetros a tener en cuenta al establecer tal prestación. En cualquier caso, antes de pasar al análisis de ambos extremos, dedicaremos unas líneas a reflexionar sobre esta misteriosa mención al culpable desde el punto de vista lógico-conceptual.

En esta línea, técnicamente, el culpable sería quien incurre en culpa, ya sea penal o civil. De acuerdo con lo que decíamos *supra*, seguramente la referencia al culpable no sea la más acertada desde el punto de vista civil, ya que cabe el nacimiento de esta responsabilidad aun sin culpa, a pesar de que éste es el principal criterio de imputación.

En cambio, desde el Derecho penal es impensable la responsabilidad sin culpa. Si acaso, podría llegar a defenderse en supuestos concretos de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Igualmente, desde la óptica de la responsabilidad civil *ex delicto*, considerando particularmente nuestro punto de vista sobre la problemática del nacimiento, tampoco tendría sentido la mención al culpable ya que, como veíamos, la norma exige, en primer lugar, la ejecución del ilícito penal sin necesidad de que concurren los elementos del tipo subjetivo y, en segundo lugar, la constatación del ilícito civil. Por tanto, tampoco aquí sería técnicamente correcto hablar del culpable. Téngase en cuenta que, más allá de los artículos incluidos en el Capítulo II del Título V del Libro Primero del Código Penal (arts. 116-122 CPesp), los cuales obligan civilmente a otras personas más allá del culpable, ya una de las normas generales del modelo de responsabilidad civil *ex delicto*, concretamente el artículo 111 CPesp, obliga a responder al poseedor del bien, quien, como veíamos, no tiene porqué coincidir con el culpable penal o civil.

En este orden de cosas, dos son las opciones posibles. En primer lugar, podría pensarse que la referencia al culpable es completamente errónea, ya que si se sitúa la reparación como consecuencia jurídica privada del delito, lo lógico sería hablar del responsable civil al igual que en otros preceptos.<sup>175</sup> En segundo lugar, podría considerarse que la mención al culpable se encuentra, de alguna manera, vinculada a la responsabilidad penal, de tal forma que éste sería el único obligado a reparar de acuerdo con esta modalidad. Esta posición explicaría, entre otras cosas, la ulterior referencia a las condiciones personales y patrimoniales de éste, lo cual efectivamente configuraría un planteamiento “*punitivizado*” de la reparación, tal y como decíamos en el apartado del método literal y en consonancia con el contexto histórico-jurídico que rodeó a la promulgación de la norma. Del mismo modo, esta última aproximación situaría la interpretación del precepto en línea con las referencias al culpable y a la reparación ubicada en otros preceptos propiamente penales, como por ejemplo la atenuante de reparación del daño.<sup>176</sup> No obstante, y en esta misma línea, es cierto que no se hace mención al culpable en otros preceptos penales en los que se le otorga relevancia jurídico-penal a la reparación. Por ejemplo, los artículos 80 y 86.1 d) CPes; 72.5 y 6 LOGP; y 90 CPesp (respectivamente, en sede de suspensión de la pena, obtención del tercer y cuarto grado) no hacen referencia al culpable, sino al penado. Ciertamente, en estos últimos ámbitos resulta más apropiado hablar de penado que de culpable, ya que en todos ellos nos encontramos ante una pena ya determinada e impuesta al sujeto que, o bien se pretende suspender, o bien se está ejecutando. Por tanto, y en cualquier caso, la mención al culpable así como sus condiciones personales y patrimoniales parece ser, al menos desde el exclusivo punto de vista lógico-conceptual,

---

<sup>175</sup> Por todos, mostrando su preocupación por la “*poco tranquilizadora confusión entre la responsabilidad penal y civil*” al hacer mención el artículo 112 CPesp al culpable, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, p. 591. También, entre los civilistas, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, p. 104.

<sup>176</sup> Vid. art. 21. 5º CPesp “*Son circunstancias atenuantes: (...) 5.ª La de 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*”. Se trata, además, de una mención que se lleva realizando en esta sede desde el Código Penal de 1963 – vid. los arts. 9. 9ª CP 1963 y 9.9 1973. Anteriormente, vid. los arts. 9. 8º CP 1932 y Art. 64. 8º CP 1928, los cuales, aunque incluyeron por primera vez esta atenuante en nuestro ordenamiento, omitieron por completo la mención al sujeto.

algo más relacionado con la aproximación penal que con la privada. De esta forma, en este apartado desarrollaremos esta posición punitivista mientras que en el siguiente apartado, el sistemático, ampliaremos la posición iusprivatista. Así, tendremos ocasión de contrastar difusamente ambas posiciones y los resultados que se obtendrían de la aplicación de uno y otro método hermenéutico.

B. El concepto de culpable como sujeto obligado a la reparación del daño.

a) Aproximación al nuevo planteamiento. Especial referencia a la reformulación de la problemática del nacimiento

Como decíamos anteriormente en el método literal y aquí nuevamente subrayamos, parece que el artículo 112 CPesp impone directamente que sea el culpable quien repare el daño. En tal sentido, el final del mencionado precepto es tajante “(...) *determinando si han de ser cumplidas por él mismo – el culpable – o pueden ser ejecutadas a su costa*”. No hay ninguna referencia a la posibilidad de que haya algún otro responsable civil subsidiario o directo. Por esta razón, y de acuerdo con el procedimiento hermenéutico propio del método lógico-conceptual, sería el propio culpable el único sujeto obligado a la reparación del daño. Igualmente, decíamos en el párrafo anterior que el empleo del concepto de culpable, así como la referencia a sus condiciones personales y patrimoniales, evidencian que el legislador ha realizado una aproximación al precepto más vinculada a la responsabilidad penal que a la civil. Así lo han puesto de manifiesto múltiples autores de una forma más o menos expresa. De entre todos ellos, LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN han indicado:

*“(...) no resulta tranquilizadora la posibilidad de que se imponga al culpable (obsérvese que no se dice “el responsable civil”) la obligación de cumplirlas personalmente, incluso aunque pueda hacerlas ejecutar a su costa, lo que tiende a proporcionar a la reparación ese contenido punitivo antes que restaurador de la situación anterior.”*<sup>177</sup>

También en esta línea, YZQUIERDO TOLSADA indicaría, con motivo de esta última referencia bibliográfica:

*“A mi juicio, la cita no delata la otra cara del problema, pues no sé qué es peor, que el legislador pretenda privatizar el Derecho penal o que quiera penalizar el Derecho civil, configurando la responsabilidad por daños como un instrumento de auténtica política criminal y hasta como una especie de pena alternativa. Tal vez si se nos dijera a las claras nos ahorraríamos no pocas cavilaciones.”*<sup>178</sup>

Por lo expuesto, resulta claro que los autores citados ponen de manifiesto su disconformidad con el importante giro que realiza el legislador hacia la punitivización de la reparación del daño como modalidad de la responsabilidad civil *ex delicto*. También resulta claro que el principal elemento de punitivización es, fundamentalmente, la

---

<sup>177</sup> LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M., *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, p. 78.

<sup>178</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, p. 104-105.



referencia al culpable como único sujeto obligado a la prestación y, en segundo lugar, la necesidad de tener en cuenta sus condiciones personales y patrimoniales a la hora de imponerle la obligación civil. En este sentido, admitiendo y desarrollando la deriva punitivista del artículo, ¿en qué o quién se concreta exactamente la referencia al culpable? Desde nuestro punto de vista, dos serían las opciones posibles de acuerdo con el método lógico-conceptual. Por un lado, el culpable sería aquella persona con capacidad de culpa penal, es decir, aquél sujeto que reúne los requisitos para ser penalmente imputable. Por otro lado, el culpable sería, simplemente, aquel sujeto penalmente responsable por la comisión de un delito. Como puede verse, la primera postura se encontraría únicamente vinculada al requisito de la culpabilidad penal, mientras que la segunda estaría relacionada con la responsabilidad penal propiamente dicha. Es decir, que, de acuerdo con esta segunda tesis, para obligar al sujeto a reparar el daño de conformidad con lo prescrito en el artículo 112 CPesp, sería necesaria la concurrencia de todos los elementos propios de la teoría del delito. Por nuestra parte, creemos que la segunda opción otorgaría mayor consistencia a la lectura lógico-conceptual del artículo, por varias razones. En primer lugar, no debe perderse de vista la ubicación del precepto. Se trata de un artículo que se encuentra dentro del marco de las consecuencias jurídicas del delito. En esta línea, además, hay que tener en cuenta la estructura de la norma civil *ex delicto*. Así pues, resulta innegable que la responsabilidad civil *ex delicto* surge efectivamente del daño causado y, de hecho, así lo recoge el precepto de nuestro interés. No obstante, es necesario apreciar la concurrencia de un requisito previo, esto es, de acuerdo con lo que señalábamos en el capítulo anterior, que debe obligatoriamente constatarse en primer lugar la ejecución de un ilícito penal. De esta forma, dos son los elementos a tener en cuenta en esta aproximación, por un lado, que la reparación como modalidad de la responsabilidad civil *ex delicto* es, ante todo, una consecuencia jurídica del delito y, por otro, que la estructura básica del nacimiento exige la concurrencia de un ilícito penal y, posteriormente, un ilícito civil.

En este orden de cosas, y teniendo bien presentes los dos elementos señalados, debe tenerse en cuenta el evidente giro punitivo que realiza el legislador. Por ello, esta nueva aproximación sólo podría materializarse en el primero de los dos planos del supuesto de hecho, es decir, en el plano penal. De esta forma, la modalidad de reparación requeriría, por un lado, un culpable en el plano penal y, por otro lado, un ilícito civil, integrado, ante todo, por un daño civilmente imputable a este primer sujeto. Así, conseguiría otorgarse a la reparación el contenido punitivo tan ampliamente criticado. Pero, nuevamente, ¿por qué hace falta un culpable entendido como una persona penalmente responsable de los hechos y no, simplemente, como un sujeto penalmente imputable? Sería, desde nuestro punto de vista, y siempre desde la óptica lógico-conceptual, una pregunta verdaderamente compleja. Sin embargo, podría contestarse basándonos en dos argumentos que, a nuestro juicio, revestirían la suficiente solidez como para decantarnos en este sentido. Estos argumentos son, por un lado, todas las novedades incluidas exclusivamente en esta modalidad (en contraste con una revisión del resto de modalidades) y, por otro lado, el tratamiento lógico-conceptual del término “culpable” a lo largo del Código Penal.

Respecto al primer argumento, si no se parte de que el legislador pretende considerar al sujeto penalmente responsable, a nuestro juicio, simplemente, no tendría sentido el giro punitivo que se realiza en exclusiva sede de reparación frente al resto de modalidades de la responsabilidad civil *ex delicto*. Seguramente, con anterioridad a la aprobación del Código Penal de 1995, sí podría llegar a tener sentido que la reparación y la indemnización tuvieran unos presupuestos y contenidos similares – recordemos, uno limitado a los menoscabos ocasionados a la “cosa” y otro a la persona, cuestión que haría que, ya desde su primera formulación, algunos autores decimonónicos entendieran innecesaria dicha distinción. Sin embargo, con el Código Penal de 1995, se replantean claramente los términos de la reparación: ya ésta no se encuentra suscrita a la cosa, ya no consiste únicamente en un pago pecuniario y, sobre todo, ahora la reparación aparece limitada no sólo por el daño, sino por el culpable y sus condiciones personales y patrimoniales. Además, se añade la referencia expresa a que sea este último quien personalmente se haga cargo de esta reparación. Todo ello, como decimos, en directo contraste con la indemnización, que sigue presentando el mismo planteamiento. Igualmente, como desarrollaremos *infra* en este apartado lógico-conceptual, este artículo introduce en el ordenamiento el llamado principio de reparación en la medida de la propia capacidad, resultando en un replanteamiento penal del principio de reparación integral del daño. En consecuencia, si efectivamente se considera la aproximación penal que realiza el precepto, es necesario partir de un análisis y de unos requisitos directamente vinculados a la responsabilidad penal, máxime si sólo el culpable va a responder y si se van a tener en cuenta sus condiciones personales y patrimoniales para imponerle una prestación reparatoria que, además, resultará respetuosa con el citado principio de reparación en la medida de la propia capacidad. Por tanto, y teniendo en cuenta el giro punitivo evidenciado en estos elementos de juicio ¿qué impide exactamente que la reparación, igual que la restitución, tenga unos presupuestos para el nacimiento (así como unos contenidos concretos) bien diferenciados de la indemnización? Son, como decíamos en el apartado literal, tres instituciones bien diferenciadas, a pesar de presentarse dentro de un modelo pretendidamente cohesionado. Por nuestra parte, ya hemos expuesto cómo nos resulta innegable la influencia del AE-WGM en el Código Penal de 1995 y, especialmente, en la reformulación de la modalidad de reparación del artículo 112 CPesp. Así, y en congruencia con todo lo expuesto, no encontramos otra posible explicación a las siguientes incógnitas (o, desde luego, no puede encontrarse satisfactoria respuesta a las mismas a través de un planteamiento de la cuestión en términos tradicionalistas): ¿por qué se rompe con el modelo clásico de reparación del daño? ¿por qué se abre tanto el abanico de posibilidades para reparar el daño? ¿por qué se incluye la referencia no sólo al culpable, sino también a sus condiciones personales y patrimoniales? ¿por qué deben tomarse en cuenta tales condiciones para determinar la prestación reparadora? y, finalmente, ¿por qué hay un mandato categórico a que sea éste único sujeto quien deba reparar el daño? A nuestro modo de ver, *sic et simpliciter*, ninguna de estas incógnitas tendría sentido si no se admite el evidente giro punitivo, el cual se concretaría, precisamente para garantizar este carácter punitivo, en la necesidad de un sujeto ya penalmente responsable.

Por otro lado, esta necesidad también se deduce del segundo argumento, que no es otro que el tratamiento lógico-conceptual del término “culpable” a lo largo del Código Penal. Anteriormente en este mismo capítulo, concretamente en la parte referida al método literal, indicábamos que se trata de un término que se emplea con frecuencia en parte general, parte especial y en consecuencias jurídicas del delito junto con términos tales como autor y delincuente. Por tanto, y en congruencia con el primero de nuestros argumentos, no se trata de un término que deba interpretarse en un sentido estrictamente dogmático, sino más bien, en un sentido político-criminal amplio, entendiéndose tal referencia como una persona ya declarada penalmente responsable por la comisión de un delito.

Por todo lo expuesto, concluimos que a través del empleo del método lógico conceptual nos posicionamos a favor de la segunda de las tesis expuestas, es decir, que la mención al culpable del artículo 112 CPesp debe entenderse como la necesidad de constatación previa de un sujeto penalmente responsable por la comisión de un delito. A ello, naturalmente, habría de añadirse el segundo de los requisitos del supuesto de hecho, la constatación de los elementos del ilícito civil. Esta postura se basa, como decíamos, en dos argumentos. Por un lado, en un argumento de tipo apagógico o *ad absurdum*, a través del cual rechazamos como razonable la otra tesis, precisamente, por la incongruencia en las consecuencias derivadas de su aceptación. En este sentido, exponíamos que la tesis del culpable como sujeto penalmente imputable no sería capaz de explicar la novedosa revisión del artículo. Por otro lado, el segundo de los argumentos es una mezcla entre el tipo lógico-conceptual y el sistemático que se basa en una interpretación de los contenidos del artículo 112 CPesp en consonancia con el resto de preceptos del Código Penal. Así pues, hemos podido comprobar como este texto legal emplea de forma indiferente nociones tales como “delincuente”, “autor” y “culpable” en varias partes del mismo haciendo referencia, simplemente, a aquél sujeto penalmente responsable por la comisión de un delito.

- b) Las consecuencias jurídicas de la tesis del culpable como único obligado a la reparación del daño

Expuesto nuestro punto de vista lógico-conceptual sobre la problemática del culpable en el artículo 112 CPesp, debemos hacer valer ante todo la evidencia de que desde el método sistemático se puede llegar a desmontar este planteamiento, cuestión sobre la que nos adentraremos en el apartado siguiente. Sin embargo, habría que seguir explicando el porqué de las incógnitas señaladas en el párrafo anterior, particularmente, la justificación del replanteamiento de la institución, sus marcadas diferencias respecto a la restitución y a la indemnización (las cuales, recuérdese, bien pueden llegar a formar parte del contenido de la reparación) y, ante todo, qué necesidad hay de volver a acercar las responsabilidades penal y civil. Desde nuestro punto de vista, como hemos expuesto en varias ocasiones, la influencia del AE-WGM en el proceso de formación del Código Penal de 1995 resulta evidente no sólo en la promoción de instrumentos reparatorios como consecuencia jurídica alternativa o paralela a la pena, sino también en la conceptualización de la reparación como consecuencia jurídica en sí. En este sentido, nos resulta realmente

sorprendente el hecho de que, a pesar de la evidente punitivización, no se termine de abandonar por completo la concepción civilística en la aproximación conceptual, la cual se refleja claramente en la expresa referencia al daño y a la obligación en el texto de nuestro artículo. Todo ello sin necesidad de mencionar la ubicación sistemática de la novedosa modalidad de la reparación en sede de responsabilidad civil *ex delicto*. Así pues, y en esta línea, ¿se trata claramente de un desacierto en fondo y en forma por parte del legislador? Muy probablemente sí, pero sobre ello volveremos más tarde, en el apartado final de este capítulo. Por otro lado, también debemos poner de manifiesto que este nuevo planteamiento recuerda a la vieja (y criticable) fórmula del Código Penal español: “*Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente*”. Sin embargo, la aproximación no es exactamente la misma. Lo cierto es que ambas fórmulas sí tienen el mismo punto de partida, la persona penalmente responsable, pero a partir de ahí empiezan las diferencias. Por un lado, la vieja fórmula le atribuye a este sujeto la responsabilidad civil de forma prácticamente consecencial, mientras que en el nuevo planteamiento del artículo 112 CPesp se exigiría además la concurrencia del ilícito civil. Aunque no viene señalado de forma expresa en nuestro artículo, ello se deduciría de la obligación de reparar el daño causado, lo cual únicamente surgiría con la constatación de un posterior ilícito civil.

En este orden de cosas, hemos resaltado que la mención al culpable en el artículo 112 CPesp tiene dos consecuencias jurídicas directas, por un lado, la necesidad de que se constate la existencia de un sujeto penalmente responsable por la comisión de un delito y, por otro lado, la obligatoriedad de que sea precisamente este sujeto quien repare. Ya en este último sentido hemos hecho mención al categórico final del artículo 112 CPesp: “*(...) determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa*”. Así, merece especial atención dedicar unas líneas a profundizar en esta cuestión de la obligatoriedad en el cumplimiento por parte del culpable. La primera cosa que resalta a la vista es que se ofrecen dos posibilidades: de una parte, que sea el culpable quien efectivamente realice la prestación reparatoria y, de otra, que ésta pueda ser ejecutada a su costa. ¿Cuándo debería elegirse una u otra opción? Desde nuestro punto de vista, la regla general sería, efectivamente, que la prestación fuese realizada por el propio culpable. Sin embargo, se ofrece la posibilidad de permitir que las obligaciones impuestas sean ejecutadas a costa de éste, lo cual resultaría particularmente conveniente en aquellos casos en los que la ejecución de propia mano deviniese imposible, por motivos de carácter material, técnico o personal. Al contrario, en estos casos sería razonable que se otorgue la posibilidad de reparar a su costa para garantizar el resarcimiento. Así pues, algunos autores consideran que, para poder conceder tal posibilidad, serán los factores personales concurrentes en cada caso los que decantarán la decisión del órgano judicial en uno u otro sentido.<sup>179</sup> De cualquier forma, conviene recordar que el artículo 112 CPesp no prevé la imposición al Juez o Tribunal de declarar que el culpable ejecute o que se ejecute a su costa, sino que establece el deber judicial de determinar si es el propio culpable quien tiene que cumplir personalmente con las obligaciones impuestas o, por el contrario,

---

<sup>179</sup> De esta opinión, PACHECO GUEVARA, A., “Artículo 112”, p. 265. De forma similar, ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., “Artículo 112”, pp. 1406-1407.

permite la posibilidad de que tales obligaciones se ejecuten a su costa. O lo que es lo mismo, y dicho en otras palabras, el artículo señala que el juez debe indicar si es el propio culpable quien debe ejecutar de propia mano las obligaciones que se le han impuesto, o bien, autoriza que tales obligaciones sean ejecutadas a su costa. En este sentido, en lo que respecta a la elección de tal posibilidad, quizás sería razonable otorgar algún protagonismo al propio culpable y al perjudicado, sin embargo, no parece poder extraerse nada acerca de esta cuestión a partir del método lógico-conceptual.

También en esta línea, es posible que el culpable no acepte de ninguna forma reparar el daño, ni a través de una u otra prestación. ¿Cabría en este caso constreñirle a repararlo? Sorprendentemente, la respuesta a esta pregunta dependería de la obligación impuesta. Ante todo, cabe recordar la expresa prohibición de los trabajos forzosos que recoge el artículo 25.2 CE y que incorpora el artículo 49 CPesp, relativo a los trabajos en beneficio de la comunidad, al exigir el consentimiento de la persona condenada. Por tanto, no cabe obligar al culpable a realizar las prestaciones en contra de su voluntad. Sin embargo, esto sólo parece poder predicarse respecto a las obligaciones consistentes en hacer. Es por esta razón por la que siempre se admite la ejecución por un tercero a costa del deudor y/o su conversión en una prestación económica, de acuerdo con los artículos 1098 CCesp y 706.1 LEC.<sup>180</sup> No obstante, en el caso de tratarse de una obligación personalísima, el acreedor no puede ser compelido a recibirla de una persona distinta,<sup>181</sup> por lo que, en caso de que el culpable se niegue a ejecutar, el artículo 709.1 LEC permite que el ejecutante elija entre el equivalente pecuniario de la prestación o solicitar que se apremie al ejecutado con una multa por cada mes que transcurra sin que se haya realizado la prestación. Finalmente, en lo que respecta a las condenas de no hacer, si el culpable las realizase, de acuerdo con el primer párrafo del artículo 710.1 LEC cabría estudiar la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios así como el apercibimiento a la autoridad judicial de haber incurrido en el delito correspondiente. El segundo párrafo del mismo artículo impone proceder de la misma forma tantas veces como se incumpla la condena de no hacer y, para que se deshaga lo hecho, se impondrán multas por cada mes que transcurra sin deshacerlo. Igualmente, el artículo 710.2 LEC expone que si la condena de no hacer no fuera susceptible de reiteración y tampoco fuese posible deshacer lo mal hecho, hay que resarcir los daños causados. Por todo lo expuesto en este párrafo, se puede concluir que, con carácter general, no cabe obligar al cumplimiento, salvo que se trate de una prestación económica, la cual puede ejecutarse sin mayores inconvenientes que la solvencia del culpable. De igual modo, a pesar de esta prohibición, deben resaltarse que hay mecanismos jurídicos para fomentar el cumplimiento – particularmente, además de los ya expuestos, aquellos beneficios de carácter penal y penitenciario.

### C. Las condiciones personales y patrimoniales del culpable como elemento a tener especialmente en cuenta

---

<sup>180</sup> En esta línea, aunque citando el artículo 15 CE como base de la prohibición de los trabajos forzosos en nuestro Derecho, ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos*, p. 181-182.

<sup>181</sup> Sobre la base del artículo 1167 CCesp, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, p. 98.

El segundo de los elementos que el artículo 112 CPesp relaciona con el culpable es la referencia a sus condiciones personales y patrimoniales. Así, la literalidad del propio precepto obliga tenerlas en cuenta a la hora de imponer las correspondientes obligaciones reparatorias. Indirectamente, y siempre que se parta de que el culpable es el único obligado a reparar, parece poder inferirse que estas condiciones también determinarían si será el propio culpable quien las cumplirá por sí mismo o si pueden ser ejecutadas a su costa. En este sentido, ya en el apartado literal indicábamos que la noción de condiciones personales y patrimoniales presenta un marcado tinte punitivista y, consecuentemente, se aprecian numerosas referencias a éstas a lo largo de toda la redacción del Código Penal. En consecuencia, puede señalarse que no es una mención exclusiva del artículo 112 CPesp. Así, por ejemplo, en lo que respecta a la pena de multa, sobre la extensión de la misma, el artículo 50.5 CPesp impone considerar “*la situación económica del reo deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo*”. Por lo tanto, esta llamativa referencia ubicada en la literalidad de nuestro artículo debería interpretarse en consonancia lógico-conceptual con el resto de preceptos que la incluyen. De esta forma, volviendo al ejemplo anterior de la pena de multa y considerando su carácter punitivo así como su configuración como pena pecuniaria, el citado artículo obliga a tener en cuenta las condiciones personales y patrimoniales del reo para que, examinadas éstas, se pueda sustanciar un castigo monetario que cumpla con las expectativas de la pena. Es decir, que teniendo en cuenta las características económicas y personales que presenta el sujeto infractor se podrá adecuar a éstas la extensión de la multa para hacer que ésta última sea verdaderamente efectiva y efectivamente abonada.

En virtud de lo expuesto en el párrafo anterior, entendemos que las referencias a las condiciones personales y patrimoniales deberían interpretarse relacionándolas con el elemento finalista del precepto desde la perspectiva lógico-conceptual. En otras palabras, que las referidas condiciones se deberían entender como presupuestos, mecanismos, recursos o, simplemente, elementos a considerar con vistas a la materialización efectiva del fin reparatorio. Por esta razón, si en el caso de la multa partíamos de la necesidad de sustanciar la naturaleza punitiva de ésta en la esfera del sujeto, en este caso consideraremos, ante todo, la naturaleza reparatoria del instituto. Así pues, teniendo en cuenta las referidas condiciones personales y patrimoniales, procederíamos a establecer una extensión acorde a tal fin facilitando, por un lado, que el sujeto sea capaz de abonarla y, por otro, reafirmar la misión del instrumento punitivo. Ahondando en esta dirección y de acuerdo con lo que ya decíamos en el apartado dedicado al método literal, las condiciones personales del culpable deberán entenderse como aquellas circunstancias, características o particularidades propias del sujeto que, de alguna forma, afectan o limitan su capacidad prestacional – tales como su estado de salud, edad, situación familiar o profesional, impedimentos físicos o psicológicos, personalidad o forma de ser, conocimientos empresariales, laborales, técnicos o científicos, etc. Además, en este orden de cosas, algunos autores consideran que el juzgador deberá apreciar otras circunstancias más allá de las meramente personales, como el entorno social y cultural para poder

individualizar convenientemente la obligación reparadora.<sup>182</sup> Por otro lado, desde este punto de vista, las llamadas condiciones patrimoniales serían una referencia al conjunto de bienes y derechos que sean de la titularidad del culpable y sean, asimismo, susceptibles de valoración económica.

Ciertamente, resulta claro que es un concepto realmente amplio con multitud de matices, pero que tendrá que acabar valorando de forma individualizada el Juez o Tribunal, tanto para determinar la obligación reparadora como para determinar si el culpable deberá realizarlas de propia mano o si pueden ejecutadas a su costa.

## 2. El análisis lógico-conceptual del artículo 112 CPesp

### 2.1. Generalidades sobre la interpretación lógico-conceptual del precepto

Una vez descompuesta la norma de nuestro interés en sus elementos más básicos, procederemos a analizar la totalidad del artículo 112 CPesp desde el método lógico-conceptual en esta segunda sección del apartado. Para ello, como decíamos, reconstruiremos la norma alrededor de los conceptos y principios jurídicos examinados. En este sentido, la primera característica que debemos resaltar del artículo 112 CPesp es que se trata de una norma centrada, ante todo, en determinar de qué manera se repara el daño causado y cómo se procede para seleccionar las obligaciones resarcitorias. Así pues, la estructura del artículo 112 CPesp, de acuerdo con la composición clásica de la norma, se divide en supuesto de hecho y consecuencia jurídica. Por un lado, señalábamos que el supuesto de hecho exigiría la constatación de dos requisitos ubicados en planos jurídicos diferenciados. Primero, la declaración de responsabilidad penal de un sujeto por la comisión de un delito, esto es, la comprobación de que existe un *culpable*. Segundo, la verificación de un ilícito civil, concepto que, como veíamos, aparece integrado fundamentalmente por la noción de *daño*. Así pues, constatados los dos requisitos del supuesto de hecho de la norma, se desencadena la consecuencia jurídica prevista en ella. En este caso, tal consecuencia jurídica consiste en la imposición de alguna obligación de dar, hacer o de no hacer de acuerdo con la naturaleza del daño y con las condiciones personales y patrimoniales del mencionado culpable. Además, el Juez o Tribunal deberá indicar expresamente si estas obligaciones deben ser cumplidas de propia mano por este culpable o si, por el contrario, pueden ser ejecutadas a su costa. En resumidas cuentas, así sería la sinopsis lógico-conceptual del artículo 112 CPesp. No obstante, procederemos a ahondar en esta interpretación.

### 2.2. Sobre cómo debe determinarse la obligación reparatoria

#### A. La necesidad de atender a la naturaleza del daño y a las condiciones personales del culpable. El principio de reparación en la medida de la propia capacidad

Resulta claro que el daño civil sigue configurándose como el elemento principal de la reparación. Se trata de la *conditio sine qua non* más característica del nacimiento de esta institución, pues, como regla general, en sede de consecuencias jurídicas del delito se

---

<sup>182</sup> PACHECO GUEVARA, A., “Artículo 112”, p. 264.

sobreentiende la previa necesidad de un autor, culpable, reo, delincuente, etc. En este sentido, evidenciábamos la deriva punitivista que se aprecia en el artículo 112 CPesp. Todo ello a pesar de los matices generales que realizamos sobre esta problemática en el capítulo anterior. De cualquier forma, constatados los requisitos del supuesto de hecho, surge la obligación para el Juez o Tribunal de determinar la obligación reparadora. Para ello, el artículo 112 CPesp impone atender a la naturaleza del daño y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable. En este orden de cosas, por una parte, atender a la naturaleza del daño equivale a designar, con el máximo grado de precisión, el contenido y/o posibles clasificaciones del daño recibido. Recuérdese que el concepto de “daño” empleado en la redacción de nuestro artículo lo vinculamos con la noción de menoscabo injusto y real que sufre un sujeto en sus intereses privados, es decir, con la noción de daño propia del Derecho privado. Por otra parte, atender a las condiciones personales del culpable implica considerar aquellas circunstancias, características o particularidades propias del sujeto que, de alguna forma, afectan o limitan su capacidad prestacional – tales como su estado de salud, edad, situación familiar o profesional, impedimentos físicos o psicológicos, personalidad o forma de ser, conocimientos empresariales, laborales, técnicos o científicos, etc. A estas características propiamente personales, deberían poder añadirse otras circunstancias que, sin ser estrictamente individuales, también son elementos que pueden determinar e influir en la personalidad y, por ende, en su capacidad prestacional. Estos elementos serían su entorno social o cultural. También en este sentido, definimos la referencia a las condiciones patrimoniales como el conjunto de bienes y derechos que sean de la titularidad del culpable y sean, asimismo, susceptibles de valoración económica. Por tanto, a la hora de establecer las obligaciones reparadoras, el artículo 112 CPesp impone, de una parte, delimitar con la máxima concreción el tipo de daño causado y, de otra, tener en cuenta los recursos personales y patrimoniales que permitirían el cumplimiento efectivo de las obligaciones impuestas.

En esta línea, como bien podrá intuirse, es a partir de aquí donde empiezan verdaderamente los problemas interpretativos. En primer lugar, cabe preguntarse si sería posible considerar otros elementos en el juicio de determinación de las obligaciones reparatorias. Sin embargo, desde la perspectiva exclusivamente lógico-conceptual, tal cuestión no parece tener recorrido. Ya veíamos en el método literal que la redacción del precepto parece permitir un margen bastante amplio de interpretación, en el sentido de que pueden llegarse a considerar otros elementos. No obstante, la cuestión seguiría sin poder resolverse satisfactoriamente desde estos dos puntos de vista, pues no son capaces de señalar qué tipo de elementos pudiera tenerse en cuenta. En segundo lugar, la gran incógnita acerca de los dos elementos de juicio es, precisamente, cómo se conjugarían entre ellos para imponer la obligación resarcitoria. Es decir, si ambos deben relacionarse en un mismo plano de igualdad o puede uno prevalecer sobre el otro. En realidad, si realmente se pretende reparar el daño, habría que tomar en consideración únicamente éste, pues, de otra forma, no cabría señalar que se ha cumplido verdaderamente con el principio de reparación integral del daño y, por ende, con la función resarcitoria de la responsabilidad civil. Por tanto, desde este punto de vista, y todavía considerando las condiciones personales y patrimoniales del culpable, no cabe una aminoración del valor



efecto del daño que debe indemnizarse.<sup>183</sup> Así, las condiciones personales sólo contarían a la hora de determinar si ha de ser el culpable por sí mismo o un tercero a su costa quien deba ejecutar la prestación, particularmente si es de hacer y si para ejecutarse hacen falta condiciones de las que éste carece.<sup>184</sup> Igualmente, las condiciones patrimoniales del culpable sólo servirían para poder concederle algún aplazamiento o fraccionamiento del pago.<sup>185</sup> De esta forma, y en resumidas cuentas, esta postura tradicionalista relativiza la inclusión de las referencias al culpable y a sus condiciones personales y patrimoniales, entendiendo que sólo servirían como mera indicación para que el Juez o Tribunal recuerde adoptar medidas que permitan al obligado hacer frente a lo exigido.

En este sentido, ¿por qué sería necesario atender a las condiciones personales y patrimoniales del culpable? Por su parte, QUINTERO OLIVARES y TAMARIT SUMALLA consideran que tal necesidad responde a la conveniencia de lograr una fórmula de equilibrio entre los intereses del condenado y los de los perjudicados, evitando así que los riesgos de insolvencias parciales se conviertan en un obstáculo insalvable para la compensación. Entienden que ello se corresponde con lo que han denominado “principio de reparación en la medida de la propia capacidad”, el cual forma parte del programa político-criminal a favor de la reparación difundido en los últimos años entre la doctrina comparada. Así, para los autores citados, la alusión a las condiciones personales (*e. gr.* edad, antecedentes delictivos no cancelados, la situación familiar y profesional) y patrimoniales deben ser consideradas en la medida en que puedan hacer prever el cumplimiento efectivo y el aprovechamiento personal de la medida de reparación impuesta.<sup>186</sup> Sin embargo, por nuestra parte declaramos que no compartimos la forma en la que los autores enuncian el referido principio de “reparación en la medida de la propia capacidad”, pues estimamos que no se encuentra debidamente conceptualizado. Ya con anterioridad a su formulación, los autores habían señalado que las condiciones personales y patrimoniales del culpable no se deberán tomar en cuenta para la precisión del *quantum*, sino respecto a la manera de cumplir con la obligación de llevarla a cabo.<sup>187</sup> Por tanto, y sin salir de estos planteamientos, no existiría una reparación en la medida de la propia capacidad (entendiendo que sería la propia capacidad la que sirve de medida y (pre)determina la propia reparación), sino más bien una reparación “*a través de*” la propia capacidad (considerando en efecto que la propia capacidad únicamente determinaría cómo se va a llevar a cabo la reparación y, por tanto, asumiendo que esta última se ejecutará íntegramente).

Por su parte, MOLINA BLÁZQUEZ sugirió que podría hacerse una interpretación progresista del artículo 112 CPesp que considerara que las condiciones personales y patrimoniales del culpable sirviesen, no sólo para la fijación de la obligación de reparar,

---

<sup>183</sup> Por todos, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., “Artículo 112”, p. 369.

<sup>184</sup> De esta opinión, ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., “Artículo 112”, pp. 1406-1407.

<sup>185</sup> PACHECO GUEVARA, A., “Artículo 112”, p. 264. También en esta línea, ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., “Artículo 112”, p. 1407.

<sup>186</sup> QUINTERO OLIVARES, G. y TAMARIT SUMALLA, J. M., “Capítulo I – De la responsabilidad civil”, p. 607.

<sup>187</sup> *Ibid.*, p. 606.

sino también para la valoración económica de la indemnización.<sup>188</sup> Sin embargo, la gran crítica a la posición de esta autora sobre la interpretación del artículo 112 CPesp se encuentra, efectivamente, en la incongruencia de este planteamiento concreto con su postura general sobre la naturaleza de la responsabilidad civil *ex delicto*. Es decir, por un lado, afirma y defiende la naturaleza jurídica punitiva de la institución,<sup>189</sup> pero, por otro lado, critica el empleo de la referencia al culpable en el artículo 112 CPesp. Es más, defiende la conveniencia de cambiar el término culpable por el de responsable, debido a que podría interpretarse que sólo el responsable criminal está obligado a reparar y no los responsables civiles subsidiarios.<sup>190</sup> Todo ello, naturalmente, sin realizar diferenciación alguna entre los contenidos del artículo 112 CPesp y los propios de la responsabilidad civil *ex delicto*. En este sentido, si realmente se permite que repare algún tercero responsable civil, ya sea directo o subsidiario, realmente resulta difícil admitir, como hace la autora, que la reparación del daño pueda ejecutar función preventivo-general y/o especial alguna o, igualmente, que la reparación represente un acercamiento del Derecho civil y del penal a través de su conceptualización como “*sanción autónoma*” o tercera respuesta posible al delito.

Por el contrario, desde nuestro punto de vista y así lo han puesto de manifiesto igualmente otros autores, resulta evidente el giro lógico-conceptual hacia la punitivización de la modalidad, realizado fundamentalmente por la influencia del AE-WGM. En este sentido, señalábamos que tal replanteamiento se aprecia en la reformulación de la modalidad de la reparación, incluyendo la referencia al culpable, la necesidad de considerar sus condiciones personales y patrimoniales y la obligatoriedad de que sea éste quien repare. Indirectamente, este giro también puede inferirse, de forma paralela a los argumentos referidos, a partir del mantenimiento prácticamente inalterado de las otras dos modalidades de la responsabilidad civil *ex delicto*, la restitución y la indemnización. De esta forma, si se ha producido un giro hacia la punitivización no tendría sentido dejar de interpretar el precepto de acuerdo con las características propias de la responsabilidad penal. Es decir, que basándonos en la concluyente literalidad, por un lado, será el culpable quien obligatoriamente repare o, si el Juez o Tribunal lo permite, será posible ejecutar la reparación a su costa. Por otro lado, si deben tenerse en cuenta sus condiciones personales y patrimoniales a la hora de establecer la prestación reparadora, ¿hasta qué punto deben tenerse éstas en cuenta y cómo deben relacionarse con la naturaleza del daño? Ciertamente, desde el punto de vista iusprivatista, las condiciones personales y patrimoniales del causante son absolutamente irrelevantes a la hora de establecer la prestación reparadora. El obligado tiene el deber jurídico de reparar el daño en su totalidad independientemente de este tipo de condiciones. En este sentido, y admitiendo su procedencia ¿deberían también tenerse en cuenta las condiciones personales y patrimoniales del tercer responsable civil directo o subsidiario? Es más, ¿por qué debe el

---

<sup>188</sup> MOLINA BLÁZQUEZ, C., “La responsabilidad civil en el Código Penal de 1995”, “II. DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y SU EXTENSIÓN”, párr. 7, nota al pie 7.

<sup>189</sup> *Vid.* las citas a la obra de esta autora realizadas en el capítulo anterior, sobre la problemática de la naturaleza jurídica.

<sup>190</sup> MOLINA BLÁZQUEZ, C., “La responsabilidad civil en el Código Penal de 1995”, “II. DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y SU EXTENSIÓN”, párr. 7.

Juez o Tribunal determinar de propia mano la prestación? ¿eso no debería ser algo que deba solicitar el perjudicado de acuerdo con el principio dispositivo? Y aun así, respecto a la coletilla final del artículo, ¿realmente resulta tan importante que el Juez o Tribunal permita la ejecución a costa del culpable? De cualquier forma, profundizaremos sobre esta postura en el siguiente apartado. Por el momento, nuevamente, hay que partir del planteamiento punitivo que realiza el legislador en la aproximación al artículo. En este orden de cosas, y desde el punto de vista lógico-conceptual, pareciera necesario atender en plano de igualdad a la naturaleza del daño y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable. Entendemos, en este sentido, que cabría realizar la interpretación progresista del artículo 112 CPesp que señalaba MOLINA BLÁZQUEZ. Igualmente consideramos que, a través de la inclusión de la obligatoriedad de la observancia de las condiciones personales y patrimoniales del culpable, el legislador introduce en el ordenamiento un verdadero “principio de reparación en la medida de la propia capacidad”, esto es, la observancia de las características del propio culpable como medida de reparación. Por tanto, para estimar la reparación de acuerdo con una interpretación lógico-conceptual del artículo 112 CPesp, el criterio fundamental no será únicamente el daño civil, sino también el propio culpable de acuerdo con el planteamiento punitivista del término. En este sentido, habrán de conjugarse ambos criterios de forma armónica para, por un lado, dar la máxima satisfacción al ofendido y, por otro, no dejar de tener en cuenta el interés propiamente penal de la reparación. Del mismo modo, y precisamente en esta dirección, cabe recordar que la reparación no realiza, por sí sola, función penal alguna, si acaso parcialmente.<sup>191</sup> También es importante tener en cuenta que las normas punitivas que reconocen efectos jurídico-penales a la reparación no exigen, en ningún caso, una reparación completamente efectiva e íntegra, sino fundamentalmente la constatación del esfuerzo por reparar. En consecuencia, partiendo del enfoque punitivista del artículo y siempre desde un punto de vista propio del estudioso del Derecho penal, no resulta incongruente admitir la inclusión del principio de reparación en la medida de la propia capacidad en el texto del artículo 112 CPesp.

#### B. Otras cuestiones conexas

Por lo expuesto hasta ahora, y siempre dentro del marco de una lectura lógico-conceptual del artículo, el principio de reparación en la medida de la propia capacidad se manifestaría *ad intra*, declarando al culpable como único sujeto encargado de la reparación e imponiendo la necesidad de considerar especialmente sus condiciones personales y patrimoniales a la hora de determinar las obligaciones reparatorias, y *ad extra*, resultando en una lectura del artículo 112 CPesp de acuerdo con el resto de preceptos propiamente penales que referencian al sujeto penalmente responsable y a la reparación del daño. En

---

<sup>191</sup> Por todos, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español*, t. 1, pp. 46-47. También en esta línea, indicando que ni la reparación ni la satisfacción de los intereses de la víctima no forma parte de las tareas nucleares del Derecho penal, pero que ello no obsta a que dichos intereses deban tenerse en cuenta para potenciar la reparación ALASTUEY DOBÓN, M<sup>a</sup> C., *La reparación a la víctima*, pp. 29-30 y pp. 248-250. Con mayor amplitud, ROXIN, C., “Risarcimento del danno e fini della pena”, pp. 6-11 y SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Sobre la relevancia jurídico-penal”, “2.4 La satisfacción de la víctima como fin del Derecho penal o como medio para el cumplimiento de los fines del Derecho penal”, párr. 1 a 7.

este orden de cosas, si realmente va a hacerse una lectura penal del precepto esta tesis lleva, en primer lugar, a una consecuencia jurídica de una importancia trascendental, y no es otra que la cuestión de la naturaleza jurídica del artículo 112 CPesp. En el fondo, ¿cambiaría la naturaleza jurídica del precepto a la luz de lo expuesto? Muy probablemente sí o, al menos, contribuiría a dudar seriamente de su plena naturaleza jurídica privada. Por el momento, consideramos que resulta más oportuno dejar la cuestión aquí apuntada, proceder con el análisis del precepto desde el punto de vista lógico-conceptual y retomarla cuando obtengamos más información. Igualmente, conviene recordar que, en todo caso, la reparación, tal y como parece concebirse en el artículo 112 CPesp, no parece presentar un carácter claramente punitivo ni cumple con una evidente función penal por sí sola. En el caso que nos ocupa sería la conceptualización que de ella se realiza la que hace que se replantee su naturaleza jurídica.

Por otra parte, sigue presente otra gran incógnita que rodea a la problemática del nacimiento. Se trata, en la línea de la ya mencionada cuestión de si las partes tienen algún papel en la determinación de la prestación a imponer, de la identificación de la persona a la que hay que reparar. Ciertamente, el artículo no incorpora ningún concepto o noción que permita averiguar quién es el destinatario de la prestación. No obstante, lo más razonable sería entender que, si el daño sigue siendo el elemento principal del nacimiento, *a pari*, habría que considerar que quien haya sufrido este menoscabo sería el titular del derecho al resarcimiento. Sin embargo, nuevamente aquí volveríamos a la cuestión de si existe un orden de prelación o importancia entre todos aquellos que hayan sido perjudicados por el delito. De cualquier forma, parece que el método lógico-conceptual no resulta de gran ayuda para resolver esta cuestión concreta.

### 2.3. Acerca del contenido de la obligación

Una vez constatada la concurrencia de los presupuestos del nacimiento de la obligación, y teniendo en cuenta especialmente la naturaleza del daño y las condiciones personales y patrimoniales del culpable, debe concretarse el contenido de la obligación resarcitoria. Así pues, las obligaciones se determinarán como idóneas y directamente dirigidas a la reparación del daño. Como decíamos, no cabe entender la obligación ni como algo abstracto ni como algo desligado de la idea del daño. Por lo tanto, y en virtud de este carácter reparatorio de las obligaciones, cabe imponer varias prestaciones de conformidad con el contenido del artículo 112 CPesp.

El precepto indica tres obligaciones que pueden imponerse: de dar, de hacer y de no hacer. Todas ellas aparecen enunciadas con un carácter amplio, genérico y ciertamente abstracto, o lo que es lo mismo, no indican con ninguna precisión cómo deben entenderse. Por esa razón, ya respecto al primer caso, entendimos que cabría incluso llegar a considerar las otras dos modalidades de la responsabilidad civil, es decir, la reparación y la indemnización, como posibles formas de reparación al amparo del artículo 112 CPesp. En segundo lugar, respecto a la obligación de hacer, estimamos que sería más apropiado analizarla a partir de otros métodos hermenéuticos, debido a su carácter especialmente difuso. Finalmente, en tercer lugar, en cuanto a la obligación de no hacer, consideramos desconcertante su inclusión en el catálogo de prestaciones reparatorias, ya que, a fin de

cuentas, nos resultaba difícil admitir que una obligación de no hacer pudiese verdaderamente resarcir este daño. Por el contrario, estimamos que, si acaso, podría aceptarse que la obligación de no hacer impediría que el daño siguiera ocasionándose, particularmente en casos de daños permanentes o continuados, o bien, serviría para prevenir daños futuros. En consecuencia, poníamos de relieve que, en puridad, este tipo de obligaciones no forma parte del ámbito de la responsabilidad civil, sino que, más bien, se ubicarían dentro del marco de las acciones de tipo inhibitorio, cesatorio o preventivo. A pesar de ello, nada impide que pueda imponerse como obligación complementaria a la verdadera prestación resarcitoria.

En virtud de todo lo expuesto, es de alabar el amplio espectro de prestaciones que el artículo 112 CPesp permite imponer para reparar el daño causado. También en este sentido, resulta de suma importancia relacionar las obligaciones a imponer con el mencionado principio de reparación en la medida de la propia capacidad. De esta forma, es cierto que en múltiples ocasiones la prestación impuesta no puede llegar a materializarse por problemas económicos, debido principalmente a una falta de conciliación entre la entidad del daño y los recursos patrimoniales del culpable. En este tipo de casos, entendemos que si todos los demás factores, principalmente los personales, son óptimos, nada impediría sustituir esta primera prestación económica por otra que implique la fuerza de trabajo o capacidad reparatoria del propio culpable, la cual, en efecto, es también susceptible de valoración económica. También en este sentido, quizás fuese interesante aplazar o fraccionar la prestación reparatoria, de acuerdo con el artículo 125 CPesp. Por el contrario, si el problema para la ejecución de la prestación fuera únicamente de tipo personal, podría ser conveniente permitir la ejecución a costa del culpable.

#### 2.4. El rol del órgano judicial y la ejecución

De acuerdo con el artículo 112 CPesp, al Juez o Tribunal se le asignan varias tareas: primero, constatar el supuesto de hecho para el nacimiento de la obligación de reparar; segundo, imponer la obligación reparatoria al culpable atendiendo a los dos elementos mencionados en el precepto; y tercero, determinar si es el propio culpable quien debe cumplir con las prestaciones de propia mano o bien autoriza que puedan ser ejecutadas a su costa. Todo ello, además, deberá cumplirse con el máximo grado de precisión. En este orden de cosas, resulta casi vehemente señalar la relevancia de la figura del Juez o Tribunal en la modalidad de reparación del daño. Sin embargo, las dudas acerca de si las partes tienen algún papel a lo largo de todo este proceso siguen estando presentes. Nuevamente, el método lógico-conceptual no es capaz de despejar satisfactoriamente esta incógnita.

Por otro lado, también dedicamos nuestra atención a la problemática de la ejecución de la prestación. En primer lugar, de acuerdo con la redacción del artículo 112 CPesp, es el propio culpable quien debe ejecutar la prestación, aunque el precepto permite que el Juez o Tribunal autorice que ésta sea ejecutada a su costa. Teniendo en cuenta la aproximación penal que realiza el legislador, entendemos que lo más razonable, desde el punto de vista lógico-conceptual, resultaría declarar a éste como único responsable de la ejecución. Sin

embargo, también es posible autorizar que las obligaciones impuestas sean ejecutadas a costa del culpable. Así, para poder concederla, será necesario atender a las condiciones personales y patrimoniales de éste. En este sentido, nuevamente, cabría preguntarse si acaso el culpable o el perjudicado pudiesen intervenir de alguna manera. Por otra parte, ¿cómo debe procederse para la ejecución de la prestación impuesta? Una vez más, encontramos el más absoluto silencio desde la óptica del método lógico-conceptual.

Finalmente, también sobre la problemática de la ejecución, nos preguntábamos cómo cabría proceder si el culpable se negase por completo a reparar el daño. Así, indicábamos que, en principio, no sería posible obligarle a ejecutar la prestación debido a que el artículo 25.2 CE prohíbe expresamente los trabajos forzosos. Sin embargo, esto sólo puede señalarse rotundamente respecto a las obligaciones consistentes en hacer, por lo que, en caso de ser una obligación de dar, cabría acudir a la ejecución forzosa o bien a la indemnización de los daños ocasionados. Por otra parte, si la obligación consistiese en no hacer, cabría analizar la posible concurrencia de la indemnización de los daños causados así como apercibir a la autoridad judicial de la posibilidad de haber incurrido en un delito, de acuerdo con el artículo 710.1 LEC. También bajo este último precepto, cabría imponer multas por cada mes que transcurra sin deshacer lo hecho. Del mismo modo, cabe tener en cuenta aquellos beneficios penales que, ciertamente en sede punitiva, serán de especial interés para el culpable. En cualquier caso, resulta verificable cómo, a pesar de la referida imposibilidad de obligar al sujeto a reparar forzosamente, existen varios mecanismos jurídicos para fomentar el cumplimiento de la obligación impuesta.

### 3. Conclusiones provisionales de la aplicación del método lógico-conceptual

En congruencia con todo lo expuesto hasta ahora, debemos resaltar ante todo que, en el fondo, las conclusiones de la aplicación del método lógico-conceptual se encuentran en el epígrafe inmediatamente anterior, donde hemos analizado la totalidad del artículo 112 CPesp de acuerdo con este método hermenéutico. Por tanto, para evitar la redundancia, acentuaremos en este apartado los puntos de llegada más relevantes, los cuales, como decimos, deberán entenderse en consonancia con lo expuesto en el epígrafe inmediatamente anterior. En este orden de cosas, si bien ya hemos hecho referencia que el artículo 112 CPesp es un precepto centrado en determinar cómo se seleccionan las prestaciones que repararían el daño, la novedad más importante que hemos obtenido del empleo del método lógico conceptual en este apartado es la formulación del principio de reparación en la medida de la propia capacidad. De acuerdo con este principio, el Juez o Tribunal deberá tener en cuenta las condiciones personales y patrimoniales del culpable no sólo para seleccionar la obligación reparatoria del daño, sino también como medida del *quantum* resarcitorio. Desde este nuevo principio jurídico, se otorga al precepto una lectura de carácter punitivo, en la línea de la visión que el legislador parece otorgar al artículo 112 CPesp. Así, esta lectura penal del precepto a través del principio de reparación en la medida de la propia capacidad se sustanciaría, por un lado, estableciendo la responsabilidad única del culpable e imponiendo la necesidad de considerar sus condiciones personales y patrimoniales a la hora de determinar las obligaciones reparatorias y, por otro lado, constituyendo una interpretación del artículo en consonancia

con el resto de preceptos propiamente penales relacionados con la reparación, especialmente aquellos que le otorgan beneficios jurídicos.

A pesar de todos los resultados obtenidos con la aplicación del método lógico-conceptual, se ha podido comprobar cómo existe una serie de cuestiones que quedan sin resolver. La primera de todas ellas está relacionada, precisamente, con el contenido y el desarrollo de la obligación de dar. Tampoco ha sido posible determinar el papel del perjudicado y del culpable ni en la selección de la prestación concreta a imponer ni en la declaración de la posibilidad de que se ejecute tal obligación a costa del culpable. En realidad, si es el Juez o Tribunal quien finalmente decide sobre estos temas ¿pueden los otros dos sujetos elegir, proponer, negociar o negarse en estos particulares asuntos? De nuevo, habrá que acudir a otros métodos para poder solucionar este tipo de problemáticas.

## V. MÉTODO SISTEMÁTICO

### 1. Generalidades introductorias acerca de la aplicación del método sistemático y la reparación del daño en Derecho civil

Señalábamos anteriormente que en este apartado, dedicado al método sistemático, analizaríamos la norma en el contexto de nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, estudiaremos el artículo 112 CPesp desde el prisma de su ubicación como consecuencia jurídica del delito, es decir, como modalidad concreta de la responsabilidad civil *ex delicto*. Por tanto, en este punto del trabajo, en realidad, procederemos a examinar nuestro precepto interpretándolo en consonancia con todo lo expuesto en los capítulos anteriores. De cualquier forma, ya hemos señalado en varias ocasiones dos características fundamentales acerca del artículo 112 CPesp, por un lado, que se enmarca en el seno de un modelo de responsabilidad privada y, por otro, que su redacción se centra, ante todo, en indicar cómo debe procederse para reparar el daño causado. Ciertamente, resulta de extrema importancia separar dos problemáticas bien diferenciadas: de una parte, el nacimiento o causa eficiente de la obligación, de otra, la manera de cumplir con ella. Así, de esta manera, comprobábamos cómo el Código Civil ordena reparar los daños contractuales y extracontractuales (respectivamente, arts. 1101 y 1902 CCesp), y lo mismo se puede decir de los artículos 109.1 y 116.1 CPesp. Sin embargo, no existe regulación en el Código Civil sobre la segunda cuestión que referíamos, es decir, acerca de *cómo* se reparan los daños causados. En España, la problemática del resarcimiento o reparación del daño únicamente se encuentra regulada en el Código Penal – de forma similar a cuanto observábamos respecto a la antijuricidad p.e. Por tanto, una vez más, nos encontramos frente a una laguna jurídica, cuanto menos, aparente.

En congruencia con lo expresado, no debería extrañar el hecho de que esta cuestión tiende a omitirse en múltiples obras iusprivatísticas. Sin embargo, a pesar del caos terminológico y normativo, existe cierto acuerdo doctrinal y jurisprudencial sobre la existencia de tres formas principales para el cumplimiento de la obligación resarcitoria. Primero, la reparación específica o *in natura* consiste en reponer al perjudicado a la situación anterior

a la sustanciación del daño.<sup>192</sup> Suele entenderse que este tipo de reparación es la más adecuada para la tutela del interés del perjudicado, sin embargo, únicamente procedería cuando el *statu quo ante* sea reiterable (*e. gr.* una avería o deterioro, suministrar un objeto idéntico al destruido, etc) y el responsable tenga los conocimientos técnicos suficientes como para poder materializar esta modalidad. Igualmente, también se rechaza este tipo de reparación si resulta excesivamente onerosa respecto al daño efectivamente causado, por ejemplo, en casos de reparaciones costosas de objetos de escaso valor.<sup>193</sup> Segundo, la reparación por equivalente es la indemnización propiamente dicha, es decir, la obtención del equivalente pecuniario de acuerdo con los correspondientes parámetros de valoración del daño. A este tipo de reparación es siempre reconducible, como decíamos, cualquier tipo de interés lesionado.<sup>194</sup> En tercer lugar, y aunque ciertamente menos citada, encontraríamos la reparación en especie, la cual equivaldría a la entrega de bienes cuyo valor se equipare al del menoscabo ocasionado.<sup>195</sup>

Así pues, expuestas las tres vías principales para la satisfacción del resarcimiento del daño, la siguiente pregunta que habría que responder más detenidamente es cuándo procedería cada forma y también si el perjudicado o el causante pudiesen elegir entre una u otra. En el caso de España, no existe regulación expresa en ninguno de estos dos sentidos. Por el contrario, otros ordenamientos como el italiano – art. 2058 CCita – al menos prevén expresamente que el perjudicado puede elegir la modalidad resarcitoria que estime conveniente. No obstante, precisamente en lo que respecta a esta cuestión, la doctrina española se encuentra dividida. Por un lado, autores como ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL consideran que, en principio, el perjudicado tendría facultad de elegir la forma de reparación, salvo en aquellos casos en los que la ley prevea un tipo específico de resarcimiento o bien alguna de las formas resulte imposible.<sup>196</sup> Por otro lado, autores como LACRUZ BERDEJO hablan del “*derecho preferente a la reparación in natura*”, dando a entender, en consecuencia, que no existiría tal facultad de elección,

---

<sup>192</sup> ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, pp. 247-248, quien entiende, además, que la reparación específica conlleva la obligación de eliminar la causa que provoca el daño, citando expresamente la restitución del artículo 111 CPesp. Igualmente, señalando que la reparación puede consistir también en la obligación de evitar que en el futuro se sigan produciendo daños, *Ibid.*, p. 249. También en este sentido, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M<sup>o</sup> B., *La reparación del daño ex delicto*, pp. 125-126.

<sup>193</sup> En tal sentido, *vid.* art. 2059 CCita, LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, t. 2, vol 2, p. 484 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, p. 99-101.

<sup>194</sup> ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, p. 249 y LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, t. 2, vol 2, p. 485.

<sup>195</sup> Además de todo lo expuesto en el texto, cabe resaltar que el ordenamiento también prevé algunos supuestos concretos de reparación específica, consistentes en el cumplimiento de una determinada obligación. Seguramente el más representativo es la reparación a través de la publicación de la sentencia condenatoria, *e. gr.* en sede de calumnias e injurias (arts. 214 y 216 CPesp), propiedad intelectual (art. 272 CPesp) o delitos relativos al mercado y a los consumidores y de corrupción en los negocios (art. 288 CPesp). En esta línea, la solución normativa en Italia en lo que respecta a la publicación de la sentencia como medio reparatorio del daño causado no cuenta con varios artículos especiales, sino con una doctrina general integrada por los arts. 186 y 187 CPita, los cuales permiten imponer *in solido* a los responsables civiles la obligación de publicar la sentencia condenatoria a su costa siempre que ello constituya un medio para reparar el daño no patrimonial causado por el delito. *Amplius*, ROMANO, M., “Art. 186”, pp. 367-373 e *Id.*, “Art. 187”, pp. 373-376.

<sup>196</sup> ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, p. 247.



sino que prevalece la reparación específica.<sup>197</sup> Desde nuestro punto de vista, y en congruencia con lo que exponíamos en capítulos anteriores, entendemos que sí debería haber una facultad de elección, pues, si se entiende efectivamente que la reparación del daño es una obligación de naturaleza privada, debería regir el principio dispositivo o rogatorio.

## 2. El análisis del artículo 112 CPesp desde el punto de vista sistemático

### 2.1. Una primera aproximación

Habiendo examinado las generalidades del método sistemático y de la reparación del daño en Derecho civil en el epígrafe anterior, puede intuirse que hay múltiples cuestiones relacionadas con el artículo 112 CPesp que ya se conocen. Todo ello a pesar de no venir indicadas expresamente en la redacción del precepto ni, por otro lado, haberse podido dilucidar con la suficiente claridad a través del empleo de otros métodos hermenéuticos. En consecuencia, teniendo bien presente estas consideraciones, no debería sorprender la declaración de la naturaleza íntegramente privada de la institución – al igual que el resto de las otras dos modalidades de la responsabilidad civil *ex delicto*. En esta línea, también se puede afirmar su carácter reparatorio o compensatorio y, del mismo modo, puede defenderse que el presupuesto básico para el nacimiento de la institución resulta idéntico al de la modalidad de la indemnización, esto es, la constatación de los dos ilícitos (respectivamente, penal y civil) en sus correspondientes planos jurídicos. Por lo tanto, y como directa consecuencia de lo expresado, resulta completamente desubicado observar el mencionado principio de reparación en la medida de la propia capacidad. Al contrario, si la institución tiene un carácter completamente resarcitorio, resulta de obligado cumplimiento el principio de reparación integral del daño. También en este sentido, si resulta que el daño civil (entiéndase, el causado en el marco de unos hechos subsumibles en un ilícito penal) es, como decíamos, el presupuesto fundamental del nacimiento de la obligación resarcitoria, los sujetos vinculados por tal relación obligatoria serán, por un lado, como deudor o *solvens*, el causante del daño y/o aquél al que la ley designe responsable civil y, por otro, como acreedor o *accipiens*, el perjudicado.<sup>198</sup>

En consecuencia, resulta que es en esta línea en la que hay que interpretar el precepto desde el punto de vista sistemático. Por nuestra parte, comenzaremos por exponer algunas de las interpretaciones generales del artículo 112 CPesp. Posteriormente, dedicaremos un apartado a analizar detenidamente el contenido material de la obligación reparatoria prevista en nuestro precepto. A continuación, profundizaremos en aquellos aspectos “punitivos” incluidos en la redacción, particularmente en lo que se refiere a las condiciones personales y patrimoniales del culpable así como a la mención final del precepto, es decir, la relativa a si las obligaciones deben ser cumplidas por este último o pueden ejecutarse a su costa. Finalmente, expondremos nuestras conclusiones.

---

<sup>197</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, t. 2, vol 2, p. 484.

<sup>198</sup> En tal sentido, recuérdense las observancias terminológicas que realizábamos *supra*, en el primer capítulo. Difusamente, sobre esta cuestión, ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos*, pp. 167-176.

## 2.2. Algunas de las interpretaciones sistemáticas del artículo 112 CPesp

Ante todo, resulta evidente que sobre el artículo 112 CPesp se cierne cierta “sombra punitiva”.<sup>199</sup> Sin embargo, y precisamente por el empleo del método sistemático, la gran mayoría de los autores sigue defendiendo la necesidad de seguir teniendo en cuenta la máxima estanqueidad que el legislador mantuvo entre las esferas penales y civiles. En consecuencia, habría que corregir los defectos literales del Código Penal a partir de esta premisa. En este sentido, CAVANILLAS MÚGICA entiende que si la “sombra punitiva” estuvo en el subconsciente del legislador, al intérprete le toca disolverla a través del principio de reparación propio de la responsabilidad civil.<sup>200</sup> Así pues, habiendo separado correctamente la problemática relativa al nacimiento de la obligación reparatoria frente a la cuestión del cumplimiento de ésta, expone que el artículo 112 CPesp se enmarca en esta segunda línea.<sup>201</sup> En este sentido, se cuestiona si el artículo 112 CPesp prevé la reparación *in natura* o la reparación por equivalente para después reducir las posibles interpretaciones a dos opciones: por un lado se encontraría la interpretación extensiva, según la cual la reparación *in natura* sería la norma general y la indemnización sólo procedería en caso de imposibilidad o en circunstancias excepcionales que no hicieran recomendable la observancia de la regla general. Por otro lado, la interpretación restrictiva parte de la indemnización como regla general, dejando un espacio residual para la reparación *in natura* en aquellos casos en los que resulte más adecuada para la finalidad resarcitoria. Además, entiende que la excepción a la regla general en esta segunda interpretación se aplicaría siempre a iniciativa del perjudicado.<sup>202</sup> En este orden de cosas, CAVANILLAS MÚGICA expone que nuestro Código Penal favorece una interpretación restrictiva. Así, la indemnización pecuniaria sería el principio dominante, pero, como excepción, sería también compatible con la reparación *in natura* a instancias del actor cuando sea la mejor manera de obtener el más pleno resarcimiento.<sup>203</sup> Esta postura viene justificada por argumentos de tipo pragmático, pues el referido autor entiende, no sin razón, que los tribunales deberán involucrarse en innumerables conflictos que se presentarían sobre si la prestación ha sido correctamente ejecutada. Todo ello, por supuesto, con el correspondiente coste de recursos personales y organizativos.<sup>204</sup> Finalmente, concluye que la ausencia de una jurisprudencia bien consolidada sobre este particular es el reflejo de la asunción del modelo indemnizatorio como regla general.<sup>205</sup>

---

<sup>199</sup> Así lo ha puesto de manifiesto, entre otros, MONTÉS PENADÉS, V. L., “Artículo 112”, p. 600 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, p. 104

<sup>200</sup> CAVANILLAS MÚGICA, S., “Efectos de la responsabilidad civil ex delicto: reparación del daño”, p. 56. Con anterioridad, también sobre esta idea de la total separación de las esferas civiles y penales a pesar de la literalidad del precepto LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M., *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, p. 78.

<sup>201</sup> CAVANILLAS MÚGICA, S., “Efectos de la responsabilidad civil ex delicto: reparación del daño”, pp. 56-57.

<sup>202</sup> *Ibid.*, pp. 58-59.

<sup>203</sup> *Ibid.*, p. 59. En una línea similar, aunque sin establecer la prevalencia de una forma frente a la otra, VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., “La responsabilidad civil derivada del delito”, “II. Extensión de la responsabilidad civil”, “2. Reparación del daño”, párr. 1.

<sup>204</sup> CAVANILLAS MÚGICA, S., “Efectos de la responsabilidad civil ex delicto: reparación del daño”, p. 58.

<sup>205</sup> *Ibid.*, p. 61.

Por otro lado, ALASTUEY DOBÓN expuso directamente que tanto el artículo 111 como el 112 CPesp contemplan modalidades de resarcimiento en forma específica, mientras que el artículo 113 CPesp recoge el resarcimiento por equivalente.<sup>206</sup> De entre las dos posturas examinadas, quizás la más razonable sea esta última, ya que, si se tomase la primera, ¿qué relación habría entre el artículo 112 y el 113 CPesp? Efectivamente, si se parte de la consideración de que el artículo 112 CPesp incluye, ya sea como regla general o especial, la reparación por equivalente o indemnización, resulta redundante su previsión en el artículo 113 CPesp. Además, esta posición sería capaz de explicar por qué es necesario atender a la naturaleza del daño y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, pues si se tiene en cuenta que la reparación *in natura* consiste fundamentalmente en reponer al perjudicado a la situación anterior al perjuicio, será necesario no sólo considerar el daño en sí, sino también la capacidad propia del sujeto para poder llevar a cabo tal cometido. A todo ello además, consideramos que sería oportuno añadir que el artículo 112 CPesp también incluiría la llamada reparación en especie en las obligaciones de dar. En efecto, podría llegar a entenderse que este tipo de reparaciones ya se incluye dentro del amplio concepto de la reparación *in natura*. No obstante, nosotros entendemos sumamente necesario remarcar nuevamente tal posibilidad. Recuérdese, además, que la mención a las obligaciones de dar no aparecía en el Proyecto de Código Penal de 1994, ya que éste únicamente hacía referencia a las obligaciones de hacer y de no hacer. Las obligaciones de dar se incluirían en el debate en la Comisión de Justicia e Interior. Por tanto, desde el punto de vista sistemático, este hecho evidenciaría al artículo 112 CPesp como eminentemente vinculado a la reparación específica. La obligación de dar, si bien puede concebirse también como desarrollo de las posibilidades a través de la reparación *in natura*, puede interpretarse también como la previsión de reparación en especie.

En consecuencia, desde el método sistemático y entendiendo la obligatoriedad de que el artículo 112 CPesp conviva armónicamente con el resto de preceptos del ordenamiento, puede concluirse que este precepto prevé tanto el resarcimiento específico o *in natura* como la reparación en especie. En este sentido, la obligación privada contenida en el artículo 112 CPesp naturalmente presentaría los caracteres generales propios de la obligación reparatoria: su configuración como deuda de valor, su declaración general como no personalísima, su posible solidaridad, su renunciabilidad y su iliquidez.<sup>207</sup> Igualmente, el planteamiento del precepto resulta, desde el punto de vista sistemático, justo y acorde con el concepto mismo de obligación, ya que no sólo se abre considerablemente el abanico de opciones, sino que además se permite a la víctima retornar a la integridad que ésta tenía antes de la sustanciación del daño. Para ello, se le da la opción a ésta y no al causante, pues no se obliga a este último a actuar, sino a costear la ejecución de la prestación.<sup>208</sup> De cualquier forma, es conveniente tener en cuenta los muchos impedimentos que puede llegar a tener la materialización efectiva de estos dos

---

<sup>206</sup> ALASTUEY DOBÓN, M<sup>a</sup> C., “La responsabilidad civil y las costas procesales”, p. 604.

<sup>207</sup> En tal sentido, PACHECO GUEVARA, A., “Artículo 112”, p. 266 y ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, p. 235. *Amplius, Ult. Op. Cit.*, pp. 235-239.

<sup>208</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, p. 102.

tipos de reparación: imposibilidad técnica o material, excesiva onerosidad para el perjudicado, etc,

### 2.3. Desarrollos del contenido material de la obligación reparatoria

Continuando con nuestra tesis de que a través del método sistemático puede inferirse que el artículo 112 CPesp prevé la posibilidad de resarcimiento a través de la reparación específica y en especie, procederemos ahora a adentrarnos en los contenidos materiales concretos de esta norma. De esta manera, partiendo del propio precepto y relacionándolo con otros artículos reguladores de esta problemática, podremos ser capaces de determinar con el máximo grado de precisión en qué puede consistir cada una de las obligaciones que, en virtud del artículo 112 CPesp, cabría imponer. De cualquier forma, en primer lugar, hay una serie de caracteres generales sobre el resarcimiento que deben exponerse. Ante todo, conviene recordar que, precisamente porque la institución es de carácter reparatorio, cabe imponer varias prestaciones, ya sea de tipo específico, en especie o, incluso, indemnizatorias.<sup>209</sup> Asimismo, y en todo caso, se deben cumplir los requisitos establecidos en los artículos 1271, 1272 y 1273 CCesp, esto es, que la prestación que vaya a imponerse sea lícita, posible y determinada. En primer lugar, el requisito de la licitud viene contemplado en el artículo 1271 CCesp, que permite que puedan ser objeto de la prestación todas las cosas que estén fuera del comercio de los hombres, incluyéndose las futuras (se excluirían *e. gr.* los bienes de dominio público *a sensu contrario*). Del mismo modo, también impide que sean objeto de la prestación aquellos servicios contrarios a las leyes o a las buenas costumbres. En consecuencia, de acuerdo con este primer requisito, el objeto de la prestación debe recaer sobre un bien o servicio que se encuentre dentro del comercio, ya sea presente o futuro. En segundo lugar, el artículo 1272 CCesp establece el requisito de la posibilidad, según el cual no podrán ser objeto de la prestación las cosas y los servicios imposibles. En este sentido, la imposibilidad debe entenderse como absoluta y no como relativa, es decir, que es necesario que aquello que la obligación impone sea objetivamente factible desde el punto de vista técnico. Finalmente, en tercer lugar, se requiere que la prestación sea determinada o determinable, por lo menos en cuanto a su especie. Para ello, basta con que el Juez o Tribunal fije los parámetros con arreglo a los cuales puede cumplirse la obligación. En consecuencia, de acuerdo con todos los requisitos expuestos, el objeto de la prestación debe recaer sobre un bien o servicio que se encuentre dentro del comercio, ya sea presente o futuro, ser factible desde el punto de vista técnico y, además, ser determinado o determinable.<sup>210</sup>

Por otra parte, ya en lo que se refiere a las obligaciones en sí, recuérdese que la redacción del artículo 112 CPesp establecía tres tipos concretos de obligaciones que pueden imponerse: obligaciones de dar, de hacer y de no hacer. En esta línea, la obligación de dar debe entenderse directamente vinculada por el contenido de los artículos 1097, 1160, 1166, 1182 y 1183 CCesp.<sup>211</sup> De esta forma, la obligación de dar una cosa comprendería no sólo la entrega de ésta, sino la de todos sus accesorios, aunque no hayan sido

---

<sup>209</sup> *Cfr.* SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Artículo 112”, p. 333.

<sup>210</sup> Claramente, por todos, ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., “Artículo 112”, pp. 1404-1406.

<sup>211</sup> Así lo ha puesto de manifiesto PACHECO GUEVARA, A., “Artículo 112”, pp. 258-259.

expresamente mencionados. Del mismo modo, de acuerdo con el artículo 1160 CCesp no se entenderá válida la entrega de la cosa por quien no tenga la libre disposición de ella y la capacidad para enajenarla, aunque esto no aplicará si la obligación consiste en la entrega de una cantidad de dinero o cosa fungible. Por nuestra parte, entendemos que no cabría admitir la entrega de dinero como posible contenido de la obligación de dar, pues, en tal caso, se estaría abriendo el contenido de la reparación del artículo 112 CPesp a los postulados de la reparación por equivalente o indemnización, lo cual sería radicalmente incompatible con nuestra interpretación sistemática del precepto. Tampoco puede el deudor obligar al acreedor a recibir cosa diferente a la establecida, aun cuando fuera de igual o mayor valor que la debida. A continuación, en lo que se refiere a la extinción de la obligación de dar, el artículo 1182 CCesp indica que se entiende extinguida tal obligación si la cosa se perdiese o destruyese sin culpa del deudor y siempre que éste no se haya constituido en mora previamente. Igualmente, el artículo 1183 CCesp establece que se presumirá que la pérdida de la cosa ocurrió por culpa del deudor y no por caso fortuito cuando la cosa se haya extraviado estando en su poder. Todo ello, naturalmente, admitiendo prueba en contrario y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1096 CCesp. A continuación, en lo que respecta a la obligación de hacer, resulta de obligado cumplimiento lo dispuesto en los artículos 1098, 1161, 1166 y 1184 CCesp.<sup>212</sup> Así, de acuerdo con el artículo 1098 CCesp, si el obligado no hace una cosa o no la hiciera tal y como debiera hacerla, se mandará ejecutar a su costa y podrá condenársele a deshacer lo mal hecho. Al igual que en las obligaciones de dar, el deudor no puede ser obligado a recibir otra prestación diferente a la establecida sin su aceptación. Del mismo modo, sobre la obligación de no hacer, resulta oportuno recordar que no es una obligación puramente reparatoria. Al contrario, su papel en este ámbito encajaría más bien con la remoción de la fuente del daño o con la prohibición de seguir materializándolo.<sup>213</sup>

Finalmente, son de aplicación las indicaciones acerca de la mora previstas en el artículo 1100 CCesp respecto a la obligación de dar y de hacer. Por otro lado, respecto a las tres obligaciones, también debe observarse lo dispuesto en los artículos 1120, 1136, 1151 y 1185 CCesp. A ello se le añade que, independientemente del contenido de la obligación, de acuerdo con el artículo 1258 CCesp es necesario atender no sólo al cumplimiento de lo expresamente impuesto, sino también a todas las consecuencias que sean conformes a la buena fe, a la costumbre y a la ley según la naturaleza de cada forma de reparar.<sup>214</sup> También resulta de importancia subrayar que la prestación, si bien en principio deberá cumplirse tal y como viene establecida, nada impide que se acuerde por el Juez o Tribunal una indemnización en supuestos de imposibilidad sobrevenida en la fase de ejecución.<sup>215</sup>

#### 2.4. Especial referencia a los elementos pretendidamente punitivistas

---

<sup>212</sup> *Ibid.*, p. 259.

<sup>213</sup> En tal sentido, por todos, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, p. 107 y ALASTUEY DOBÓN, M<sup>a</sup> C., “La responsabilidad civil y las costas procesales”, pp. 608-609.

<sup>214</sup> PACHECO GUEVARA, A., “Artículo 112”, pp. 260-261.

<sup>215</sup> ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., “Artículo 112”, p. 1405.

Como hemos venido señalando en varias ocasiones, en la redacción del artículo 112 CPesp se comprueba la existencia de una serie de elementos que revisten cierto tono punitivo. Sin embargo, todos estos elementos pueden contrarrestarse desde una lectura del artículo 112 CPesp a partir del método sistemático. El primero y más evidente de todos estos signos es la referencia al culpable. Al respecto, la respuesta más reiterada es, directamente, que se trata de un error por parte del legislador. Por ello, se entiende que en su lugar el artículo 112 CPesp debería hacer mención al responsable civil para evitar posibles equívocos.<sup>216</sup>

El segundo elemento es la cita expresa a sus condiciones personales y patrimoniales como parámetro a tener en cuenta a la hora de imponer la obligación reparatoria. En congruencia con todo lo expuesto hasta ahora en este apartado, la referencia a éstas no puede conllevar en ningún caso una vulneración del principio de reparación integral del daño y, por tanto, una aminoración del *quantum*. Por el contrario, su inclusión respondería a la posibilidad de una modulación de la forma y plazo en la que ha de realizarse la reparación.<sup>217</sup> Así pues, si efectivamente se parte de que el artículo 112 CPesp contiene la reparación *in natura* y la reparación en especie, la inclusión de las citadas referencias se fundamentaría, precisamente, en la necesidad de tener en cuenta la capacidad prestacional del sujeto obligado para poder hacer frente a tales tipos de reparación. No en un pretendido principio de reparación en la medida de la propia capacidad. Consecuentemente, de una parte, las condiciones personales del responsable civil sólo deberán ser tenidas en cuenta para determinar si la reparación específica puede ser ejecutada por sí mismo o a su costa, sobre todo si ésta es de hacer y para ejecutarla fueran necesarios conocimientos técnicos especiales. De otra parte, las condiciones patrimoniales sólo servirían para poder concederle al obligado algún aplazamiento o fraccionamiento de la obligación.<sup>218</sup>

El tercer elemento es la posibilidad de que la obligación se ejecute a costa del “culpable”, indicando indirectamente que es éste el único obligado a resarcir. Este tipo de planteamientos no resultan completamente correctos, por dos motivos. En primer lugar, como bien indica CAVANILLAS MÚGICA el artículo 112 CPesp debe entenderse aplicable también a los responsables civiles, no sólo al penado o “culpable”, pues habría que dar a todos ellos la oportunidad de proceder a la ejecución *in natura*.<sup>219</sup> En segundo lugar, la posibilidad de que la obligación se ejecute a costa del “culpable” no implica que éste sea el único sujeto obligado a resarcir sino que, por el contrario, es una posibilidad abierta para que se pueda materializar la reparación específica en aquellos casos en los que el responsable carezca de los suficientes conocimientos o recursos específicos. De

---

<sup>216</sup> Entre otros, VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., “La responsabilidad civil derivada del delito”, “II. Extensión de la responsabilidad civil”, “2. Reparación del daño”, párr. 1, MOLINA BLÁZQUEZ, C., “La responsabilidad civil en el Código Penal de 1995”, “II. DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y SU EXTENSIÓN”, párr. 7, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, pp. 104-105, ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos*, pp. 176-177 y MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, p. 591.

<sup>217</sup> CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., “Artículo 112”, p. 369.

<sup>218</sup> De esta opinión, ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., “Artículo 112”, pp. 1406-1407. También en este sentido, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M<sup>o</sup> B., *La reparación del daño ex delicto*, pp. 133-134.

<sup>219</sup> CAVANILLAS MÚGICA, S., “Efectos de la responsabilidad civil ex delicto: reparación del daño”, p. 61.

cualquier forma, recuérdese que siempre queda abierta la vía de la reparación por equivalente o indemnización.

Por todo lo expuesto, desde el punto de vista sistemático, los elementos punitivistas no suponen una perversión del contenido puramente civil del artículo, sino que deben interpretarse de acuerdo con la propia trascendencia y complejidad de la reparación *in natura*.

### 3. Conclusiones provisionales de la aplicación del método sistemático

En virtud de todo lo expuesto hasta ahora, puede concluirse que el artículo 112 CPesp prevé una reparación del daño específica o *in natura* e, incluso, en especie.<sup>220</sup> De acuerdo con la propia conceptualización de este tipo de reparaciones, éstas se definen como aquellas que proceden a la reposición del perjudicado a la situación anterior a la materialización del daño. Por tanto, y a partir de este punto de vista, varias son las consideraciones que pueden hacerse. En primer lugar, que el artículo 112 CPesp presenta las características generales propias de la obligación reparatoria: es una deuda de valor, no personalísima, solidaria, renunciable e ilíquida. En este sentido, también debe resaltarse que el daño civil sigue siendo el presupuesto fundamental del nacimiento de la obligación de nuestro interés, el cual deberá interpretarse en todo caso de acuerdo con la estructura propia de la norma *ex delicto*. De la misma forma, resulta evidente que la naturaleza jurídica de la norma es completamente privada, al igual que el resto de modalidades de la responsabilidad civil *ex delicto*. Por nuestra parte, de acuerdo con esta naturaleza privada y en defecto de norma reguladora, nos hemos posicionado a favor de la facultad de elección del perjudicado entre las distintas modalidades.

Igualmente, si la institución tiene un carácter completamente resarcitorio, resulta de obligado cumplimiento el principio de reparación integral del daño. Los deudores en la relación jurídica serán el causante del daño y/o aquél al que la ley designe responsable civil. Por otro lado, el acreedor de la prestación será el perjudicado por el daño. También hemos comprobado cómo el posible contenido reparatorio previsto en el artículo 112 CPesp resulta verdaderamente abierto. Por otra parte, nos hemos detenido especialmente en reinterpretar los elementos pretendidamente punitivos desde el punto de vista sistemático. En primer lugar, hemos señalado que la referencia al culpable es un error por parte del legislador. Así, el artículo 112 CPesp debería haber hecho mención al responsable civil. En segundo lugar, el hecho de que se deban tener en cuenta las “condiciones personales y patrimoniales” del causante a la hora de imponer la obligación reparatoria correspondiente obedece a la necesidad de observar en qué medida puede el deudor hacer frente a la reparación *in natura*. No es, por tanto, una referencia al principio de reparación en la medida de la propia capacidad ni, mucho menos, puede suponer una merma del *quantum*. En tercer lugar, la posibilidad de ejecución a costa del responsable no es una referencia a que éste sea el único obligado a resarcir. Al contrario, la posibilidad de reparación específica debe poder aplicarse a todo responsable civil, sea o no

---

<sup>220</sup> De esta opinión, aunque únicamente hace referencia a la reparación *in natura*, MAGALDI PATERNOSTRO, M.<sup>a</sup> J., “Artículo 112”, pp. 892-893.

responsable penal. Del mismo modo, la referencia expresa a esta posibilidad se realiza para que sea posible materializar la reparación específica en aquellos casos en los que el responsable civil carezca de los suficientes conocimientos o recursos específicos. Es decir, para que se pueda colocar al perjudicado en la misma posición en la que estaba antes de la materialización del daño aun en los casos en los que el responsable civil no esté plenamente capacitado para ello.

## VI. MÉTODO TELEOLÓGICO

### 1. La aplicación del método teleológico

Habiendo examinado ya cuatro métodos hermenéuticos, nos encontramos ahora en una posición idónea para poder adentrarnos en la interpretación teleológica de la norma. Ciertamente, el método teleológico nos resulta el más complejo en este caso concreto, ya que el artículo 112 CPesp resulta un precepto de difícil lectura. Decíamos anteriormente que en este apartado consideraríamos, ante todo, la finalidad de la norma o *voluntas legis*, relacionándola con los límites que restringirían su interpretación. De esta forma, conoceríamos el texto normativo desde sí mismo, desconectándolo de su contexto jurídico y de la voluntad del legislador. Sin embargo, lo cierto es que a la luz de lo expuesto hasta ahora, no existe una finalidad clara y evidente de la norma que llegue a desplazar a todas las demás. Al contrario, parece que, dependiendo del método que se emplee, la finalidad de la norma sería una u otra. Es más, si se comparan los resultados obtenidos, parece que las respectivas finalidades ni siquiera coinciden entre sí. Por esta razón, procederemos de la siguiente forma. Primero, expondremos las posturas principales que sustentarían una u otra finalidad, desarrollándolas y contrastándolas entre sí. Segundo, tomaremos nuestra propia postura.

#### 1.1. Exposición de las dos posturas principales

A pesar de que hemos empleado cuatro métodos hermenéuticos hasta ahora, lo cierto es que ni del método literal ni del método histórico parece poder extraerse la finalidad del artículo con claridad. Por el contrario, a través de los métodos lógico-conceptual y sistemático sí es posible determinar la finalidad propia de la norma. Sin embargo, los dos métodos así como las correspondientes finalidades que se extraerían de su aplicación se contradicen frontalmente, lo cual, a su vez, quizás no debería producir perplejidad, ya que se trata de dos métodos complementarios entre sí. Recuérdese que la diferencia fundamental entre el método lógico-conceptual y el método sistemático es que el primero estudia la norma desde sí misma, mientras que el segundo estudia la norma desde la posición que ocupa en el ordenamiento. De cualquier forma, nuestra exposición del método lógico-conceptual se concluyó con la afirmación de que el artículo 112 CPesp introduce en el ordenamiento el llamado principio de reparación en la medida de la propia capacidad. Es decir, que de acuerdo con la aplicación del método lógico-conceptual, la finalidad de la norma o *voluntas legis* sería reparar el daño hasta donde la capacidad del culpable lo permita. Por otro lado, a través del método sistemático llegamos a la conclusión de que el artículo 112 CPesp contempla la reparación específica o *in natura*



así como la reparación en especie. En este orden de cosas, de acuerdo con el método sistemático, la finalidad de la norma no sería reparar en la medida de la propia capacidad sino materializar el principio de reparación integral del daño causado. En otras palabras, de acuerdo con el método sistemático, la finalidad de la norma es reparar el daño causado en su totalidad. Así las cosas, pasemos ahora a examinar estas posturas detenidamente.

De un lado, la primera postura se basa, ante todo, en los contenidos y principios jurídicos que la norma parece crear por sí misma. Así pues, lo más novedoso en la aproximación lógico-conceptual al artículo 112 CPesp resulta el planteamiento punitivizado que la norma realiza de la reparación del daño. En este sentido, si bien se sigue partiendo del daño civil, la norma altera el tratamiento de su reparación. En primer lugar, parece restringir su cumplimiento únicamente al culpable, entendiendo por éste aquel sujeto declarado penalmente responsable. Por tanto, la propia estructura de la norma de acuerdo con el método lógico-conceptual exige directamente una declaración previa de responsabilidad penal a un sujeto. Posteriormente, se procedería al análisis de los hechos desde el punto de vista civil, momento en el que resulta necesario comprobar la existencia de un ilícito privado. De esta forma, constatada esta responsabilidad criminal del sujeto así como el ilícito civil, debe procederse a la selección de la prestación reparatoria a imponer. Aunque el abanico de posibilidades es amplio, resulta que para su elección es necesario tener en cuenta la naturaleza del daño así como las condiciones personales y patrimoniales del culpable, por lo que estas últimas se configurarían como límite de la reparación, la cual adquiere efectivamente un carácter punitivo. Por otra parte, esta interpretación no sólo puede fundamentarse en el sentido literal de las palabras que el legislador escoge para la redacción del precepto, sino también en el contexto histórico-jurídico externo que rodeó al momento de la promulgación de la norma. En este sentido, ya exponíamos cómo el AE-WGM influenció claramente, según algunos autores, la promoción de instrumentos reparatorios como consecuencia jurídica alternativa o paralela a la pena en el Código Penal de 1995. De la misma forma, nada pareciera impedir que este proyecto alemán también influenciase la propia concepción penal de la reparación expresada en el artículo 112 CPesp. También en este sentido, si finalmente nos decantásemos por esta interpretación, la reparación prevista en este artículo se leería de acuerdo con el resto de preceptos penales que otorgan relevancia jurídica a la realización de actos de reparación.

Por otro lado, la segunda postura se fundamenta en la ubicación del artículo dentro del marco del ordenamiento jurídico. Esta metodología ciertamente representa la superación del método lógico-conceptual, el cual se ocupa del estudio de la norma desde sí misma, para adentrarse en la problemática de la norma como parte del ordenamiento jurídico en el que se enmarca. Por tanto, si se entiende que la reparación del daño es una cuestión bien diferenciada del nacimiento de esta obligación privada, no habría ningún problema en admitir que el artículo 112 CPesp se alinea, más bien, con esta primera posición. En efecto, partimos de una norma que rompe por completo con nuestra tradición jurídica, es decir, que debe admitirse que el precepto es novedoso en la aproximación realizada. No obstante, según el método sistemático, no debe perderse de vista que nuestro artículo se centra en el *cómo* se repara el daño. Igualmente, también es cierto que en el ordenamiento

español existe una laguna jurídica (al menos, decíamos, aparente) en lo que respecta a la problemática del resarcimiento. Sin embargo, ello no debería eclipsar la naturaleza jurídica completamente privada de la cuestión de la reparación del daño. En este sentido, partiendo de esta naturaleza privada, cabría rechazar toda interpretación punitivista por completo. A pesar de los enigmáticos términos en los que se expresa el legislador y de la novedad en el planteamiento de la reparación, si se parte de que el artículo realmente se ocupa en señalar *cómo* se repara el daño, nada parece impedir una lectura en este sentido. Por tanto, será necesario acudir a los tipos de reparación posible para poder ubicar correctamente la lectura del precepto. En este orden de cosas, si el artículo señala que es necesario tener en cuenta las condiciones personales y patrimoniales del sujeto para poder imponerle una prestación u otra, ello directamente quiere decir que el precepto está encaminado a declarar la posibilidad de la reparación específica o *in natura*, o bien, la reparación en especie.

De acuerdo con este planteamiento de la reparación, habría que reestablecer el *statu quo ante*, es decir, la situación anterior a la materialización del daño. Se trata de una previsión normativa que nunca antes había estado presente en nuestro ordenamiento, pero es perfectamente posible considerar que el legislador del Código Penal de 1995 haya decidido romper con el tradicional esquema reparación del daño *versus* indemnización del perjuicio y, consecuentemente, incluir ahora la reparación específica *versus* la reparación por equivalente o indemnización (la cual, recordemos, simplemente consiste en la entrega de una cantidad monetaria que compensaría el daño ocasionado). Esta lectura resulta perfectamente compatible, por un lado, con las novedades del propio precepto, ya que, de alguna forma, si se va a reestablecer el *statu quo ante* será necesario imponer cuantas prestaciones sean necesarias y, además, será oportuno tener en cuenta la capacidad prestacional y/o reparatoria del sujeto – la cual viene ya expresada por el propio artículo de forma nefasta a través de la mención a sus “condiciones personales y patrimoniales”. De cualquier forma, éstas no supondrían nunca un límite a la reparación integral del daño, ya que éste deberá resarcirse por completo. Por otro lado, esta lectura del artículo 112 CPesp también resultaría compatible con la interpretación del resto de modalidades de la responsabilidad civil *ex delicto*. En este sentido, la primera de ellas, la restitución, se aplicaría en aquellos supuestos en los que deba procederse al reintegro de la cosa (a pesar, no obstante, de los múltiples problemas interpretativos que denunciábamos *supra*). De alguna forma, esta modalidad se configuraría como un tipo particular de reparación específica o *in natura*. La segunda de las modalidades sería la prevista en el artículo 112 CPesp. Una reparación *in natura* o en especie, mucho más amplia y con bastante más margen de acción. Finalmente, la tercera modalidad, la indemnización, constituiría una modalidad capaz de hacer frente a aquellos supuestos en los que no cabe la reparación específica o en especie.

## 1.2. Toma de postura

Por nuestra parte, creemos que la segunda posición sería la postura más razonable para poder explicar la finalidad del artículo 112 CPesp. Consideramos efectivamente que el artículo 112 CPesp introduce en el ordenamiento jurídico la posibilidad de una reparación

*in natura* o específica. Desde nuestro punto de vista, esta postura sistemática es capaz de explicar prácticamente todas las incógnitas que rodean al artículo y, además, estimamos que lo hace de una forma bastante sólida. En este orden de cosas, expondremos en las siguientes líneas los motivos que nos llevan a adoptar esta tesis.

En primer lugar, a la vista de todo lo examinado hasta ahora en nuestro trabajo, la aproximación penal realizada por el artículo 112 CPesp nos resulta, ante todo, anecdótica. Hemos podido comprobar que, en realidad, no es la primera vez que el legislador español introduce ciertos elementos que pueden llegar a cuestionar el carácter completamente privado de la responsabilidad civil. Sin embargo, a pesar de todo ello, lo cierto es que nos encontramos ante la responsabilidad civil menos “punitivizada” de toda nuestra historia. Si se observa detenidamente la evolución conceptual y normativa de la responsabilidad civil *ex delicto* en nuestro sistema, se podrá comprobar fácilmente esta afirmación. Hasta ahora, nunca ha estado tan clara la diferenciación entre lo penal y lo civil en nuestro Código. Desde luego, el esfuerzo empleado por nuestro legislador en tal sentido resulta digno de alabanza, llegando incluso a indicar directamente en la Disposición Final Sexta que el Título V del Libro I (esto es, que los preceptos relativos a la responsabilidad civil *ex delicto*) tiene carácter de Ley ordinaria. Todo ello sin perjuicio de los comentarios críticos que vertíamos en el capítulo anterior sobre las problemáticas de la naturaleza jurídica y del nacimiento de la responsabilidad civil *ex delicto*. De cualquier forma, y a pesar de que tales cuestiones aún podrían dejarse todavía más claras, nos resulta evidente la naturaleza jurídica privada de toda la institución y, por consiguiente, también de la modalidad de reparación.

En segundo lugar, nos preguntábamos en el apartado lógico-conceptual acerca de la necesidad de romper con el modelo clásico de reparación del daño. En este apartado señalábamos la posibilidad de que, en el fondo, lo que se pretendía no era únicamente trascender la cuestionable división reparación del daño *versus* indemnización del perjuicio, sino incluir en el ordenamiento una aproximación completamente penal de la cuestión. Por nuestra parte, ciertamente reconoceremos la calidad de la pregunta y su más que razonable procedencia, máxime cuando, recordemos, la revisión del instituto ocurre tras la presentación de algunos Proyectos que pretendieron continuar con la tradición. Sin embargo, lo cierto es que muy a nuestro pesar no se conoce con total claridad a qué se debe un cambio tan pronunciado. En lo que respecta a la tesis punitivista, solamente el contexto histórico-externo así como la simple y llana redacción del precepto serían capaces de sostener tal postura. Por el contrario, la apertura de la modalidad de reparación hacia la normativización del resarcimiento en especie o *in natura* resulta una tesis más sólida, por varias razones. Primero, se regula una problemática concreta que hasta ahora nunca se había regulado, ni siquiera en el Código Civil. Segundo, se sigue interpretando la norma en el sentido privado tradicional. Tercero, si realmente se hubiera querido reexaminar los contenidos del precepto, muy probablemente se habría hecho de una forma mucho más pronunciada, creando *ad hoc* una institución ubicada fuera del ámbito de la responsabilidad civil sin una declaración expresa de su carácter privado (Disposición Final Sexta). Es cierto que se trata de una forma muy particular de romper con la tradición jurídica y de expresar el resarcimiento *in natura* o en especie, ya que es evidente que se

emplean para ello palabras con manifiestos rasgos penales. En este sentido, bien es cierto que es posible que la redacción empleada se inspire en el AE-WGM, pero ello no reviste, a nuestro juicio, suficiente fuerza por sí solo como para desplazar el concepto de reparación propio de nuestro ordenamiento. Insistimos en que, de ser así, se habría (o se debería haber) articulado de otra forma.

En tercer lugar, también nos preguntábamos por qué se abre tanto el abanico de posibilidades a la hora de reparar el daño. La respuesta, desde el punto de vista lógico-conceptual, la vinculábamos a la propia conceptualización penal de la reparación, la cual permitiría un amplio espectro de actividades resarcitorias de acuerdo con las condiciones personales y patrimoniales del culpable. No obstante, la respuesta obtenida desde los postulados del método sistemático resulta a nuestro juicio mucho más convincente, pues se expone que para poder materializar el restablecimiento del *statu quo ante* a través de una reparación específica o en especie, debe poder permitirse el máximo número de obligaciones posibles, ya que, en función del daño causado, se impondrá una u otra obligación. En este sentido, ciertamente puede contraargumentarse que si el artículo 112 CPesp contempla un modelo de reparación *in natura* que presenta un contenido tan amplio que, en puridad, es posible insertar en él las otras dos modalidades y, además, esta reparación específica se contrapone a la reparación por equivalente o indemnización, ¿por qué no se ha fundido la reparación *in natura* del artículo 111 CPesp con la del artículo 112 CPesp? Realmente, también se trata de una pregunta que no puede responderse más que con la intuición de cada uno, ya que no hay una única contestación. Quizás la respuesta habría de buscarse, por un lado, en la evidente dejadez del legislador penal, quien continúa con nuestra tradición jurídica y, por otro, en la aparente necesidad de diferenciar entre una reparación *in natura* específica en el artículo 111 CPesp, entendida sobre el bien objeto del delito, frente al resto de reparaciones específicas con carácter general previstas en el artículo 112 CPesp. Igualmente, en lo que respecta a la relación entre la reparación del 112 CPesp y la indemnización del 113 CPesp, pareciera necesario seguir manteniendo la distinción conceptual entre una y otra modalidad de resarcimiento, siempre que se parta de la tesis de que la primera es una reparación *in natura* o en especie y la segunda una reparación por equivalente, pues, en el fondo, son formas bien diferenciadas de hacer frente a la misma obligación resarcitoria. Por otra parte, y en esta segunda línea, si bien resulta conveniente diferenciar entre una y otra fórmula resarcitoria, podría argumentarse la necesidad de seguir vinculando la primera modalidad al daño y la segunda al perjuicio. Es decir, que a pesar de la diferenciación entre la modalidad de reparación *in natura* o en especie del artículo 112 CPesp frente a la modalidad de resarcimiento por equivalente del artículo 113 CPesp, lo cierto es que sendos artículos siguen vinculando sus respectivas modalidades al daño y al perjuicio correspondientemente. En este sentido, si se toma la tesis que aquí defendemos, resulta absurdo seguir diferenciando entre uno y otro concepto en las respectivas obligaciones resarcitorias.

En cuarto lugar, cuestionábamos la necesidad de hacer referencia al culpable así como a sus condiciones personales y patrimoniales a la hora de determinar la prestación reparatoria. Desde el punto de vista lógico-conceptual indicábamos que ello introduciría

el llamado principio de reparación en la medida de la propia capacidad y que, por tanto, supondría un planteamiento punitivizado de la reparación, pudiendo llegar a afectar al *quantum*. En cambio, desde la óptica sistemática, entendíamos que tal referencia incluía esta mención expresa debido a la necesidad de tener en cuenta la capacidad del sujeto para poder hacer frente a la reparación integral del daño, la cual, de acuerdo con la naturaleza *in natura* del artículo 112 CPesp, puede consistir prácticamente en casi cualquier tipo de prestación. Desde esta segunda perspectiva, además, cabe señalar que no es posible replantear o modificar el *quantum* de la reparación. El menoscabo ocasionado, de acuerdo con el principio de reparación integral del daño causado, debe resarcirse en su totalidad. De esta forma, si no fuese posible acudir a la reparación específica o en especie del artículo 112 CPesp, habrá que aplicar la reparación por equivalente o indemnizatoria del artículo 113 CPesp. También en este sentido nos preguntábamos acerca de por qué el artículo 112 CPesp incluye un mandato categórico a que sea el culpable quien deba reparar el daño. Nuevamente, nos encontramos ante un término de evidente carácter punitivo. Sin embargo, ello no debe ensombrecer la naturaleza jurídica completamente privada del instituto. Por un lado, la mención al culpable no resulta completamente adecuada, debería sustituirse por una referencia al “responsable civil”. Por otro lado, el referido mandato categórico a que sea el “culpable” quien se haga cargo personalmente de la prestación debe leerse en consonancia con el resto de artículos, los cuales, especialmente en el Capítulo II, declaran responsable a otras personas más allá del causante.

## 2. Conclusiones provisionales de la aplicación del método teleológico

Por todo lo expuesto hasta ahora, nos resulta obligado concluir este apartado señalando nuestra adhesión a la tesis de que el artículo 112 CPesp normativiza la llamada reparación específica o *in natura* así como el resarcimiento en especie. Desde nuestro punto de vista, los argumentos a favor de esta tesis de tipo sistemático superan en solidez a los argumentos lógico-conceptuales a favor de la tesis de corte punitivista. En primer lugar, estimamos que la naturaleza del precepto es incuestionablemente privada, para ello nos basamos, además de en los argumentos expuestos en el capítulo anterior, en el particular esfuerzo realizado por el legislador en delimitar las esferas penales de las privadas, ambas ubicadas a lo largo de todo el Código Penal. En segundo lugar, hemos puesto de relieve que la pretendida lectura punitivista del precepto únicamente se basa en su redacción así como en el contexto histórico-jurídico externo que rodeó a la promulgación de la norma. Por el contrario, aunque el artículo 112 CPesp rompe efectivamente con el tradicional tratamiento de la modalidad de reparación en sede de responsabilidad civil *ex delicto*, lo cierto es que el porqué de este cambio tan pronunciado no se conoce a la perfección. En este sentido, bien puede interpretarse que esta revisión se debe a la necesidad de normativizar la reparación *in natura* o en especie en nuestro ordenamiento. Por nuestra parte, entendemos que si realmente se hubiese querido reexaminar por completo la reparación para incorporarla al ordenamiento desde el punto de vista punitivo, lo más razonable habría sido extraerla del sistema de responsabilidad civil *ex delicto* y proceder a la creación de una institución *ex novo*. Todo ello, naturalmente, a pesar de los

controvertidos términos que el legislador emplea en el artículo 112 CPesp. También en este sentido, hemos declarado que podría ser cierto que la redacción de nuestro precepto se encuentre inspirada en el AE-WGM, pero entendemos que ello no es un argumento lo suficientemente sólido como para llegar a afirmar que se ha desplazado por completo el concepto de reparación privada propio de nuestro ordenamiento.

Por otro lado, sobre la apertura del abanico de posibilidades reparatorias que permite el artículo 112 CPesp, hemos indicado que ello se corresponde con la necesidad de tener un marco de acción lo suficientemente amplio como para abarcar cualquier tipo de obligaciones privadas que pudiesen contribuir al restablecimiento del *statu quo ante*, ya sea a través de una reparación específica o en especie. Igualmente, a través de la lectura en clave sistemática seremos capaces de explicar de forma convincente la relación del precepto de nuestro interés con las otras dos modalidades de la responsabilidad civil *ex delicto*. Por un lado, el artículo 111 CPesp, relativo a la restitución, se configuraría como una particular reparación *in natura*, siempre vinculada al objeto del delito frente al resto de reparaciones específicas, las cuales se realizarían bajo el amparo del artículo 112 CPesp, junto a la reparación en especie. Por otro lado, el artículo 113 CPesp recoge aquellas obligaciones reparatorias por equivalente o indemnizatorias, capaces de resarcir todos aquellos daños que no pudiesen repararse al amparo de los otros dos artículos. A pesar de la evidente diferencia entre la reparación *in natura* o en especie del artículo 112 CPesp y la reparación por equivalente del artículo 113 CPesp, también hemos puesto de manifiesto la necesidad de revisar el sustantivo que acompaña a una y otra modalidad resarcitoria, pues, de acuerdo con nuestra tradición histórica, se sigue diferenciando entre reparación *del daño* e indemnización *del perjuicio*. Si efectivamente se considera, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, que ambas nociones indican la misma realidad y, por tanto, idéntica causa eficiente de una obligación resarcitoria, no tiene sentido continuar con una disimilitud que únicamente puede conducir a equívocos.

## VII. PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN Y REFLEXIONES PERSONALES SOBRE LA NORMA

### 1. Interpretación del artículo 112 CPesp

Finalmente, dedicaremos este último apartado a exponer nuestra posición personal sobre la interpretación del artículo 112 CPesp. Para ello, como ya indicábamos, nos basaremos en una lectura conjunta de todos los métodos hermenéuticos aquí empleados. En este sentido, el orden de nuestra exposición será el siguiente: en primer lugar, presentaremos aquellas generalidades del precepto a tener especialmente en cuenta, las cuales coinciden con aquellas nociones previas que nos resultan imprescindibles para una correcta comprensión del artículo – fundamentalmente antecedentes históricos y conceptualizaciones. En segundo lugar, nos adentraremos en la cuestión acerca de la relación entre el artículo 112 CPesp y las otras dos modalidades de la responsabilidad civil *ex delicto*. Por nuestra parte, estimamos particularmente relevante no sólo reflejar la interpretación del artículo 112 CPesp, sino también remarcar cómo quedaría el ámbito de aplicabilidad del resto de modalidades resarcitorias. En tercer lugar, estudiaremos la

cuestión de los sujetos vinculados por la norma, respectivamente el deudor y el acreedor. En cuarto lugar, nos adentraremos en los contenidos de la prestación, es decir, en las obligaciones de dar, hacer y no hacer como objeto específico de la obligación resarcitoria del artículo 112 CPesp. En quinto lugar, analizaremos la problemática de cómo se determina la prestación concreta a imponer y, finalmente, examinaremos las cuestiones propias de su ejecución. Del mismo modo, para otorgar mayor amplitud y solidez a nuestro estudio hermenéutico, hemos considerado realizar un detenido análisis sobre cómo la jurisprudencia interpreta y aplica el precepto de nuestro interés. Como colofón a este capítulo, dedicaremos un último apartado a reflexionar sobre la norma, los intereses que ésta protege y la manera en la que lo hace, incluyendo nuestras conclusiones y consideraciones finales.

### 1.1. Algunas generalidades a tener en cuenta

Desde su inclusión en el Código Penal de 1848, la modalidad de reparación del daño en sede de responsabilidad civil *ex delicto* se ceñía al resarcimiento del menoscabo ocasionado a los bienes y a la propiedad hasta la aprobación del Código Penal de 1995. Durante todo este tiempo, la cuantificación del daño se realizaba a través de la observancia al precio de la “cosa” y al valor de afección del agraviado. Igualmente, debe indicarse que este planteamiento de la reparación como modalidad de la responsabilidad civil *ex delicto* permaneció prácticamente invariable durante casi 150 años, presentándose únicamente ligeros cambios en su redacción que, en puridad, no alteraban el contenido sustancial del precepto. En este orden de cosas, en lo que respecta a las otras dos modalidades, la restitución se venía entendiendo como el reintegro *lato sensu* de la cosa sustraída y, en contraposición a la reparación del daño a la “cosa”, la indemnización se hacía cargo de los perjuicios ocasionados a la persona.

La redacción actual del artículo 112 CPesp no llegaría hasta el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1994, el cual se materializaría en el actual Código Penal de 1995. Este Código se aprobó en la V Legislatura (1993 – 1996) bajo el Gobierno de Felipe González Márquez, siendo Ministro de Justicia Juan Alberto Belloch Julbe. En un principio, la redacción propuesta consistía en la misma literalidad que observamos actualmente, con la única diferencia de que el Proyecto no hacía mención a las obligaciones de dar. A lo largo de toda su tramitación, el artículo 112 del referido Proyecto permaneció casi invariable. No se le prestó mucha atención durante los debates parlamentarios, aunque se le llegaron a presentar un total de 3 enmiendas. De una parte, el Grupo Popular y el Grupo Mixto – Unió Valenciana presentaron una enmienda cada uno por escrito, las cuales proponían que el artículo continuase en la línea de nuestra tradición jurídica. De otra parte, el Grupo Popular presentó una enmienda *in voce* en el seno de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados que sugería que, en caso de no aceptarse la enmienda previamente presentada por ellos por escrito, se incorporase la referencia a las obligaciones de dar, de conformidad con el artículo 1088 CCesp. Finalmente, sólo se acabó aprobando esta última enmienda *in voce* por unanimidad y, una vez realizada esta modificación, se mantuvo la literalidad del precepto durante todo el proceso legislativo hasta la aprobación final del Código. En este orden de

cosas, si bien resulta evidente la firmeza del Grupo Socialista en modificar el precepto y en reexaminar los contenidos de la modalidad de reparación del daño en sede de responsabilidad civil *ex delicto*, lo cierto es que se desconocen las razones y los objetivos concretos que llevaron al Gobierno a su modificación.

De cualquier forma, resulta de vital importancia tener en cuenta dos características básicas sobre el artículo 112 CPesp. En primer lugar, se trata de un artículo que se enmarca en el seno de la responsabilidad civil *ex delicto*, junto con las instituciones de reparación (art. 111 CPesp) y de indemnización (art. 113 CPesp). En segundo lugar, es fácilmente comprobable cómo nuestro ordenamiento vincula la responsabilidad civil *ex delicto* al campo del Derecho privado y, consecuentemente, la modalidad de reparación no constituye una excepción. En este sentido, por una parte, la Disposición Final Sexta indica que el Título V del Libro I (es decir, los preceptos relativos a la responsabilidad civil *ex delicto*) tienen carácter de Ley ordinaria y, por otra parte, el artículo 34.2 CPesp expone categóricamente que las sanciones reparadoras establecidas por las leyes civiles o administrativas no se reputarán penas. Así, cabe resaltar que, a pesar de su cuestionable redacción desde el punto de vista iusprivatístico, el artículo 112 CPesp tiene efectivamente naturaleza privada y se centra en regular una de las posibles formas de resarcimiento del daño. En este orden de cosas, nuestro artículo prevé la posibilidad de resarcimiento del daño por medio de la reparación específica o *in natura* y en especie. Así pues, por un lado, la reparación específica consiste en reponer al perjudicado a la situación anterior a la materialización del daño, mientras que, por otro lado, la reparación en especie equivale a la entrega de bienes con un valor equiparado al del daño ocasionado. Ciertamente, suele entenderse que la reparación *in natura* resulta la más beneficiosa para el perjudicado y, por tanto, la más idónea. No obstante, únicamente procedería en aquellos casos en los que la materialización del *statu quo ante* sea posible. *A sensu contrario*, si el daño ocasionado es irrevocable, no es posible aplicar esta reparación específica. Igualmente, también se rechaza este tipo de reparación si resulta excesivamente onerosa respecto al daño efectivamente causado o bien si es física o jurídicamente imposible.

De acuerdo con esta naturaleza privada y este sentido resarcitorio, deberán admitirse los caracteres generales propios de la obligación reparatoria que presenta el artículo 112 CPesp: es una deuda de valor, no personalísima, cabe su declaración como solidaria, es renunciable e ilíquida. Igualmente, la finalidad y fundamento de la institución no es otra que la obligatoriedad de reparar el daño causado. La aplicación del artículo 112 CPesp se rige por el principio dispositivo y, en tal sentido, es el perjudicado quien ostenta la posibilidad de solicitar la prestación concreta a imponer y no el causante. De la misma forma, es posible solicitar medidas cautelares si fuese preciso.<sup>221</sup> Por lo demás, la obligación reparatoria del artículo 112 CPesp es transmisible y se extingue igual que el resto de condenas civiles: tras el pago o cumplimiento, pérdida de la cosa debida, condonación de la deuda, confusión de los derechos de acreedor y deudor, compensación o, incluso, por novación (art 1156 CCesp).<sup>222</sup> En lo que respecta a su sustanciación en el

---

<sup>221</sup> También de esta opinión PACHECO GUEVARA, A., “Artículo 112”, p. 266.

<sup>222</sup> CAVANILLAS MÚGICA, S., “Extinción de la responsabilidad civil *ex delicto*”, pp. 131-135.



proceso penal, ello obedece a razones de economía procesal y a los planteamientos utilitaristas que el legislador decimonónico plasmaría en el Código Penal inspirándose en la doctrina de BENTHAM. De acuerdo con este planteamiento, la totalidad de la responsabilidad civil *ex delicto* se construye como una consecuencia jurídica a partir de unos hechos subsumibles en un delito. Esta consecuencia jurídica, tal y como está estructurada, reviste cierta autonomía respecto al delito, pues, a pesar de necesitar de la previa constatación de un ilícito penal, está regida por una serie de criterios ajenos al Derecho punitivo. Sin embargo, puede afirmarse que la responsabilidad civil *ex delicto* obedece a una suerte de razonamiento *a maiore ad minus* o *a fortiori* en el que, comprobada la premisa mayor, el delito, con más razón existirá la premisa menor, el ilícito civil. Finalmente, conviene hacer valer que, a pesar de esta diferenciación estructural, el cumplimiento de la obligación resarcitoria tiene aparejada importantes consecuencias penales y penitenciarias: atenuante (art. 21.5 CPesp), causa de exclusión de la punibilidad (*e. gr.* en delitos contra los derechos de los trabajadores, art. 314 CPesp), aplicación del tipo privilegiado (*e. gr.* en delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, art. 340 CPesp), suspensión de penas privativas de libertad (art. 80 CPesp), obtención del tercer grado (art. 72 apartados 5 y 6 LOGP), obtención de la libertad condicional (art. 90 CPesp) y suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable (art. 92 CPesp).

#### 1.2. Sobre la relación entre el artículo 112 CPesp y el resto de modalidades de la responsabilidad civil *ex delicto*

A lo largo de este trabajo nos esforzábamos por diferenciar entre dos cuestiones que, de alguna forma, también la legislación separa. Así, distinguíamos entre la cuestión del nacimiento de la obligación reparatoria y la problemática del cumplimiento de ésta. De una parte, la primera cuestión aparece regulada tanto en el Código Civil (arts. 1101 y 1902 CCesp) como en el Código Penal (109.1 y 116.1 CPesp). Sin embargo, de otra parte, la segunda problemática únicamente aparece regulada en el Código Penal. De esta forma, los artículos 110 a 113 CPesp desarrollan el contenido de la responsabilidad civil *ex delicto* que, en este sentido, viene a ser el sistema a través del cual se indica cómo se repara *lato sensu* el daño causado. Por tanto, lo cierto es que las tres modalidades indican formas bien diferenciadas de hacer frente a la obligación resarcitoria, es decir, que tienen un ámbito de aplicación bien diferenciado. Es por ello que quisiéramos dedicar algunas líneas a delimitar el ámbito del artículo 112 CPesp frente al del resto de modalidades resarcitorias, para así poder otorgar más consistencia a nuestra lectura del precepto.

En primer lugar, debe subrayarse que, a pesar de la exposición del artículo 110 CPesp, no existe un orden de prelación entre las diferentes modalidades de la responsabilidad civil *ex delicto*, ya que si efectivamente se trata de una obligación privada, ésta se regiría por los principios rogatorio y dispositivo. Por tanto, el perjudicado tendría, en principio, la facultad de poder elegir entre una u otra modalidad resarcitoria siempre y cuando ésta resultase posible y la ley no imponga una modalidad concreta. En esta línea, respecto al ámbito de aplicabilidad de las referidas modalidades, la restitución se aplicaría en aquellos supuestos en los que deba procederse al reintegro del bien objeto del delito, con

los matices y problemas interpretativos que desarrollábamos *supra* en el capítulo anterior. Esta modalidad sería aplicable, ante todo, en aquellos supuestos que consisten *lato sensu* en una desposesión. Se trata, en el fondo, de una suerte de resarcimiento específico. Por otra parte, como ya decíamos, la reparación del daño del artículo 112 CPesp puede aplicarse en aquellos casos en los que sea factible una reparación *in natura* o en especie, es decir, bien cuando sea posible la reintegración del *statu quo ante* o bien cuando se acepte la entrega de bienes por idéntico valor al daño causado. Finalmente, la indemnización del perjuicio del artículo 113 CPesp equivale al resarcimiento por equivalente pecuniario, es decir, por una compensación del daño a través de la entrega de una cantidad monetaria. Esta última modalidad se aplicaría directamente en aquellos supuestos en los que no cabe la reparación específica o en especie. Por nuestra parte quisiéramos resaltar que aunque los términos reparación e indemnización, daño y perjuicio resultan sinónimos desde un punto de vista jurídico, lo cierto es que el legislador realiza un ejercicio de delimitación que puede llegar a compartirse respecto al primer binomio de términos. Efectivamente, la reparación es lo mismo que la indemnización desde el punto de vista civil, pero el legislador distingue con acierto, a nuestro modo de ver, entre la reparación específica del 112 CPesp y la indemnización del 113 CPesp. Quizás sería aconsejable que se incorporase algún elemento más en la redacción que permita separar aún más estas instituciones, aunque, como decimos, consideramos que tal diferenciación resulta más o menos clara. Sin embargo, lo que sí resulta criticable es seguir diferenciando entre la reparación *del daño versus* la indemnización *del perjuicio*. A nuestro modo de ver, tales sustantivos indican la misma realidad, que no es otra que la causa eficiente por antonomasia de la obligación resarcitoria: el menoscabo ocasionado. Consecuentemente, estimamos que debería suprimirse esta pretendida distinción.

De cualquier forma, a pesar de que la legislación *ex delicto* permite la aplicación selectiva entre las tres modalidades, ocurre que en la práctica judicial predominan de forma abrumadora las condenas de carácter pecuniario. No obstante, la doctrina llega a denunciar que no hay uniformidad en cuanto a la terminología empleada por la jurisprudencia, mezclándose indistintamente las correspondientes referencias a los diferentes conceptos resarcitorios.<sup>223</sup> En realidad, la indemnización resulta la fórmula de resarcimiento más cómoda de aplicar ya que cualquier menoscabo es siempre reconducible a la idea de daño y, en consecuencia, a través de la reparación por equivalente sólo habría que preocuparse por su cuantificación. Por el contrario, también debe hacerse valer la alta frecuencia de impagos ya que, de alguna forma, tal condena presume una solvencia por parte del perjudicado que no siempre resulta efectiva. Sin embargo, no siempre se puede elegir entre una y otra modalidad resarcitoria, ya que es el propio precepto especial el que indica cómo debe procederse para tutelar el interés privado en un delito concreto. Tomemos por ejemplo el artículo 225 bis CPesp, relativo a la sustracción de menores, el cual tiene en cuenta únicamente la restitución del menor para la aplicación del tipo privilegiado o de la causa de exclusión de punibilidad. En este ejemplo concreto, nos resulta evidente que no se puede permitir el resarcimiento del daño

---

<sup>223</sup> Por todos, *vid.* ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos*, p. 186.

a través de cualquier otra modalidad que no sea la restitución del objeto material sobre el que recae la acción delictiva, que en este caso coincide con la entrega del menor. Por otra parte, bien es cierto que puede cuestionarse si la palabra restitución resulta apropiada para definir el resarcimiento en este supuesto concreto, ya que resultaría defendible sostener que, en el fondo, se trata de una reparación *in natura* en la que se está procediendo a reintegrar el *statu quo ante*. De cualquier forma, lo cierto es que los términos “restitución”, “reparación”, “indemnización” y “responsabilidad civil” se emplean de forma indistinta a lo largo de la legislación penal para hacer referencia al resarcimiento o, simplemente, a la tutela del interés privado, aunque ante todo prevalece la referencia *lato sensu* a la reparación del daño. En el fondo, bien podría decirse que se trata de una cuestión prácticamente irrelevante desde el punto de vista penal, ya que la diferencia entre una y otra modalidad es la manera en la que ésta hace frente al interés privado. Habrá que acudir, por tanto, a los hechos y al delito concreto para valorar qué modalidad resarcitoria es posible aplicar al supuesto concreto.

### 1.3. Una lectura detenida del precepto

#### A. La estructura de la norma y su *causa efficiens*

Por su parte, el artículo 112 CPesp presenta la estructura básica de la norma jurídica: supuesto de hecho y consecuencia jurídica. Por un lado, el supuesto de hecho exige la constatación del ilícito penal y el ilícito civil, por otro lado, la consecuencia jurídica es la imposición de prestaciones encaminadas al restablecimiento del *statu quo ante* al causante y/o aquél a quien proceda designar responsable de acuerdo con la legislación civil. En lo que respecta particularmente al supuesto de hecho, una vez comprobada la concurrencia del ilícito penal, se procede a analizar los mismos hechos desde el punto de vista del Derecho civil, más concretamente del Derecho de daños. En esta línea, se examinará si son apreciables los elementos constitutivos del ilícito civil: acción u omisión, imputación subjetiva, imputación objetiva y, ante todo, el daño. Es éste el elemento central de la obligación civil y, de acuerdo con lo que decíamos anteriormente, lo definíamos como aquél menoscabo directamente sufrido como resultado del comportamiento del causante. Sus requisitos básicos son la certeza, efectividad o realidad, en cuanto a exigencia de su máxima concreción fáctica; ilicitud, en el sentido de que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportarlo; el ser directamente imputable a la acción u omisión del causante, impidiendo atribuirle a éste aquellos menoscabos que se sitúen más allá de la esfera de consecuencias que cabría esperar de su acción dañosa; y personal, es decir, que sea el propio afectado quien individualmente lo sufra. Además, el concepto de daño viene integrado fundamentalmente por las nociones de daño emergente, en cuanto al menoscabo concreto directamente sufrido como consecuencia del comportamiento del causante, y de lucro cesante, es decir, aquella ganancia dejada de obtener como consecuencia de lo anterior.

Finalmente, en cuanto a la problemática de la *causa efficiens* nos resulta importante resaltar que, en contraste con el planteamiento tradicional mediante el cual el daño se limitaba a aquél ocasionado a la “cosa”, el artículo 112 CPesp entiende el daño en su

significado completo, sin límite material alguno. Nuevamente, la diferencia con la indemnización del artículo 113 CPesp ya no reside en el *corpus* material que recibe el menoscabo, sino en la forma de hacer frente al resarcimiento del daño.

#### B. El sujeto responsable y el sujeto acreedor

Desde la lectura del artículo 112 CPesp parece poder inferirse que es el “culpable” quien debe hacer frente al resarcimiento *in natura* o en especie. Este sujeto, en principio, podría coincidir con el responsable penal, ya que la literalidad de los diferentes preceptos del Código Penal parece emplear de manera alterna, casi sin ningún criterio organizador, las expresiones de autor, culpable y delincuente como si fueran sinónimos, haciendo referencia, simplemente, a aquél sujeto penalmente responsable por la comisión de un delito. Sin embargo, lo cierto es que, a pesar de la desafortunada mención, este artículo debe leerse en conjunto con el resto de preceptos dedicados a la responsabilidad civil *ex delicto* y, consecuentemente, se debe entender que es el responsable civil quien se hará cargo de las obligaciones resarcitorias. Por otro lado, el artículo 112 CPesp también hace referencia a que las prestaciones también pueden ser ejecutadas a costa de este responsable civil. Esta posibilidad permite que se sustancie la reparación *in natura* aún en los casos en los que ésta no pueda ser ejecutada de propia mano por el responsable civil, por ejemplo, por carecer de los suficientes conocimientos técnicos como para llevarla a cabo. Sin embargo, esta opción parece presumir cierta solvencia económica por parte del responsable civil.

De otra parte, resulta fácilmente comprobable cómo nuestro artículo no hace referencia alguna al sujeto titular de la prestación reparatoria, esto es, a quién hay que resarcir. Esta problemática se resuelve a partir de la verificación de que, si el daño es el elemento principal del nacimiento de la prestación y es, igualmente, aquello que hay que resarcir, el *accipiens* sería el perjudicado, es decir, aquella persona que sufre el daño en sus bienes o en su persona. Ciertamente, esta concepción puede ampliarse *ad infinitum*, especialmente en aquellos supuestos de daño múltiple, provocando un número ilimitado de personas con derecho a la reparación. Sin embargo, es en este punto donde debe tenerse en cuenta particularmente el requisito de la imputabilidad directa del daño, obligando al sujeto a resarcir únicamente aquellos daños ubicados dentro de la esfera de consecuencias naturales que cabría esperar como consecuencia de su acción dañosa.

#### C. El contenido de la obligación reparatoria

Constatado el daño, de acuerdo con el artículo 112 CPesp debe imponerse alguna prestación que permita resarcirlo y reintegrar el *statuo quo ante*. No cabe entender la obligación como algo abstracto o desligado de la idea del daño. Al contrario, la obligación a imponer debe encontrarse directamente dirigida a resarcir el daño ocasionado y devolver al perjudicado a la situación anterior a la materialización del daño. En este sentido, si el objetivo fundamental de las prestaciones del artículo 112 CPesp es reintegrar el *statu quo ante*, es posible que sea necesario remover la fuente del daño para evitar que se sigan produciendo o, incluso, prevenir la formación de otros daños. Técnicamente esto excede de la función resarcitoria del instituto, aunque puede ser de vital importancia para otorgar

un verdadero sentido al resarcimiento. Por ello, aunque de acuerdo con la función de reintegración del *statu quo ante* pueden imponerse prestaciones que eliminen la fuente del daño y/o prevengan la formación de otros además de las prestaciones puramente resarcitorias, éstas se encuentran fuera del ámbito propiamente restaurador. En este orden de cosas, resulta bastante amplio el espectro de prestaciones que pueden imponerse de conformidad con el artículo 112 CPesp para reintegrar el *statu quo ante*. Esta redacción se inspira en la del artículo 1088 CCesp, citado expresamente para la defensa de la enmienda *in voce* presentada en el debate sobre la inclusión de las obligaciones de dar en el seno de la Comisión de Justicia e Interior, la cual, a su vez, sería posteriormente aceptada. Sin embargo, la diferencia fundamental entre nuestro artículo y el 1088 CCesp es que el primero enumera aquellas obligaciones que pueden seleccionarse para reintegrar el *statu quo ante* o reparar en especie y el segundo enlista la totalidad de obligaciones civiles posibles. En consecuencia, para devolver al perjudicado a la situación anterior a la materialización del daño (incluyendo el resarcimiento en especie) es posible imponer cualquier tipo de obligación civil, incluidas aquellas que no formarían parte de nuestro estricto concepto de resarcimiento. En otras palabras, resulta posible imponer varias prestaciones de acuerdo con el artículo 112 CPesp.

En cuanto a las prestaciones concretas que cabe imponer bajo el amparo del artículo 112 CPesp, se deben cumplir los requisitos contemplados en los artículos 1271, 1272 y 1273 CCesp, es decir, que la prestación que vaya a imponerse sea lícita, posible y determinada. En cuanto a la licitud, se exige que el objeto de la prestación recaiga sobre cualquier cosa dentro del comercio de los hombres, ya sea presente o futuro, entendiéndose excluidas aquellas cosas y servicios contrarios a las leyes o a las buenas costumbres. Respecto a la posibilidad, no podrán ser objeto de la prestación las cosas y los servicios imposibles, es decir, es necesario que aquello que la obligación impone sea objetivamente factible desde el punto de vista técnico. En tercer lugar, se requiere que la prestación sea determinada o determinable, por lo menos en cuanto a su especie. Para ello, basta con que el Juez o Tribunal fije los parámetros con arreglo a los cuales puede cumplirse la obligación. En consecuencia, de acuerdo con todos los requisitos expuestos, el objeto de la prestación debe recaer sobre un bien o servicio que se encuentre dentro del comercio, ya sea presente o futuro, ser factible desde el punto de vista técnico y, además, ser determinado o determinable. A todo ello, además, se le añade que, de conformidad con el artículo 1258 CCesp, es necesario atender no sólo al cumplimiento de lo expresamente impuesto, sino también a todas las consecuencias que sean conformes a la buena fe, a la costumbre y a la ley.

En primer lugar, la obligación de dar aparece vinculada por el contenido de los artículos 1097, 1160, 1166, 1182 y 1183 CCesp. En este orden de cosas, la obligación de dar comprendería no sólo la entrega de ésta, sino la de todos sus accesorios, aunque no hayan sido expresamente mencionados. Del mismo modo, de acuerdo con el artículo 1160 CCesp no se entenderá válida la entrega de la cosa por quien no tenga la libre disposición de ella y la capacidad para enajenarla, aunque esto no aplicará si la obligación consiste en la entrega de una cantidad de dinero o cosa fungible. Debe excluirse el dinero del ámbito de aplicación de esta obligación, pues de incluirse se estaría incorporando la

reparación por equivalencia o indemnizatoria, lo cual resultaría incompatible con nuestra lectura de ambos preceptos. Tampoco puede el deudor obligar al acreedor a recibir cosa diferente a la establecida, aun cuando fuera de igual o mayor valor que la debida. Finalmente, el artículo 1182 CCesp indica que se entiende extinguida tal obligación si la cosa se perdiese o destruyese sin culpa del deudor y siempre que éste no se haya constituido en mora previamente. En este sentido, el artículo 1183 CCesp establece que se presumirá que la pérdida de la cosa ocurrió por culpa del deudor y no por caso fortuito cuando la cosa se haya extraviado estando en su poder. Todo ello admitiendo prueba en contrario y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1096 CCesp.

En segundo lugar, la obligación de hacer se vincula directamente por lo dispuesto en artículos 1098, 1161, 1166 y 1184 CCesp. De esta manera, si el obligado no hace una cosa o no la hiciera tal y como debiera hacerla, se mandará ejecutar a su costa y podrá condenársele a deshacer lo mal hecho de conformidad con el artículo 1098 CCesp. Además, según el artículo 1161 CCesp, el acreedor no puede ser obligado a recibir la prestación o servicio de un tercero si la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen observado al establecer la obligación. En este sentido, el artículo 1166 CCesp prohíbe que se obligue al deudor a recibir otra prestación diferente a la establecida sin su aceptación. Por otra parte, el artículo 1184 CCesp indica que el deudor se liberará de la obligación de hacer si la prestación resulta legal o físicamente imposible. Finalmente, en cuanto a la obligación de no hacer, resulta polémica su inclusión en el artículo 112 CPesp. Desde nuestro punto de vista, ello obedece a la necesidad de incluir mecanismos accesorios más allá de la reparación para la debida remoción de la fuente del daño o la prohibición de seguir materializándolo. Como señalábamos, entendemos que no forman parte del catálogo de prestaciones puramente reparatorias, sino más bien del de las acciones de tipo inhibitorio, cesatorio o preventivo. En esta línea, nos resulta que, al menos en línea de principio, son obligaciones de tipo personalísimo, ya que resulta difícil concebir que esta obligación pudiera ser asumida por otra persona. Efectivamente, si la obligación consiste en abstenerse de realizar un comportamiento, ya sea porque ha venido ocasionando un daño o porque se puede llegar a ocasionar, no tiene mucho sentido que ésta fuese transmisible o ejecutable por otra persona que no fuese el obligado.

En este orden de cosas, puede comprobarse que el artículo 112 CPesp permite un margen ciertamente amplio de maniobras reparatorias, llegando a abarcar todas las prestaciones que nuestro ordenamiento permite imponer de conformidad con la legislación civil. Este hecho se debe a que, de acuerdo con la función del artículo 112 CPesp, es necesario poder reintegrar el *statu quo ante* y/o habilitar la reparación en especie y, consecuentemente, resulta imprescindible tener habilitación legal para imponer cualquier tipo de prestación en este sentido.

#### D. La determinación de la obligación reparatoria

A continuación, habiendo determinado el *quid* acerca de qué tipo de prestaciones se pueden imponer, pasaremos ahora a reflejar cómo debe seleccionarse la prestación concreta. Por su parte, el artículo 112 CPesp indica que, para establecer las obligaciones específicas que van a imponerse, debe atenderse la naturaleza del daño y las condiciones

personales y patrimoniales del culpable. Son, por tanto, dos elementos a tener en cuenta a la hora de la determinación de la obligación reparatoria.

De una parte, la expresión “naturaleza del daño” viene a reflejar la necesidad de observar detenidamente el contenido y/o las posibles clasificaciones del daño concreto, aquél que consta según los hechos. Este elemento se propone debido a que, dependiendo cómo sea éste, la obligación concreta a imponer será una u otra dentro del amplio abanico de posibilidades que el artículo 112 CPesp ofrece. En este sentido, el daño en sí es el menoscabo injusto, real, directo y personal que sufre un sujeto en sus intereses privados, es decir, que se trata de un concepto que coincide por completo con la noción de daño propia del Derecho privado. Se integra, además, por las nociones de daño emergente y lucro cesante, y en todo caso, se exige la máxima concreción fáctica, en cuanto a existencia innegable y cuantía. También en este sentido existen multitud de clasificaciones posibles que deberán tenerse en cuenta. Por nuestra parte, ya indicábamos que lo más razonable sería emplear el máximo número de clasificaciones posible, a fin de aportar tantas características del daño como procedan de cara al restablecimiento del *statu quo ante*. De esta forma, y en muy resumidas cuentas, diferenciábamos por un lado entre el daño material, patrimonial y corporal en función del objeto que se viese afectado por el menoscabo. Por otro lado, se distingue entre el daño inmediato y el daño mediato o diferido según el tiempo en el que éstos hayan tardado en aparecer. Igualmente, el daño puede ser o bien directo o indirecto (*par ricochet*) si se toma como referencia cómo se ha afectado al perjudicado en función de la acción. Del mismo modo, según el tiempo en que el daño resulte apreciable se distingue entre daño permanente e instantáneo si fuera prolongado en el tiempo por la acción paralela del causante o bien fuese causado por el comportamiento del causante en un único momento espacio-temporal.

De otra parte, la mención a las “condiciones personales y patrimoniales del culpable” resulta ciertamente una referencia de corte penalista. Sin embargo, ello no puede distorsionar la correcta lectura del precepto de acuerdo con el Derecho de daños. Así, por un lado, ya indicábamos que la mención al culpable no debería interpretarse en un sentido punitivo, sino que, por el contrario, debe entenderse que se está haciendo referencia al sujeto civilmente responsable, ya sea por haber sido de propia mano el causante del daño o por ser la persona a la que el sistema de daños obliga a responder. Por otro lado, hacer mención a las condiciones personales y patrimoniales del responsable obedece a la imperiosa necesidad de tener en cuenta la capacidad prestacional del sujeto obligado para poder hacer frente a las obligaciones impuestas para el restablecimiento del *statu quo ante*. En este sentido, este tipo de condiciones jamás podrán servir para aminorar el *quantum* resarcitorio, sino más bien para poder seleccionar con mejor criterio el *cómo* debería procederse a condenar al individuo a restablecer el *statu quo ante*, es decir, para seleccionar una prestación u otra, para determinar si ésta puede ser ejecutada por el propio responsable o a su costa, para poder concederle al obligado algún aplazamiento o fraccionamiento de la obligación, etc. En otras palabras, su inclusión respondería a la posibilidad de una modulación de la forma y plazo en la que ha de realizarse la reparación. De cualquier forma, atender a las condiciones personales del culpable implica considerar aquellas circunstancias, características o particularidades propias del sujeto que, de

alguna manera, afectan o limitan su capacidad prestacional – tales como su edad, estado de salud, situación familiar o profesional, adicciones, impedimentos físicos o psicológicos, personalidad o forma de ser, conocimientos empresariales, laborales técnicos o científicos, etc. A estas características propiamente personales, deberían poder añadirse otras circunstancias que, sin ser estrictamente individuales, también son elementos que pueden determinar e influir en la personalidad y, por ende, en su capacidad prestacional, como su entorno social o cultural. También en este sentido, y por oposición a las circunstancias patrimoniales, este elemento debería revestir la característica de no estar vinculado de forma clara y evidente al patrimonio del sujeto, para no entremezclar los ámbitos de una y otra condición. Por el contrario, las condiciones patrimoniales del culpable designan la totalidad de derechos y bienes susceptibles de estimación económica que se encuentran a disposición del sujeto, incluyendo cargas y obligaciones. En otras palabras, que debe tenerse en cuenta el balance patrimonial del responsable civil.

Una última consideración sobre esta problemática: el papel de las partes y del Juez o Tribunal a la hora de la selección de la prestación obligatoria. En tal sentido, debe acentuarse que la aplicación de los contenidos del artículo 112 CPesp se rige por el principio dispositivo y, en consecuencia, de una parte, la solicitud de la prestación concreta a imponer corresponde al perjudicado y no al responsable civil y, de otra, la efectiva imposición de la obligación concreta corresponde al Juez o Tribunal. No obstante, resulta evidente que, de cualquier forma, es oportuno observar atentamente las referidas circunstancias personales y patrimoniales del responsable civil a la hora de la condena, ya que son un elemento fundamental que el propio artículo 112 CPesp impone tener en cuenta para su correcta aplicación. Por tanto, a pesar de que, en puridad, al responsable civil no le correspondería ninguna función a la hora de seleccionar la obligación resarcitoria concreta, lo cierto es que no pueden dejar de considerarse sus condiciones personales y patrimoniales en este sentido. Por lo expuesto, y en resumidas cuentas, indicaríamos que, de acuerdo con el artículo 112 CPesp el perjudicado es quien propone las obligaciones concretas y que el Juez o Tribunal es quien dispone de ellas en función de la naturaleza del daño y de las mencionadas condiciones personales y patrimoniales del responsable civil. En consecuencia, al Juez o Tribunal se le asignan varias tareas expresas de acuerdo con el artículo 112 CPesp: primero, constatar el supuesto de hecho para el nacimiento de la obligación de reparar, segundo imponer la correspondiente obligación atendiendo a los dos elementos mencionados en el precepto y, tercero, determinar si autoriza que la obligación impuesta sea ejecutada a costa del responsable civil.

#### E. La ejecución de la reparación

Una vez determinadas las obligaciones a imponer, el responsable civil debe ejecutarlas. Sin embargo, el propio artículo 112 CPesp permite que el Juez o Tribunal autorice que tales obligaciones sean ejecutadas a costa del mencionado responsable. Desde nuestro punto de vista, si efectivamente se pretende un resarcimiento *in natura* o una reparación en especie, nada parece impedir que, como regla general, se pueda autorizar tal ejecución a costa del responsable civil, ya que, en definitiva, al perjudicado, que es quien solicitaría



la aplicación del artículo 112 CPesp, le será indiferente que la prestación venga ejecutada por el responsable civil o a su costa. De cualquier forma, esta posibilidad de ejecución a costa del responsable debe entenderse no sólo respecto al causante, sino también respecto a aquellos a los que la legislación hace responsables civiles, ya sea directos o subsidiarios. En este sentido, entendemos que debería poder elegirse entre una u otra opción a partir de la propia naturaleza del daño y de las condiciones personales y patrimoniales de los responsables civiles. La opción de ejecución a costa de éstos es particularmente conveniente en aquellos casos en los que la ejecución de propia mano devenga imposible, por imposibilidad material, técnica o personal. Es precisamente en estos casos en los que resultaría oportuno conceder la posibilidad de ejecutar a costa de los responsables para garantizar el resarcimiento *in natura*. No obstante, nuevamente, debe resaltarse que tal opción parece necesitar siempre cierta solvencia por parte de los responsables civiles.

También en esta línea, en lo que respecta a la ejecución de las obligaciones impuestas al amparo del artículo 112 CPesp, es posible que el culpable no acepte de ninguna forma reparar el daño, ni a través de una u otra prestación. Como regla general, ya sabemos que por imperativo del artículo 25.2 CE se prohíben los trabajos forzosos y, por tanto, no cabe obligar al culpable a realizar las prestaciones a las que ha sido condenado en contra de su voluntad. Sin embargo, a pesar de esta prohibición, existen mecanismos jurídicos para fomentar el cumplimiento de las obligaciones resarcitorias. En primer lugar, respecto a las obligaciones de hacer, es posible su convertibilidad en una obligación de indemnización de daños y perjuicios o, incluso, cabe permitir su ejecución a costa de un tercero de acuerdo con los artículos 1098 CCesp y 706.1 LEC siempre que no se trate de una obligación personalísima. Por el contrario, si se trata de una obligación personalísima, el acreedor no puede ser compelido a recibirla de una persona distinta. En consecuencia, si el culpable se niega a ejecutar, el artículo 709.1 LEC permite que el ejecutante elija entre el equivalente pecuniario de la prestación o solicitar que se apremie al ejecutado con una multa por cada mes que transcurra sin que se haya realizado la prestación. En segundo lugar, en cuanto a las obligaciones de no hacer, si el culpable las realizase cabría estudiar la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios así como el apercibimiento a la autoridad judicial de haber incurrido en el delito correspondiente de acuerdo con el primer párrafo del artículo 710.1 LEC. El segundo párrafo del mismo artículo impone proceder de la misma forma tantas veces como se incumpla la condena de no hacer y, para que se deshaga lo hecho, se impondrán multas por cada mes que transcurra sin deshacerlo. Igualmente, el artículo 710.2 LEC expone que si la condena de no hacer no fuera susceptible de reiteración y tampoco fuese posible deshacer lo mal hecho, deben resarcirse los daños causados. En tercer lugar, respecto a las obligaciones de dar, éstas siempre pueden ejecutarse sobre los bienes del responsable, por lo que no había ningún problema en este sentido. De igual forma, si bien la prestación deberá cumplirse tal y como viene impuesta, es posible que el Juez o Tribunal acuerde una indemnización en su lugar en aquellos supuestos de imposibilidad sobrevenida en la fase de ejecución.

## 2. Especial referencia al tratamiento jurisprudencial del artículo 112 CPesp

Habiendo expresado en el apartado anterior nuestra propuesta de interpretación y reflexiones personales sobre la norma de nuestro interés, procederemos en este epígrafe a reflejar el estado jurisprudencial de la aplicación del artículo 112 CPesp. Como decíamos, esta norma incorpora por vez primera en nuestro ordenamiento la posibilidad explícita de un resarcimiento *in natura* del daño causado o bien por equivalente y, en lo que se refiere a la jurisprudencia, ésta es la interpretación y aplicación que se le ha venido dando al precepto con carácter general. No obstante, lo cierto es que esta afirmación tan abstracta y genérica encuentra múltiples matices que iremos desarrollando a continuación.

En este orden de cosas, la primera nota característica que presenta el estado de la jurisprudencia del artículo 112 CPesp es precisamente la dificultad para encontrar sentencias que consideren dicha norma. Efectivamente, la escasa aplicabilidad de la reparación *in natura* obstaculiza la posibilidad de que el propio artículo 112 CPesp venga puesto en práctica. Motivos tales como su compleja sustanciación frente a la más que probable comodidad de la condena dineraria para el juzgador, para el perjudicado e, incluso, para el mismo responsable civil hacen que la norma de nuestro interés sea escasamente contemplada. Sin embargo, debe resaltarse que existe una jurisprudencia consolidada reconducible a las posibilidades de actuación que permite este artículo, y es que la imposición de la condena a restaurar el orden alterado es una constante en el ámbito de los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente. Ciertamente, el artículo más frecuentemente aplicado en este sentido no es el 112 CPesp, sino más bien el artículo 339 CPesp, ubicado en el Capítulo V del Título XVI, como disposición común a todos los delitos referidos.<sup>224</sup> Además, cabe resaltar que la satisfacción voluntaria de esta obligación reparatoria se contempla como tipo privilegiado en el artículo 340 CPesp.<sup>225</sup> De cualquier forma, es tal el valor que tiene la reparación *in natura* en este ámbito que el propio texto legal llega a insertar algunos artículos referidos a esta obligación dentro del propio cuerpo normativo de los diferentes delitos. Así, por ejemplo, el artículo 319.3 CPesp, en sede de delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, establece la posibilidad de que se ordene la demolición de la obra y la reposición de la realidad física alterada a su estado originario. Todo ello sin perjuicio de las indemnizaciones a terceros de buena fe.<sup>226</sup> La misma

---

<sup>224</sup> Art. 339 CPesp: “Los jueces o tribunales ordenarán la adopción, a cargo del autor del hecho, de las medidas necesarias encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como de cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Título”.

<sup>225</sup> Art. 340 CPesp: “Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Título hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado, los Jueces y Tribunales le impondrán la pena inferior en grado a las respectivamente previstas”.

<sup>226</sup> Art. 319.3 CPesp: “En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, y valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquéllas. En todo caso se dispondrá el decomiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.”

consideración puede hacerse respecto al segundo párrafo del artículo 321 CPesp y del 323.3 CPesp, en materia de delitos contra el patrimonio histórico.<sup>227</sup>

Centrándonos ahora en el primero de nuestros ejemplos, en los delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo, la doctrina general aparece enunciada en las SSTS 529/2012 de 21 de junio, FJ 4º; 901/2012 de 22 de noviembre; 443/2013 de 22 de mayo, FJ 3º y 816/2014 de 24 de noviembre, FJ 3º. En estas sentencias se conecta directamente la obligación prevista en el artículo 313.3 CPesp con el marco jurídico de la responsabilidad civil *ex delicto*, más concretamente con la obligación de hacer prevista en el artículo 112 CPesp. Igualmente, en ellas viene expresado que, a pesar de que la redacción del artículo 319.3 CPesp enuncie que los Jueces o Tribunales “*podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada*”, lo cierto es que la regla general es, por el contrario, que se acuerde siempre la demolición. Este precepto, de acuerdo con la jurisprudencia, no presenta un carácter facultativo u opcional, sino necesario. De esta forma, como el propio artículo 319.3 CPesp no señala criterio alguno para determinar cuándo procede ordenar la demolición de la obra y la reposición de la realidad física alterada a su estado originario, la jurisprudencia entiende que deberían tenerse en cuenta la gravedad del hecho y la naturaleza de la construcción así como la proporcionalidad de la medida en relación con el daño que se causaría al infractor y a terceros. Consecuentemente, deberá acordarse la demolición y reposición al estado originario cuando conste que la construcción está completamente fuera de la ordenación y no sea legalizable o subsanable. Por ello, además de por las referidas circunstancias, puede eludirse este pronunciamiento de acuerdo con la respuesta general del ordenamiento jurídico respecto de la restauración de la legalidad urbanística. En todo caso, para tal condena bastaría únicamente con la constatación de un delito contra la ordenación del territorio y la permanencia de la obra.

La jurisprudencia reseñada se vino consolidando con el tiempo, apreciándose en SSTS 854/2016 de 11 de noviembre, FJ 4º; 586/2017 de 20 de julio, 73/2018 de 13 de enero FJ 6º; 615/2020 de 18 de noviembre, FJ 2º y 403/2020 de 17 de julio, FJ 2º. También puede decirse que tal doctrina ha calado profundamente, como cabría esperar, en la llamada jurisprudencia menor. De entre todas las sentencias, es oportuno destacar las SSAP Málaga 260/2013 de 22 de abril; Cáceres (Sección 2ª) 210/2015 de 13 de mayo; Granada (Sección 1ª) 241/2015; Madrid (Sección 1ª) 465/2017 de 6 de noviembre; Barcelona (Sección 5ª) 180/2017 de 7 de septiembre; Valencia (Sección 4ª) 590/2018 de 2 de octubre; Málaga (Sección 3ª) 154/2019 de 9 de mayo; Murcia (Sección 3ª) 59/2020 de 11 de febrero; Ourense (Sección 2ª) 33/2020 de 18 de febrero; Cáceres (Sección 2ª) 214/2020 de 6 de octubre; Jaén (Sección 2ª) 183/2020 de 14 de octubre; Madrid (Sección 23ª)

---

<sup>227</sup> Art. 321 CPesp 2ª párr. “*En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la reconstrucción o restauración de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.*”

Art. 323.3 CPesp: “*En todos estos casos, los jueces o tribunales podrán ordenar, a cargo del autor del daño, la adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado.*”

701/2019 de 21 de octubre y Cádiz (Sección 4ª) 168/2020 de 23 de octubre. Incluso en la jurisprudencia de los Juzgados de lo Penal, *e. gr. vid.* FJ 2º de la reciente Sentencia del Juzgado de lo Penal nº1 de Ávila 98/2021 de 8 de marzo.

Por otra parte, cabe decir que los delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo no es el único ámbito en los que se aplica el artículo 112 CPesp, ya sea directa o indirectamente. Así, en la Sentencia (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 1118/2007 de 20 diciembre el Tribunal Supremo confirmó la condena impuesta al recurrente a retirar los residuos ilegalmente vertidos amparándose en la correcta aplicación del artículo 112 CPesp. No obstante, y ya centrándonos en la escasa aplicación directa del precepto de nuestro interés, la SAP Badajoz (Sección 1ª) 339/1996 de 3 de septiembre declaró expresamente, en su Fundamento Jurídico 1º, que el mencionado precepto incorporaba al ordenamiento el criterio de la reparación *in natura*. Sin embargo, pareciera que tal interpretación del artículo no era unánime en toda la jurisprudencia de aquel entonces, ya que el Fundamento Jurídico 2º de la SAP Burgos (Sección 1ª) 158/1997 de 4 de junio pareciera seguir vinculando la reparación al daño causado a las cosas, en consonancia con el anterior Código Penal. De cualquier forma, y ya en la jurisprudencia más reciente, pueden encontrarse algunos casos aislados en los que se plantea efectivamente la aplicación del artículo 112 CPesp. Un buen ejemplo de ello es la SAP Barcelona (Sección 8ª) 581/2009 de 2 de octubre, en la que se condena al autor de unas faltas contra el patrimonio a reponer el muro donde había realizado grafitis a su estado anterior aplicando el artículo 112 CPesp. En caso contrario, indica la sentencia que deberá abonar el importe que resulta de la ejecución a su costa. Sin embargo, no llega a la misma conclusión la SAP Asturias (Sección 3ª) 91/2011 de 16 de junio, en la que no se condena al autor de una falta de injurias a borrar las pintadas por él realizadas, pues ello no se había solicitado en el momento procesal oportuno. No obstante, estima procedente aplicar la indemnización del daño moral causado.

Por otro lado, la SAP Girona (Sección 3ª) 438/2002 de 9 de julio condena al Presidente de una Comunidad de Propietarios por un delito de coacciones, al negarse a abrir el cuarto de contadores para que los perjudicados, propietario y arrendatario de uno de los locales del edificio, puedan conectar el agua y la luz. Así, en el Fundamento Jurídico 6º se establece una condena de no hacer de acuerdo con el artículo 112 CPesp imponiéndole al referido Presidente que se abstenga de impedir que los perjudicados puedan conectar el agua y la luz del local, lo cual, de acuerdo con lo que decíamos en otros apartados, pareciera poder identificarse más con una acción inhibitoria que con una acción reparatoria propia del ámbito de la responsabilidad civil. Todo ello a pesar de que la misma sentencia también condena al denunciado a indemnizar los daños y perjuicios causados al haber privado a los denunciados del acceso a la luz y al agua. También ese mismo año, la SAP Murcia (Sección 3ª) 667/2002 de 23 de diciembre rechazó conceder al perjudicado, en sede de faltas de lesiones imprudentes, la reparación *in natura* de su vehículo dañado en una colisión al no haberse aportado presupuesto alguno. Por el contrario, se estimó procedente que la indemnización se concrete al importe del valor venal del vehículo, determinable en ejecución de sentencia atendiendo a su modelo, marca y matrícula, incrementado en un 25% como valor de afección.

Finalmente, conviene hacer referencia a la casuística de la declaración de nulidad del matrimonio celebrado con base en o a través de actos delictivos. De esta forma, la STSJ Andalucía (Sala de lo Civil y Penal) 28/2002 de 22 de noviembre confirmó la nulidad del matrimonio celebrado bajo amenazas a través de la aplicación del artículo 112 CPesp basándose en la ya mencionada jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la función de la responsabilidad civil *ex delicto* como restauradora del orden jurídico alterado, reintegrando la situación jurídica previa a la comisión del delito. A pesar de ello, y más recientemente, el Tribunal Supremo en Sentencia 261/2017 de 6 de abril tuvo ocasión de pronunciarse en un caso relativo a la simulación de un matrimonio religioso. En este ocasión, y siguiendo la STS 60/2005 indicó expresamente que la normativa sobre responsabilidad civil *ex delicto* no abarca resoluciones del orden penal sobre materia de estado civil, las cuales sólo serían pronunciables cuando existiera una norma específica atributiva como el artículo 193 CPesp. Todo ello a pesar de que admite que la jurisprudencia de la Sala Segunda permite que por vía de la responsabilidad civil se declare la nulidad de un contrato en supuestos tales como el alzamiento de bienes. Pero en este último caso, entiende, únicamente se pretendería reintegrar a un patrimonio bienes que fueron sustraídos mediante una conducta delictiva al objeto de preservar la integridad de aquél, lo cual, asegura, no es asimilable con la declaración de nulidad del matrimonio.

### 3. Reflexiones personales y conclusiones

Habiendo realizado nuestra lectura del artículo 112 CPesp, nos resulta evidente poder comprobar cómo este precepto tiene una función clara en nuestro ordenamiento, que no es otra que la introducción de la reparación *in natura* o en especie, así como el resarcimiento en especie. De esta forma, resulta que el único valor que intenta proteger la referida norma es la tutela del interés privado en la reparación específica o en especie, el cual viene a configurarse como una modalidad de resarcimiento consistente en la reconstrucción del *statu quo* anterior a la materialización del daño y en la entrega de bienes con un valor equiparable al del menoscabo sufrido. Ciertamente, este valor o interés que el ordenamiento jurídico trata de proteger a través del artículo 112 CPesp debe estimarse oportuno y procedente, ya que todo perjudicado debe tener derecho a solicitar y a obtener de los tribunales una reparación específica o en especie, máxime cuando no existe otro precepto en nuestro ordenamiento que así lo permita. Sin embargo, si bien el “qué” se pretende proteger resulta digno de alabanza, encontramos especialmente criticable el “cómo” se tratan de proteger esos intereses.

En primer lugar, ya señalábamos que, partiendo de nuestro sistema, somos partidarios de una simple remisión de la problemática al Código Civil. De esta forma, consideramos que, no ya el propio artículo 112 CPesp, sino que la totalidad del sistema de responsabilidad civil *ex delicto*, no se encuentra en la *sede materiae* que le correspondería. Efectivamente, si se trata de una cuestión completamente privada, no debería regularse en el Código Penal, sino más bien en el Código Civil. Éste sería el lugar apropiado para ubicar sistemáticamente la responsabilidad civil *ex delicto*, a pesar incluso de la criticable regulación que este mismo cuerpo legal realiza actualmente de la responsabilidad civil “pura”. Recuérdese que la inclusión de la responsabilidad civil en el Código Penal

obedeció a un criterio de política legislativa decimonónica, básicamente amparado, de una parte, en la necesidad de reexaminar el Derecho resarcitorio vigente y adaptarlo a los nuevos tiempos y, de otra, en la urgencia de plasmar en un Código las nuevas normas resarcitorias. Una vez que se aprobó el Código Civil, carece de sentido seguir regulando la cuestión en el Código Penal.

En segundo lugar, consideramos que la redacción empleada en el artículo 112 CPesp deja mucho que desear. Según la literalidad, parece que nuevamente se vuelven a acercar las responsabilidades penales y civiles. Sin embargo, esto no es así. Resulta muy criticable la elección de una expresión abiertamente penal como la referencia a las “*condiciones personales y patrimoniales del culpable*”. Si efectivamente se entiende que este precepto pretende incluir en nuestro ordenamiento la previsión del resarcimiento *in natura* o en especie, no es de recibo introducir la expresión entrecomillada. Primero, la referencia al culpable debería directamente sustituirse por la mención al responsable civil. Segundo, quizás sería aconsejable o bien modificar la referencia entrecomillada, o bien replantear la totalidad de la redacción del precepto por completo, indicando, por ejemplo:

*“La reparación del daño podrá consistir en la imposición de cualquier tipo de obligaciones específicas de dar, hacer o no hacer para reintegrar al perjudicado y/o a sus bienes al estado anterior a la materialización del daño. Para ello, deberán tenerse en cuenta tanto la naturaleza del daño como la capacidad prestacional del responsable civil.”*

Como se puede comprobar, hemos decidido suprimir la mención a la posibilidad de que el Juez o Tribunal permita la ejecución a costa del responsable civil. Ello obedece a que tal mención resulta irrelevante desde nuestro punto de vista, pues esta posibilidad puede extraerse directamente de la legislación civil. De cualquier forma, también es oportuno hacer referencia a la posible aplicación práctica del precepto. En este orden de cosas, ya indicábamos que este artículo se aplica con poca frecuencia en la actualidad, ya que exige mucho más esfuerzo por parte de los Tribunales y del propio perjudicado que la simple reparación por equivalente pecuniario. A pesar de que permite una reparación mucho más justa, sigue siendo un precepto de difícil aplicación, ya que muchos son los impedimentos que pueden encontrarse en tal sentido: excesiva onerosidad para el perjudicado, imposibilidad material o jurídica, negativa por parte del responsable civil, altos niveles de complejidad técnica, empleo de demasiados recursos materiales y temporales por parte de la Administración de Justicia para investigar la solvencia y capacidad prestacional real del deudor, etc. Así, es fácilmente comprobable cómo la jurisprudencia no ha agotado todas las posibilidades que ofrece el artículo, pues viene siendo empleado, ante todo, en supuestos de delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo, contra los recursos naturales y contra el medio ambiente. No obstante, la escasa aplicabilidad práctica del artículo no es un buen argumento a favor de su supresión, ya que, de entrada, resulta evidente la seguridad jurídica que proporciona el precepto, el cual, recordemos, es el único que se encarga de regular esta problemática. Por otra parte, a pesar de que el artículo 112 CPesp se emplee poco, ello no obsta para que deje de reconocerse el derecho del perjudicado a la reparación *in natura* o en especie. En este sentido, quizás podría ser un precepto que resulte especialmente ventajoso, incluso desde el punto de vista político-

criminal, en aquellos supuestos de escasa entidad o en aquellos procesos penales más desformalizados, como aquellos que puedan someterse a mediación. En este ámbito, muy probablemente sea oportuno dejar de un lado (o, simplemente, no centrarnos tanto en) el interés penal de los hechos y fomentar una cultura de la reparación específica en ciertos ámbitos de la actividad punitiva.

Finalmente, debemos una vez más reflejar nuestra crítica a la separación y distinción que parece realizar el legislador a través del empleo de los términos daño *versus* perjuicio. Por nuestra parte, tal diferenciación sólo puede conducir a equívocos y, del mismo modo que criticamos la redacción del artículo 112 CPesp, debemos hacer valer la superación legislativa de la distinción entre reparación del daño e indemnización del perjuicio para adentrarnos en una diferenciación más correcta desde el punto civil: la separación entre la reparación *in natura* y en especie *versus* la reparación por equivalente pecuniario o indemnización.





## CONCLUSIONES FINALES

### **Sobre la evolución histórica y doctrinal de la reparación del daño en el marco del Derecho punitivo**

Hasta la consolidación de nuestro modelo en el S. XVIII, la evolución histórica y doctrinal de la reparación ha venido avanzando hacia la separación entre las acciones, ilícitos y responsabilidades civil y penal. Actualmente, se distingue con total claridad entre ambas esferas del Derecho. Sin embargo, los modelos posteriores, particularmente el defendido por la Escuela Positiva y el propuesto en el AE-WGM, presentan unas características de corte mixto entre una y otra responsabilidad. Por consiguiente, puede decirse que tras la perfecta delimitación entre los ámbitos de lo privado y lo punitivo, se ha venido avanzando hacia modelos que vuelven a proponer, de uno u otro modo, nuevas interrelaciones entre ambas esferas. De cualquier forma, ya en lo que respecta a nuestro modelo, tiene su origen remoto en la distinción romana entre aquellos ilícitos que tutelaban el ámbito privado – representado por los *delicta* – y aquellos que salvaguardaban el ámbito público o colectivo, los *crimina*. A este modelo de base romanista se le contraponen el modelo de reparación germánico, que se basa en una compensación realizada por el infractor, no ya por haber causado un daño al sujeto privado, sino por haber vulnerado la paz jurídica colectiva. Se trata de una idea político-criminal que, aunque parece poder apreciarse ya en los primitivos pueblos germánicos, fue desarrollada y sistematizada en el AE-WGM.

Profundizando en nuestro modelo positivo, éste distingue por completo las esferas penal y privada cuya tutela se materializa en un mismo proceso penal. Aunque suele señalarse que la inclusión de la responsabilidad civil en el Código Penal tuvo lugar por motivos esencialmente cronológicos, lo cierto es que a la construcción del modelo acompañaron otros motivos de corte histórico-jurídico y filosófico. En este sentido, si bien es cierto que el Código Penal fue el primer Código que se promulgó y el Civil el último, la influencia del principio de utilidad formulado por BENTHAM y el cómo y por qué este principio se plasmó en el Código Penal de 1822 completan esta respuesta. A pesar de que es cuestionable cómo se entendió y se incorporó el referido principio de utilidad, con el paso del tiempo se consolidaría un modelo acumulativo de las acciones penales y civiles que perviviría hasta nuestros días.

### **Sobre el contraste entre los ilícitos y las responsabilidades penal y civil**

De acuerdo con la construcción histórica de nuestro modelo, actualmente se distingue a la perfección entre la esfera penal y la esfera civil. Se trata de dos planteamientos jurídicos que se diferencian en todos y cada uno de sus rasgos más característicos, los cuales son fácilmente identificables.

Por un lado, la responsabilidad civil se construye sobre la idea del daño causado y, consecuentemente, su presupuesto más básico es el principio de reparación integral del daño. Asimismo, su finalidad es de carácter resarcitorio. En otras palabras, la

responsabilidad civil no está ideada como castigo o punición, sino como una obligación de carácter privado que vincula al sujeto a reparar el daño causado por él o por la persona por la que tiene que responder. Se regula fundamentalmente en el Código Civil y en las leyes especiales, aunque ciertamente también se encuentra en el Código Penal. El hecho generador de esta responsabilidad de carácter privado es el ilícito civil, que se compone de los requisitos del daño, causalidad e imputación objetiva y subjetiva. Además, tiene carácter fundamentalmente atípico, aunque se tiende hacia la “tipificación” del daño. A pesar de que la culpa civil es el principal criterio de atribución del daño, cabe la responsabilidad objetiva, esto es, una responsabilidad por el daño causado, sin necesidad de que se aprecie dolo o culpa en el comportamiento del causante. Del mismo modo, el nacimiento de esta obligación no es de carácter personal, por lo que puede responder otra persona que no haya sido el causante material, aunque siempre vendrá exigida alguna relación de dependencia o subordinación entre ambos. En lo que se refiere a la responsabilidad en sí, ésta es transmisible y asegurable.

Por el contrario, la responsabilidad penal se construye sobre la idea del concepto material de delito. Aunque dogmáticamente se adopta la fórmula de la acción, típica, antijurídica, culpable y punible para la determinación del nacimiento, la construcción político-criminal en este sentido se basa en el desvalor de acto y en el desvalor del autor. De un lado, el desvalor de acto se descompone en el desvalor de acción y en el desvalor de resultado, ambos dependientes de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico penalmente protegido, en función de la construcción del tipo concreto. De otro lado, el desvalor del autor se identifica, *lato sensu*, con el principio de culpabilidad en sentido amplio, lo cual obliga a examinar la reprobabilidad de las características del sujeto en sí y de su comportamiento para poder apreciar el nacimiento de la responsabilidad penal. Su carácter es aflictivo o punitivo y se regula en el Código Penal y en las leyes penales. Por lo demás, es una responsabilidad de carácter personal, nacida del dolo o imprudencia. Igualmente, a diferencia del ilícito civil, su injusto es de carácter típico.

Por nuestra parte, en función de esta distinción tan clara que realiza nuestro ordenamiento, hemos diferenciado entre lo punitivo y lo coactivo y, consecuentemente, hemos defendido la necesidad de evitar el término “sanción civil”, por sus connotaciones punitivas. Todo ello a pesar de que tal término se emplea con bastante frecuencia en el ordenamiento italiano y en Teoría del Derecho. Por los mismos motivos, hemos rechazado frontalmente la necesidad de incorporar penas privadas al ordenamiento.

### **Sobre el modelo de responsabilidad civil *ex delicto* y su régimen jurídico básico**

Ante todo, hemos estimado conveniente diferenciar un modelo de responsabilidad civil *ex delicto* de un modelo de responsabilidad civil “pura”. Por dos razones fundamentales, en primer lugar, por la estructura de la norma generadora de una y otra responsabilidad y, en segundo lugar, por el contenido de ambas. Ciertamente, el supuesto de hecho de la norma *ex delicto* exige la concurrencia conjunta de los dos ilícitos, el penal y el civil, mientras que la norma de responsabilidad civil “pura” únicamente requiere la

constatación del injusto civil. De otra parte, el contenido de la obligación *ex delicto* prevé expresamente la restitución como parte del objeto de ésta, cosa que la obligación privada “pura” no contempla. En realidad, es cierto que el Código Civil español, en contraste con el italiano no regula las formas a través de las cuales puede resarcirse el daño causado, cuestión que, por otro lado, sí realiza el Código Penal. Sin embargo, lo cierto es que a pesar de la controvertida modalidad de restitución, ésta forma parte del modelo *ex delicto* constituyéndose un rasgo que la diferencia de la responsabilidad civil “pura”. En efecto, resulta totalmente acertado indicar que el modelo de responsabilidad civil *ex delicto* supera la responsabilidad civil “pura” y que no se identifica con ésta, siendo necesario, más bien, hacer referencia a este primer sistema a través de un nombre más genérico como “consecuencias jurídicas civiles”. Sin embargo, no todas las consecuencias civiles que pudiesen *derivar* del delito se pueden solventar en el proceso penal. De cualquier forma, hemos respetado la nomenclatura tradicional de la institución para no confundir a los lectores y por respeto a la mención que realiza el propio Código Penal, a pesar de que, como decimos, no es del todo exacta. En este sentido, e independientemente de su nomenclatura, consideramos oportuno diferenciar conceptualmente entre el sistema de responsabilidad civil “puro” y el modelo *ex delicto*.

Del mismo modo, debe resaltarse que el modelo de responsabilidad civil *ex delicto* es una institución de carácter y naturaleza privada que se solventa en el proceso penal. Su fundamento no es otro que una aproximación de corte utilitarista que se materializa en la economía procesal. El modelo no se concibe penalmente ni recibe un tratamiento jurídico vinculado a las bases del Derecho penal, aunque su satisfacción comporta importantes beneficios penales y penitenciarios como atenuante (art. 21.5 CPesp), causa de exclusión de la punibilidad (*e. gr.* en delitos contra los derechos de los trabajadores, art. 314 CPesp), aplicación del tipo privilegiado (*e. gr.* en delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, art. 340 CPesp), suspensión de penas privativas de libertad (art. 80 CPesp), obtención del tercer grado (art. 72 apartados 5 y 6 LOGP), obtención de la libertad condicional (art. 90 CPesp) y suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable (art. 92 CPesp). Sin embargo, esta institución no debe entenderse incluida en la definición o funciones propias del Derecho penal, aunque el sistema punitivo promocióne su cumplimiento. En este orden de cosas, si la economía procesal es la razón de ser más básica de la institución, son especialmente criticables las múltiples dualidades normativas respecto a la responsabilidad civil “pura” y su ubicación en el Código Penal. Por nuestra parte, creemos que sería conveniente revisar tales diferencias, unificar los diferentes criterios y remitir la cuestión a la legislación privada. De esta forma, debe resaltarse que es perfectamente posible continuar este modelo acumulativo remitiendo la cuestión a la regulación privada, a la estela de otros ordenamientos.

En lo que respecta al nacimiento de la responsabilidad civil *ex delicto*, la construcción del sistema sigue un razonamiento consistente en una regla silogística *a maiore ad minus* o *a fortiori*. Esto es, que comprobada la existencia de un injusto penal, se entiende que existirá, con más razón, un ilícito civil. Sin embargo, ello no ocurre en todos los casos. Tras el análisis jurídico penal, es necesario volver a examinar los hechos desde el punto

de vista del Derecho privado y apreciar, conforme a sus criterios, la existencia del ilícito civil. En caso contrario, de no apreciarse este segundo ilícito, la responsabilidad civil *ex delicto* no surgirá. Consecuentemente, es claramente apreciable cómo la responsabilidad civil no surge, en puridad, ni del delito formal ni del delito material. No obstante, a pesar de que esta responsabilidad civil surgiría, en la más absoluta puridad, con la concurrencia de los elementos propios del ilícito civil de acuerdo con el sistema de responsabilidad civil “pura”, lo cierto es que la norma *ex delicto* exige la previa constatación de un ilícito penal. Por tanto, el nacimiento de la responsabilidad civil *ex delicto* requiere la apreciación de un ilícito penal y un ilícito civil.

A pesar de lo expuesto, la modalidad de restitución no surge exactamente con este segundo ilícito civil, sino a partir de la desposesión, la cual, no obstante, es siempre reconducible a esta idea del injusto civil. En el fondo, la restitución es una modalidad que tiene unos límites y un objeto muy difuso debido a la indeterminación de su ámbito de aplicación. De acuerdo con la práctica judicial, parece identificarse con toda aquella acción civil que tiende a reintegrar un bien en el patrimonio. Asimismo, viene justificada por una idea de “restauración del orden jurídico provocado por el delito”, por abstracto y criticable que parezca. Al contrario, la indemnización sí que se corresponde con una institución de Derecho privado, concretamente, con la reparación por equivalente pecuniario en Derecho civil. De esta forma, a pesar del orden que realiza el artículo 110 CPesp, debe sostenerse que no existe un orden de prelación entre las diferentes modalidades de la responsabilidad civil *ex delicto*, ya que al tratarse de una obligación privada, ésta se rige por los principios rogatorio y dispositivo. También en este sentido, la cuestión de los sujetos responsables sigue teniendo como regla general que el responsable penal será declarado responsable civil, aunque existen numerosas excepciones.

### **Sobre la interpretación del artículo 112 CPesp**

En resumidas cuentas, el artículo 112 CPesp introduce por primera vez en el ordenamiento español la previsión de la reparación específica o *in natura*. Dependiendo del concepto de ésta que se maneje, también deberá hacerse referencia a que este precepto posibilita asimismo resarcir en especie, a través de la entrega de bienes por valor del daño ocasionado. En este sentido, es posible sostener esta conclusión a partir de la aplicación de los métodos sistemático y teleológico. De acuerdo con su contenido, se permite al perjudicado solicitar la reposición a la situación anterior a la materialización del daño por parte del obligado civil o a su costa. En efecto, se trata de la modalidad de reparación más beneficiosa para el perjudicado, aunque cuenta con multitud de circunstancias que limitan su aplicabilidad, tales como la excesiva onerosidad, la irrevocabilidad de la situación anterior, la imposibilidad física o jurídica, etc. A pesar de su criticable redacción, se trata de una obligación completamente privada que presenta las características propias de una obligación civil.

Por otra parte, también quisiéramos profundizar en lo criticable que nos resulta la redacción escogida. En primer lugar, porque parece fusionar las esferas penales y civiles. En segundo lugar, por la expresa mención al culpable en defecto de una referencia más acorde a su naturaleza privada. Ciertamente, el sujeto obligado es el responsable civil, ya sea también responsable penal o no. Finalmente, a pesar de que los términos reparación e indemnización, daño y perjuicio son sinónimos respectivamente en Derecho de daños, la diferencia fundamental que el Código Penal realiza en el tratamiento de una y otra modalidad reside en el *cómo* se repara el menoscabo ocasionado. De una parte, el artículo 112 CPesp prevé la reparación específica y en especie, mientras que el artículo 113 CPesp contempla la reparación por equivalente pecuniario. Todo ello, a pesar de que el nacimiento y la obligación resarcitoria en sí es la misma en uno y otro caso. De la misma forma, no existe un orden de prelación entre una u otra modalidad. Consecuentemente, es el propio perjudicado quien podrá solicitar una u otra, sin más límites que los propios de la aplicación prevista para cada modalidad.



## CONCLUSIONI FINALI

### **Sull'evoluzione storica e dottrinale del risarcimento dei danni nel contesto del diritto punitivo**

Fino al consolidamento del nostro modello nel XVIII secolo, l'evoluzione storica e dottrinale della riparazione è andata verso la separazione tra azioni civili e penali, illeciti e responsabilità. Attualmente, si fa una chiara distinzione tra le due sfere del Diritto. Tuttavia, i modelli successivi, in particolare quello difeso dalla Scuola Positiva e quello proposto nell'AE-WGM, presentano caratteristiche miste tra l'una e l'altra. Di conseguenza, si può dire che dopo la perfetta delimitazione tra la sfera privata e quella punitiva, si è progredito verso modelli che ripropongono, in un modo o nell'altro, nuove interrelazioni tra le due sfere. In ogni caso, per quanto riguarda il nostro modello, esso ha le sue origini remote nella distinzione romana tra gli illeciti che proteggevano la sfera privata - rappresentata dai *delicta* - e quelli che salvaguardavano la sfera pubblica o collettiva, i *crimina*. Questo modello a base romanista si contrappone al modello germanico di riparazione, che si basa sul risarcimento da parte del reo, non più per aver causato un danno al soggetto privato, ma per aver violato la pace giuridica collettiva. Si tratta di un'idea politico-criminale che, anche se sembra potersi riscontrare già nei primi sistemi germanici, fu sviluppata e sistematizzata nell'AE-WGM.

Se approfondiamo il nostro modello positivo, esso distingue completamente la sfera penale e quella privata la cui protezione si concretizza nello stesso processo penale. Sebbene si sottolinei spesso che l'inclusione della responsabilità civile nel Codice Penale fu sostanzialmente realizzata per motivi cronologici, è vero che la costruzione del modello fu accompagnata da altre ragioni storico-giuridiche e filosofiche. In questo senso, anche se è giusto che il Codice Penale sia stato il primo Codice ad essere sanzionato e il Codice Civile l'ultimo, l'influenza del principio di utilità formulato da BENTHAM e come e perché questo principio fu incorporato nel Codice Penale del 1822 completano questa risposta. Anche se è discutibile come il principio di utilità sia stato inteso e inserito, con il passare del tempo si sarebbe consolidato un modello cumulativo di azioni penali e civili, che sarebbe sopravvissuto fino ai giorni nostri.

### **Sul contrasto tra illeciti e responsabilità penali e civili**

In base alla costruzione storica del nostro modello, si fa ora una perfetta distinzione tra la sfera penale e quella civile. Si tratta di due approcci giuridici che differiscono in ognuno dei loro tratti più caratteristici, che sono facilmente identificabili.

Da un lato, la responsabilità civile è costruita sull'idea del danno causato e, di conseguenza, il suo presupposto fondamentale è il principio della riparazione integrale del danno. Allo stesso modo, il suo scopo è di natura compensativa. In altre parole, la responsabilità civile non è concepita come una punizione o una misura punitiva, ma come un obbligo di natura privata che vincola il soggetto a risarcire il danno causato da lui o dalla persona di cui è responsabile. È regolata principalmente nel Codice Civile e nelle

leggi speciali, anche se certamente si trova anche nel Codice Penale. L'evento che dà origine a questa responsabilità privata è l'illecito civile, che si compone dei requisiti di danno, causalità e imputazione oggettiva e soggettiva. Inoltre, si tratta di un illecito fondamentalmente atipico, anche se c'è una tendenza alla "tipizzazione" del danno. Nonostante il fatto che la colpa civile sia il principale criterio di attribuzione del danno, c'è spazio per la responsabilità oggettiva, cioè la responsabilità per il danno causato, senza la necessità di dolo o colpa nella condotta del soggetto. Allo stesso modo, quest'obbligo non è di natura personale, per cui un'altra persona che non sia stata l'autore materiale dell'illecito può essere responsabile, anche se sarà sempre richiesto un rapporto di dipendenza o subordinazione tra i due. Per quanto riguarda la responsabilità stessa, è trasferibile e assicurabile.

Al contrario, la responsabilità penale è costruita sull'idea del concetto materiale di reato. Anche se dogmaticamente si adotta la formula dell'azione, tipica, antigiuridica, colpevole e punibile per la determinazione della nascita, la costruzione politico-criminale in questo senso si basa sul disvalore dell'atto e sul disvalore dell'autore. Da un lato, il disvalore dell'atto si scompone nel disvalore dell'azione e nel disvalore del risultato, entrambi dipendenti dall'offesa o dalla messa in pericolo del bene giuridico penalmente protetto, secondo la costruzione della singola fattispecie. D'altra parte, il disvalore dell'autore si identifica con il principio di colpevolezza in senso lato, che obbliga all'esame di rimprovero delle caratteristiche del soggetto stesso e del suo comportamento per poter valutare se è sorta una responsabilità penale. La sua natura è afflittiva o punitiva ed è regolata nel Codice Penale e nelle leggi penali. Inoltre, è una responsabilità personale, derivante da dolo o imprudenza. Allo stesso modo, a differenza dell'illecito civile, il suo illecito è di natura tipica.

Sotto questo aspetto, sulla base di tale chiara distinzione fatta dal nostro sistema giuridico, abbiamo differenziato tra il punitivo e il coercitivo e, di conseguenza, abbiamo difeso la necessità di evitare il termine "sanzione civile" a causa delle sue connotazioni punitive. Questo nonostante il fatto che questo termine sia usato abbastanza frequentemente nel Diritto italiano e nella teoria del Diritto. Per le stesse ragioni, abbiamo rifiutato del tutto la necessità di incorporare sanzioni private nel sistema.

### **Sul modello di responsabilità civile *ex delicto* e il suo regime giuridico**

Innanzitutto, abbiamo ritenuto conveniente differenziare un modello di responsabilità civile *ex delicto* da un modello di responsabilità civile "pura". Per due ragioni fondamentali: in primo luogo, per la struttura della norma che genera tutti e due i tipi di responsabilità e, in secondo luogo, per il contenuto di entrambi. Certamente, il presupposto fattuale della regola *ex delicto* richiede il concorso congiunto dei due illeciti, penale e civile, mentre la regola della responsabilità civile "pura" richiede solo la constatazione dell'illecito civile. D'altra parte, il contenuto dell'obbligazione *ex delicto* prevede espressamente la restituzione come parte dell'oggetto dell'obbligazione, cosa che l'obbligazione privata "pura" non contempla. Infatti, è vero che il Codice Civile spagnolo,



a differenza del Codice Civile italiano, non regola le modalità di risarcimento del danno causato, cosa che, invece, viene fatta nel Codice Penale. Tuttavia, ciò che è certo è che, nonostante la controversa modalità di riparazione, questa fa parte del modello *ex delicto*, costituendo una caratteristica che la differenzia dalla responsabilità civile "pura". In effetti, è del tutto corretto indicare che il modello di responsabilità civile *ex delicto* va oltre la responsabilità civile "pura" e che non si identifica con quest'ultima, essendo necessario, anzi, riferirsi alla prima attraverso un nome più generico come "conseguenze giuridiche civili". Tuttavia, non tutte le conseguenze civili che potessero *derivare* dal reato possono essere risolte in un procedimento penale. In ogni caso, abbiamo mantenuto la nomenclatura tradizionale dell'istituzione per non confondere i lettori e per rispetto della menzione fatta nel Codice Penale stesso, anche se, come abbiamo detto, non è del tutto esatta. In questo senso, e indipendentemente dalla sua nomenclatura, consideriamo opportuno differenziare concettualmente tra il sistema civile puro e il modello *ex delicto*.

Allo stesso modo, bisogna notare che il modello di responsabilità civile *ex delicto* è un istituto di natura privatistica che si risolve nel processo penale. La sua base non è altro che un approccio utilitaristico che si concretizza nell'economia procedurale. Il modello non è concepito penalmente e non riceve un trattamento giuridico legato alle funzioni del Diritto penale, anche se la sua soddisfazione comporta importanti benefici penali e penitenziari come circostanza attenuante (art. 21.5 CPesp), causa di esclusione della punibilità (*e. gr.* nei reati contro i diritti dei lavoratori, art. 314 CPesp), applicazione del tipo privilegiato (*e. gr.* nei reati in materia di pianificazione territoriale e urbanistica, tutela del patrimonio storico e dell'ambiente, art. 340 CPesp), la sospensione delle pene detentive (art. 80 CPesp), l'ottenimento della semilibertà (art. 72 sezioni 5 e 6 LOGP), l'ottenimento della liberazione condizionale (art. 90 CPesp) e la sospensione dell'esecuzione della pena di incarcerazione permanente revocabile (art. 92 CPesp). In questo contesto, se l'istituto si fonda principalmente su ragioni deflattive, le molteplici dualità normative rispetto alla responsabilità civile "pura" e la collocazione del medesimo nel Codice Penale sono particolarmente degne di critica. Da parte nostra, crediamo che sarebbe opportuno riesaminare queste differenze, unificare i diversi criteri e rinviare la questione alla legislazione privatistica, sulla scia di altri sistemi.

Per quanto riguarda la nascita della responsabilità civile *ex delicto*, la costruzione del sistema segue un ragionamento che consiste in una regola sillogistica *a maiore ad minus* o *a fortiori*. Cioè, una volta provata l'esistenza di un illecito penale, si capisce che ci sarà, a maggior ragione, un illecito civile. Tuttavia, questo non è sempre il caso. Dopo l'analisi giuridico-penale, è necessario riesaminare i fatti dal punto di vista del Diritto privato e valutare, secondo i suoi criteri, l'esistenza di un illecito civile. Altrimenti, se questo secondo illecito non viene trovato, la responsabilità civile *ex delicto* non sorgerà. Di conseguenza, è chiaro come la responsabilità civile non sorga, in senso stretto, né dal reato formale né da quello materiale. Tuttavia, nonostante il fatto che questa responsabilità civile sorgerebbe, in assoluta purezza, con il concorso degli elementi dell'illecito civile secondo i criteri del sistema di responsabilità civile "pura", il fatto è che la regola *ex delicto* richiede la previa constatazione di un illecito penale. Pertanto, il

sorgere della responsabilità civile *ex delicto* richiede la valutazione di un illecito penale e di un illecito civile.

Ciononostante, la modalità di restituzione non nasce esattamente con questo secondo torto civile, ma dalla spogliazione, che, tuttavia, può sempre essere ricondotta a questa idea di illecito civile. Fondamentalmente, la restituzione è una modalità che ha dei limiti e un oggetto molto diffusi a causa dell'indeterminatezza del suo campo di applicazione. Secondo la pratica giudiziaria, sembra identificarsi con qualsiasi azione civile volta a reintegrare un bene nel patrimonio. Si giustifica anche con un'idea di "ripristino dell'ordine giuridico causato dal reato", per quanto possa sembrare astratto e criticabile. Il risarcimento, invece, corrisponde a un istituto di Diritto privato, cioè la riparazione per equivalente pecuniario nel Diritto civile. Così, nonostante l'ordine dato nell'articolo 110 CPesp, si deve ritenere che non esiste un ordine di priorità tra le diverse modalità di responsabilità civile *ex delicto*, poiché, essendo un'obbligazione privata, è regolata dai principi rogatorio e dispositivo. Anche in questo senso, la questione dei responsabili continua ad avere come regola generale che il responsabile penale sarà dichiarato responsabile civile, anche se ci sono numerose eccezioni.

### **Sull'interpretazione dell'articolo 112 CPesp**

In breve, l'articolo 112 CPesp introduce per la prima volta nell'ordinamento spagnolo la previsione di una riparazione specifica o *in natura*. A seconda del modo in cui sia concepita questa nozione, si dovrebbe anche fare riferimento alla possibilità di un risarcimento in specie attraverso la consegna di beni per il valore del danno causato, in conformità con questo precetto. In questo senso, è possibile sostenere questa conclusione sulla base dell'applicazione del metodo sistematico e teleologico. Secondo il suo contenuto, il danneggiato è autorizzato a chiedere il ripristino della situazione precedente alla materializzazione del danno da parte o a spese del danneggiante. Di fatto, è la forma di risarcimento più vantaggiosa per la parte lesa, anche se ha una moltitudine di circostanze che ne limitano l'applicabilità, come l'eccessiva onerosità, l'irrevocabilità della situazione precedente, l'impossibilità fisica o giuridica, ecc. Nonostante la sua criticabile formulazione, si tratta di un obbligo completamente privato che ha tutte le caratteristiche di un obbligo civile.

D'altra parte, vorremmo anche approfondire le critiche che abbiamo alla formulazione scelta. In primo luogo, perché sembra fondere la sfera penale e quella civile. In secondo luogo, perché menziona espressamente il colpevole in assenza di un riferimento più consono alla sua natura privata. Certamente, il soggetto responsabile è il responsabile civile, che sia o no anche penalmente responsabile. Infine, anche se i termini risarcimento e indennizzo, danno e pregiudizio sono rispettivamente sinonimi nella Tort Law, la differenza fondamentale che il Codice Penale fa nel trattamento dell'uno e dell'altro sta nel modo in cui viene rimediato il danno cagionato. Da un lato, l'articolo 112 CPesp prevede una riparazione specifica ed in specie, mentre l'articolo 113 CPesp prevede una riparazione per equivalente pecuniario. Questo nonostante il fatto che l'origine e l'obbligo

di risarcimento in sé siano gli stessi in entrambi i casi. Allo stesso modo, non c'è un ordine di priorità tra l'uno e l'altro. Di conseguenza, è la parte lesa stessa a poter richiedere l'una o l'altra, senza altri limiti che quelli dell'applicazione prevista per ogni modalità.



# BIBLIOGRAFÍA

## *Diccionarios*

GRANDE DIZIONARIO DELLA LINGUA ITALIANA, a cura di Salvatore Battaglia, voce “responsabilità”, t. 15 (Q - RIA), Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1995, pp. 880-881.

*Ibid.*, voce “responsabilità giuridica”, t. 15 (Q - RIA), p. 881.

*Ibid.*, voce “sanzione”, t. 17, (ROBB-SCHI), p. 544.

ETIMOLOGICO (L'). VOCABOLARIO DELLA LINGUA ITALIANA, voce “rispondere” [Recurso electrónico], di Leonardo Lavacchi, Le Monnier, versione 18.1 etim.

*Ibid.*, voce “sposo”.

NUEVO DICCIONARIO ETIMOLÓGICO LATÍN – ESPAÑOL Y DE LAS VOCES DERIVADAS, voz “respondeo, -ere, di, -sum”, 5ª edición, Deusto, 2010, p. 660.

*Ibid.*, “sancio, -ire, sanxi, sanctum”, p. 683.

*Ibid.*, voz “sanctio, onis”, p. 683.

*Ibid.*, voz “spondeo, -ere, spondi, sponsum”, p. 727.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, voz “responder” [Recurso electrónico], versión 23.4.

*Ibid.*, “responsabilidad”.

*Ibid.*, “responsable”.

*Ibid.*, “sanción”.

*Ibid.*, “sancionar”

.

## *Enciclopedias jurídicas*

ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO, voz “**Clausola penale**” [Recurso electrónico], por Andrea Magazzù, vol. 7, Giuffrè, 1960.

*Ibid.*, voz “**Codice (premessa storica)**” [Recurso electrónico], por Vincenzo Piano Mortari, vol. 7, Giuffrè, 1960.

*Ibid.*, voz “**Codice penale**” [Recurso electrónico], di Giuliano Vassalli, vol. 7, Giuffrè, 1960.

*Ibid.*, voz “**Pena privata (dir. priv.)**” [Recurso electrónico], por Enrico Moscati, vol. 32, Giuffrè, 1982.

*Ibid.*, voz “**Pena (dir. pen.)**” [Recurso electrónico], por Pietro Nuvolone, vol 32, Giuffrè, 1982.

*Ibid.*, voz “**Responsabilità civile da reato**” [Recurso electrónico], por Vincenzo Zeno-Zencovich e Guido Alpa, vol. 39, Giuffrè, 1988.

*Ibid.*, voz “**Risarcimento del danno**” [Recurso electrónico], por Cesare Salvi, vol. 40, Giuffrè, 1989.

*Ibid.*, voz “**Sanzione**” [Recurso electrónico], por Francesco D’Agostino, vol. 41, Giuffrè, 1989.

*Ibid.*, voz “**Illecito civile punitivo**”, por Alberto Gargani, Annali X, Giuffrè, 2017, pp. 487-504.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA ESPAÑOLA, voz “**Indemnización**”, por Lorenzo Barrio y Morayta, t. 18, Francisco Seix, 1910, pp. 941-942.

*Ibid.*, voz “**Indemnización de daños y perjuicios**”, por Julio de Ercilla, t. 18, Francisco Seix, 1910, pp. 942-943.

*Ibid.* voz “**Reparación del daño causado**”, por Pedro Dorado Montero, t. 27, Francisco Seix, 1910, pp. 251-261.

*Ibid.*, “**Sanción**”, por Ambrosio Tapia, t. 28, Francisco Seix, 1910, pp. 776-777.

*Ibid.*, voz “**Restitución in integrum**”, por Francisco Grau Granell, t. 27, Francisco Seix, 1910, pp. 440-441.

NOVISSIMO DIGESTO ITALIANO, voz “**Sanzione**”, por Norberto Bobbio, t. 16, UTET, 1980, pp. 530-540.

NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA, voz “**Indemnización (Derecho Penal)**”, por Luis M. Díaz Valcárcel, t. 12, Francisco Seix, 1965, pp. 276-289.

*Ibid.* voz “**Indemnización de daños y perjuicios**”, por José J. Pintó Ruiz, t. 12, Francisco Seix, 1965, pp. 289-293.

### *Doctrina*

ALASTUEY DOBÓN, M<sup>a</sup> C., “**Consecuencias jurídicas no penales** derivadas de la comisión del delito (II): la responsabilidad civil derivada del delito”, en GRACIA MARTÍN, L. (Coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito* [Recurso electrónico], Tirant lo Blanch, 5<sup>a</sup> ed., 2016, pp. 238-245.

*Id.*, “**La responsabilidad civil y las costas procesales**”, en GRACIA MARTÍN, L. (Coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 590-651.

*Id.*, **La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales**, Tirant lo Blanch, 2000.

ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., “**Artículo 109**”, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.) *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, t. 1 Derechos fundamentales – Artículos 1 a 137, Trivium, 1997, pp. 1359-1384.

*Id.*, “**Artículo 110**”, en *Ibid.*, pp. 1384-1391.

*Id.*, “**Artículo 111**”, en *Ibid.*, pp. 1391-1403.

*Id.*, “**Artículo 112**”, en *Ibid.*, pp. 1403-1414.

*Id.*, “**Artículo 113**”, en *Ibid.*, pp. 1414-1430.

*Id.*, “**Artículo 114**”, en *Ibid.*, pp. 1414-1430.

*Id.*, “**Artículo 115**”, en *Ibid.*, pp. 1436-1439.

*Id.*, “**Artículo 116**”, en *Ibid.*, pp. 1440-1449.

*Id.*, “**Artículo 120**”, en *Ibid.*, pp. 1466-1512.

*Id.*, “**Artículo 121**”, en *Ibid.*, pp. 1513-1534.

*Id.*, “**Artículo 122**”, en *Ibid.*, pp. 1534-1537.

ALBADALEJO GARCÍA, M., “**Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común**”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. 16, fasc. 2, 1963, pp. 345-376.

ALCÁNTARA FRANCIA, O. A., “**La pena privada en el Derecho Civil francés. Especial referencia a los daños punitivos en el Proyecto de Reforma del Code Civil**”, en *Gaceta Civil & Procesal Civil*, nº 67, 2019, pp. 101-116.

ALGARRA PRATS, E., “**Artículo 122**”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. 4, Edersa, 2000, pp. 895-916.

*Id.*, “**Artículo 114**”, en *Ibid.*, pp. 333-356.

ALONSO-CORTÉS CONCEJO, A., *Fundamento de la responsabilidad civil delictual*, Publicaciones del Colegio Mayor San Jorge, 1960.

ALPA, G., *La responsabilità civile. Principi*, UTET giuridica, 2ª ed., 2018.

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “**Contribución al estudio sobre la aplicación del Código Penal de 1822**”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 5, 1978, pp. 229-235.

AMODIO, E., “**Solidarietà e difesa sociale nella riparazione alle vittime del delitto**”, en *Politica del Diritto*, fasc. 3, 1973, pp. 403-432.

ANTOLISEI, F., *L'offesa e il danno nel reato*, Istituto Italiano d'Arti Grafiche, 1930.

- ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, Akal, 2ª ed. anotada y puesta al día por José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino, 1986.
- Id.*, “**Los proyectos decimonónicos** para la reforma del Código penal español”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 25, fasc. 2, 1972, pp. 249-288.
- Id.*, “**El Código penal de 1870**”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 23, fasc. 2, 1970, pp. 229-252.
- Id.*, “**El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco**”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 18, fasc. 3, 1965, pp. 473-496.
- Id.*, “**Historia del Código penal de 1822**”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 18, fasc. 2, 1965, pp. 263-278.
- ARROYO ZAPATERO, L., “**Derecho Penal y Constitución (II)**”, en DEMETRIO CRESPO, E. y RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Coords.), *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Ediciones Experiencia, 3ª ed., 2016, pp. 139-152.
- Id.*, “**Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal**”, en *Revista española de Derecho constitucional*, nº 8, 1983, pp. 9-46.
- BACIGALUPO, E., *Derecho Penal y el Estado de Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- Id.*, *Derecho penal. Parte general*, Hammurabi, 2ª ed., 1999.
- BACIGALUPO SAGGESE, S., “**Las consecuencias accesorias** del delito en el Código Penal. La extinción de la responsabilidad penal. La responsabilidad civil derivada del delito”, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (Coord.), *Manual de introducción al Derecho Penal*, Boletín Oficial del Estado, 2019, pp. 253-266.
- BAIXAULI FERNÁNDEZ, A., *La responsabilidad civil ex delicto de las aseguradoras del riesgo derivado de la circulación de vehículos a motor en el proceso penal*, Tesis doctoral inédita, Universidad de Valencia, 2013.
- BARATELLA, M. G., *Le pene private*, Giuffrè, 2006.
- BARCELLONA, M., *Trattato della responsabilità civile*, UTET giuridica, 2011.
- BARCELÓ DOMÉNECH, J., “**Artículo 117**”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. 4, Edersa, 2000, pp. 425-452.
- BARQUÍN SANZ, J., “**Artículo 170**”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. 6, Edersa, 1999, pp. 171-182.
- BECCARIA, C., *Dei delitti e delle pene*, Letteratura italiana Einaudi, 1973.
- BELLANTONI, G., “**La riparazione alle vittime del reato** tra istanze “risarcitorie” e politica “asistenziale””, en *L’Indice Penale*, fasc. 3, 1985, pp. 535-561.



- BENTHAM, J., *An introduction to the principles of morals and legislation*, Batoche Books – Kitchener, 2000.
- Id.*, “**Principles of Penal law**”, en BOWRING, J. (Ed.), *The works of Jeremy Bentham*, vol. 1, William Tait, 1843, pp. 365-580.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., “**El Derecho penal**”, en DEMETRIO CRESPO, E. y RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Coords.), *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Ediciones Experiencia, 3ª ed., 2016, pp. 33-48.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, J. R., “**Responsabilidad civil del Estado**. En especial, actuación de las Fuerzas de Seguridad del Estado” en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 16, 2004, pp. 237-286.
- BERMEJO CASTRILLO, M. A., *Responsabilidad civil y delito en el Derecho histórico español*, Dykinson, 2016.
- BERISTAIN IPIÑA, A., *Medidas penales en Derecho contemporáneo. Teoría, legislación positiva y realización práctica*, Reus, 1974.
- BIANCA, C. M., *Diritto civile*, vol. 5 (La responsabilità), Giuffrè, 3ª ed., 2021.
- BINDING, K., *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, t. 1, Aalen Scientia Verlag, 1965.
- Id.*, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, t. 2, vol. 1, Aalen Scientia Verlag, 1965.
- BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, Debate, 1999.
- BONILINI, G., “**Pena privata e danno non patrimoniale**” en BUSNELLI, F. D y SCALFI, G. (Coords.), *Le pene private*, Giuffrè, 1985, pp. 301-320.
- Id.*, *Il danno non patrimoniale*, Giuffrè, 1983.
- BREBBIA, R. H., *El daño moral. Doctrina, legislación, jurisprudencia, precedido de una teoría jurídica del daño*, Editorial Bibliográfica Argentina, 1950.
- BRICOLA, F., “**La riscoperta delle “pene private” nell’ottica del penalista**”, en BUSNELLI, F. D y SCALFI, G. (Coords.), *Le pene private*, Giuffrè, 1985, pp. 27-53.
- BUSNELLI, F. D., “**Verso una riscoperta delle “pene private”?**”, en *Id.* y SCALFI, G. (Coords.), *Le pene private*, Giuffrè, 1985, pp. 3-10.
- BUSNELLI, F. D y SCALFI, G. (Coords.), *Le pene private*, Giuffrè, 1985.
- BUSTO LAGO, J. M., *La antijuricidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Tecnos, 1998.

- BUSTOS RAMÍREZ, J. J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho Penal*, vol. 2, Trotta, 1999.
- Id.*, *Lecciones de Derecho Penal*, vol. 1, Trotta, 1997.
- CALABRESI, G., *The costs of accidents. A legal and economic analysis*, Yale University Press, 1970.
- CALAMANDREI, P., “**Il risarcimento dei danni non patrimoniali** nella nuova legislazione penale”, en *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1931, fasc. 9, pp. 171-182.
- CANCIO MELIÁ, M., “**Artículo 114**”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.) y JORGE BARREIRO, A. (Coord.) *Comentarios al Código Penal*, Civitas, 1997, pp. 335-341.
- CARNELUTTI, F., *Il danno e il reato*, CEDAM, 1926.
- CARRASCO PERERA, Á., “**Restitución de provechos (y II)**”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. 41, fasc. 1, 1988, pp. 5-152.
- Id.*, “**Restitución de provechos (I)**”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. 40, fasc. 4, 1987, pp. 1055-1148.
- CARRILLO VINADER, F. J., “**Artículo 116**”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. 4, Edersa, 2000, pp. 385-452.
- CASABÓ RUIZ, J. R., “**La aplicación del Código penal de 1822**”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 32, fasc. 2, 1979, pp. 333-344.
- Id.*, “**Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código criminal de 1787**”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 22, fasc. 2, 1969, pp. 313-342.
- CASAROLI, G., “**La riparazione pubblica alle vittime del reato fra solidarietà sociale e politica criminale**”, en *L'Indice Penale*, fasc. 2, 1990, pp. 277-330.
- CASTEJÓN CALDERÓN, R., “**El proyecto Sainz de Andino de Código criminal de 1830**”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1943, pp. 38-41.
- CASTRONOVO, C., *Responsabilità civile*, Giuffrè, 2018.
- Id.*, “**Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisprudenza. A proposito di giustizia**”, en *Europa e Diritto Privato*, fasc. 3, 2017, pp. 765-799.
- Id.*, “**Il danno non patrimoniale nel cuore del Diritto civile**”, en *Europa e Diritto Privato*, fasc. 2, 2016, pp. 293-333.
- CAVANILLAS MÚGICA, S., “**Responsabilidad por hechos ajenos**” en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 16, 2004, pp. 101-145.

- Id.*, “**Efectos de la responsabilidad civil ex delicto: reparación del daño**”, en QUINTERO OLIVARES, G., CAVANILLAS MÚGICA, S. y DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E., *La Responsabilidad civil “ex delicto”*, Aranzadi, 2002, pp. 55-65.
- Id.*, “**Efectos de la responsabilidad civil ex delicto: indemnización de perjuicios materiales y morales**”, en *Ibid.*, pp. 67-124.
- Id.*, “**Extinción de la responsabilidad civil ex delicto**”, en *Ibid.* pp. 131-135.
- CENDON, P., “**Responsabilità civile e pena privata**”, en BUSNELLI, F. D y SCALFI, G. (Coords.), *Le pene private*, Giuffrè, 1985, pp. 293-300.
- CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte General*, t. 3 Teoría jurídica del delito/2, Tecnos, 5ª reimpr., 2005.
- Id.*, *Curso de Derecho Penal español. Parte General*, t. 2 Teoría jurídica del delito, Tecnos, 6ª ed., 7ª reimpr., 2005.
- Id.*, *Curso de Derecho Penal español. Parte General*, t. 1 Introducción, Tecnos, 6ª ed., 2ª reimpr., 2005.
- Id.*, “**Los delitos de peligro abstracto** en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 10, 2002, pp. 47-72.
- Id.*, “**Culpabilidad y pena**”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 33, fasc. 2, 1980, pp. 347-366.
- CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho penitenciario*, Tiran lo Blanch, 4ª ed., 2016.
- CESARINI SFORZA, W., “**Risarcimento e sanzione**”, en *Scritti Giuridici in onore di Santi Romano*, vol. 1 (Filosofía e Teoria Generale del Diritto. Diritto Costituzionale), CEDAM, 1940, pp. 147-162.
- CHRISTIE, N., “**Los conflictos como pertenencia**”, trad. de Alberto Bovino y Fabricio Guariglia, en ESER, A., et al., *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, 1992, pp. 157-182.
- COBACHO GÓMEZ, J. A., “**Artículo 109**”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. 4, Edersa, 2000, pp. 157-224.
- COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed. corregida, aumentada y actualizada, Tirant lo Blanch, 1999.
- COLINA RAMÍREZ, E. I., *Sobre la legitimación del Derecho penal del riesgo*, Bosch, 2014.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., “**La responsabilidad civil ex delicto** en el Código Penal de 1995”, en ARROYO ZAPATERO, L. y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coords.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, vol. 1, 2001, pp. 935-966.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., “**Artículo 109**”, en *Id.* (Dir.), *Código Penal comentado*, t. 1, Bosch, 2004, pp. 364-365.

*Id.*, “**Artículo 110**”, en *Ibid.*, pp. 365-366.

*Id.*, “**Artículo 111**”, en *Ibid.*, pp. 366-368.

*Id.*, “**Artículo 112**”, en *Ibid.*, pp. 368-369.

*Id.*, “**Artículo 113**”, en *Ibid.*, pp. 369-372.

*Id.*, “**Artículo 114**”, en *Ibid.*, pp. 372-374.

*Id.*, “**Artículo 115**”, en *Ibid.*, pp. 374-375.

*Id.*, “**Artículo 116**”, en *Ibid.*, pp. 375-377.

*Id.*, “**Artículo 117**”, en *Ibid.*, pp. 377-380.

*Id.*, “**Artículo 120**”, en *Ibid.*, pp. 384-387.

*Id.*, “**Artículo 121**”, en *Ibid.*, pp. 387-391.

COVIELLO, L., “**L’articolo 185 del Codice Penale e la risarcibilità dei danni morali in materia civile**”, en *Rivista di Diritto Civile*, 1932, pp. 313-324.

CÓRDOBA RODA, J., “**Artículo 19**”, en *Id.* y RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal*, t. I (Artículos 1-22), Ariel, 1972, pp. 948-964.

*Id.*, “**Artículo 20**”, en *Id.* y RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal*, t. I (Artículos 1-22), Ariel, 1972, pp. 965-972.

*Id.*, “**Artículo 21**”, en *Id.* y RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal*, t. I (Artículos 1-22), Ariel, 1972, pp. 972-975.

*Id.*, “**Artículo 22**”, en *Id.* y RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal*, t. I (Artículos 1-22), Ariel, 1972, pp. 976-994.

*Id.*, “**Artículo 101**”, en *Id.*, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., DEL TORO MARZAL, A. y CASABÓ RUIZ, J. R., *Comentarios al Código Penal*, t. II (Artículos 23-119), Ariel, 1972, pp. 563-567.

*Id.*, “**Artículo 102**”, en *Ibid.*, pp. 567-575.

*Id.*, “**Artículo 103**”, en *Id.*, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., DEL TORO MARZAL, A. y CASABÓ RUIZ, J. R., *Comentarios al Código Penal*, t. II (Artículos 23-119), Ariel, 1972, pp. 576-577.

*Id.*, “**Artículo 104**”, en *Ibid.*, pp. 577-593.

*Id.*, “**Artículo 105**”, en *Ibid.*, pp. 593-594.

- Id.*, “**Artículo 106**”, en *Id.*, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., DEL TORO MARZAL, A. y CASABÓ RUIZ, J. R., *Comentarios al Código Penal*, t. II (Artículos 23-119), Ariel, 1972, pp. 594-598.
- Id.*, “**Artículo 107**”, en *Ibid.*, pp. 598-600.
- Id.*, “**Artículo 108**”, en *Id.*, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., DEL TORO MARZAL, A. y CASABÓ RUIZ, J. R., *Comentarios al Código Penal*, t. II (Artículos 23-119), Ariel, 1972, pp. 601-603.
- CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal*, t. 1 (Parte General), vol. 2, revisado y puesto al día por César Camargo Hernández, Bosch, 18ª ed., 1981.
- Id.*, *Código Penal. “Texto revisado 1963” y leyes penales especiales*, Bosch, 1963.
- Id.* *Exposición del Código Penal reformado de 1932*, Bosch, 1933.
- Id.* *El nuevo Código Penal español (Exposición y comentario)*, Bosch, 1929
- CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español. Parte general: Nociones introductorias. Teoría del delito*, Dykinson, 3ª ed., 2002.
- CUELLO CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B., *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Tecnos, 3ª ed., 2015.
- CUERDA ARNAU, M. L., “**Delitos contra la libertad** (y II): Amenazas. Coacciones”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, 6ª ed., 2019, pp. 159-186.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., *Daños punitivos*, Civitas, 2012.
- Id.*, *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, 3ª ed., 1993.
- DE BENITO FRAILE, E. J., “**Nuevas aportaciones al estudio sobre la aplicación práctica del Código Penal de 1822**”, en *Foro. Revista de ciencias jurídicas y sociales*, nº 8, 2008, pp. 41-68.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., “**La indemnización por causa de muerte**”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. 9, fasc. 2, 1956, pp. 449-504.
- DE CASTRO Y OROZCO, J. y ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *Código Penal explicado, para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones*, t. 1, Impr. y Librería de Manuel Sanz, 1848.
- DE COSSÍO CORRAL, A., “**La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio del Derecho español**”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. 19, fasc. 3, 1966, pp. 527-554.
- DE CUPIS, A., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Giuffrè, 3ª ed., riveduta e ampliata, 1979.

- DE DOMINGO MARTÍNEZ, J. A., “**Artículo 119**”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. 4, Edersa, 2000, pp. 535-548.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “**La reparación de la víctima** en el Derecho penal español”, en BERISTAIN IPIÑA, A. (Dir.) y DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (Coord.), *Las víctimas del delito*, Instituto Vasco de Criminología, 1988, pp. 138-150.
- DE LA FUENTE HONRUBIA, F., “**La responsabilidad civil derivada del delito: especial consideración de las personas jurídicas y entes colectivos**”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, nº 2003, 2002-2003, pp. 228-247.
- DE LUCA, M., *La clausola penale*, Giuffrè, 1998.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “**Responsabilidad civil y costas procesales**”, en DEMETRIO CRESPO, E. y RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Coords.), *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Ediciones Experiencia, 3ª ed., 2016, pp. 571-592.
- DE VIZMANOS, T. M. y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C., *Comentarios al nuevo Código Penal*, t. 1 Establecimiento tipográfico de J. González y A. Vicente, 1848.
- DEL ROSAL FERNÁNDEZ, J., “**Alcance de la relación facticia en la configuración de la responsabilidad penal y civil**”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 11, fasc. 1, 1958, pp. 77-82.
- Id.*, “**Límites de la responsabilidad civil subsidiaria en la acción delictiva**”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 10, fasc. 3, 1957, pp. 543-550.
- DEL VECCHIO, G., “**La lotta contro il delitto e l’obbligo del risarcimento**”, en *Estudios penales. Homenaje al P. Julián Pereda, S. J., en su 75º aniversario*, Universidad de Deusto, 1965, pp. 339-344.
- Id.*, *Acerca del resarcimiento del daño en relación con la pena*, trad. de Eustaquio Galán, Instituto Editorial Reus, 1951.
- DI MAJO, A., *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, 1993.
- DELGADO ECHEVARRÍA, J., “**Artículo 1303**”, en ALBADALEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S. (Dirs.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* [Recurso electrónico], t. XVII, vol. 2 Artículos 1281 a 1314 del Código Civil, Edersa, 2ª ed., 2005.
- DÍAZ ALABART, S., “**La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela**”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. 40, fasc. 3, 1987, pp. 795-894.
- DÍAZ LÓPEZ, J. A., “**¿Responsabilidad civil ex delicto de un banco por la crisis nerviosa del cliente que presencié un atraco?**”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* [Recurso electrónico], año 33, nº 134 Abril – Junio, 2014.

- DÍAZ VALCÁRCEL, L. M., “**Responsabilidad civil derivada del delito (Segunda Parte)**”, en *Revista de Derecho Judicial*, nº 5, 1961, pp. 17-74.
- Id.*, “**Responsabilidad civil derivada del delito (I)**”, en *Revista de Derecho Judicial*, nº 4, 1960, pp. 15-47.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “**Arts. 169 a 171**”, en *Id.* y GRACIA MARTÍN, L. (Coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, vol. 1, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 773-814.
- DÍEZ-PICAZO, L., “**La culpa** en la responsabilidad civil extracontractual”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. 54, fasc. 3, 2001, pp. 1009-1028.
- Id.*, “**Culpa y riesgo** en la responsabilidad civil extracontractual”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 4, 2000, pp. 153-166.
- Id.*, *Derecho de daños*, Civitas, 1999.
- Id.*, “**La responsabilidad civil hoy**”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. 32, fasc. 4, 1979, pp. 727-738.
- DÍEZ SOTO, C. M., “**Artículo 120.4**”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. 4, Edersa, 2000, pp. 647-708.
- Id.*, “**Artículo 120.3**”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. 4, Edersa, 2000, pp. 573-646.
- DÜNKEL, F., “**La conciliación delincente-víctima y la reparación de daños**: desarrollos recientes del Derecho penal y de la práctica del Derecho penal en el Derecho comparado”, en BERISTAIN, A. y DE LA CUESTA, J. L. (Dir.), *Victimología. VIII Cursos de Verano en San Sebastián*, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, 1990, pp. 113-147.
- ESER, A., “**Bene giuridico e vittima del reato**: prevalenza dell’uno sull’altra? Riflessioni sui rapporti tra bene giuridico e vittima del reato” trad. di Desirée Fondaroli, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 4, 1997, pp. 1061- 1084.
- Id.*, “**Acerca del renacimiento de la víctima** en el procedimiento penal. Tendencias nacionales e internacionales”, trad. de Fabricio O. Guariglia y Fernando J. Córdoba, en ESER, A., et alt., *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, 1992, pp. 13-52.
- FEMENÍA LÓPEZ, P. J., “**Artículo 120.2**”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. 4, Edersa, 2000, pp. 557-572.
- FERNÁNDEZ CRENTE, A., “**Imputación objetiva en un caso de responsabilidad civil ex delicto**: criterio de la provocación. Comentario a la STS, 2ª, 25.6.2005”, en *InDret* [Recurso electrónico], nº 1, 2006.

- FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código Penal*, Sucesores de Nogués, 1947.
- FERRI, E., *Sociologia criminale*, 2 vols., Unione Tipografico - Editrice Torinese, 5ª ed., 1930.
- Id.*, *Principii di diritto criminale. Delinquente e delitto nella scienza, legislazione, giurisprudenza in ordine al Codice penale vigente, progetto 1921 – progetto 1927*, Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1928.
- FONDAROLI, D., “**Mille e non più mille: la riparazione pecuniaria e dintorni**”, en *Archivio penale*, suplemento al fasc. 1, 2018, pp. 159-169.
- Id.*, “**Vicende della punibilità e risarcimento e/o riparazione del “danno da reato”**”, en SGUBBI, F. y FONDAROLI, D. (Coords.), *Il “mercato della legge penale”: nuove prospettive in materia di esclusione della punibilità tra profili sostanziali e processuali*, CEDAM, 2011, pp. 29-73.
- Id.*, “**Risarcibilità del danno non patrimoniale, reato e colpa (civilmente) presunta**”, en *Diritto Penale e Processo* [Recurso electrónico], vol. 10, Fasc. 5, 2004.
- Id.*, “**Risarcimento e/o riparazione come causa di esclusione e/o estinzione della punibilità: così è (se vi pare)**”, en MANZIN, M. (Coord.), *Funzione della pena e terzietà del giudice nel confronto fra teoria e prassi*, Quaderni del dipartimento di Scienze giuridiche dell’Università degli Studi di Trento, 2002, pp. 103-126.
- Id.*, *Illecito penale e riparazione del danno*, Giuffrè, 1999.
- FROSALI, R. A., *Reato, danno e sanzioni*, CEDAM, 1932.
- FUENTESECA DEGENEFFE, M., “**Poena privata, poena criminis y responsabilidad civil derivada del delito**”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, 2005, pp. 1923-1943.
- Id.*, “**El delito civil en Roma y en el Derecho español**”, Tirant lo Blanch, 1997.
- GABRIELLI, E., “**Clausola penale e sanzioni private nell’autonomia contrattuale**”, en *Rassegna di Diritto civile*, fasc. 4, 1984, pp. 901-930.
- GALAIN PALERMO, P., *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant lo Blanch, 2010.
- Id.*, “**¿La reparación del daño como “tercera vía” punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin**”, en *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, nº 3, 2000, pp. 183-220.
- GALAIN PALERMO, P. y ROMERO SÁNCHEZ, A., “**Criminalidad organizada y reparación. ¿Puede la reparación ser un arma político-criminal efectiva en la lucha contra la criminalidad organizada?**”, en *Derecho Penal y Criminología*, vol. 22, nº 73, 2001, pp. 45-68.



- GALGANO, F., “**Alla ricerca delle sanzioni civile indirette**: premesse generali”, en *Contratto e impresa*, fasc. 2, 1986, pp. 531-540.
- Id.*, “**Civile e penale nella produzione di giustizia**”, en DE ACUTIS, M. y PALOMBARINI, G. (Coords.) *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*, CEDAM,
- GALIANA URIARTE, F., “**Problemas de la responsabilidad civil delictual**: el tercero perjudicado”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 19, fasc. 2, 1966, pp. 199-214.
- GALLO, P., *Pene private e responsabilità civile*, Giuffrè, 1996.
- GALLEGO SOLER, J. I. y MIR PUIG, S., “**Responsabilidad civil derivada de los delitos de alzamiento**”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (Coords.) *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, vol. 2, 2004, pp. 1077-1094.
- GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual básico de Derecho Administrativo*, Tecnos, 17ª ed, 2020.
- GARCÍA ARÁN, M., “**Reparación a la víctima y mediación** en la delincuencia económica”, en MUÑOZ CONDE, F. et alt. (Dirs.), *Un Derecho Penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 449-480.
- Id.*, *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, Edicions de la Universitat de Barcelona, 1982.
- GARCÍA PÉREZ, C., “**Artículo 120.5**”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. 4, Edersa, 2000, pp. 709-812.
- GARCÍA RIVAS, N., “**La culpabilidad**”, en DEMETRIO CRESPO, E. y RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Coords.), *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Ediciones Experiencia, 3ª ed., 2016, pp. 223-227.
- Id.*, “**La culpabilidad (II)**”, en *Ibid.*, pp. 228-239.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho penal*, Editorial universitaria Ramón Areces, 4ª ed., 2006.
- Id.*, “**La responsabilidad civil derivada de delito y su controvertida naturaleza**” en BAIGÚN, D. et alt. (Coords.), *De las Penas. Libro Homenaje al Prof. Isidro de Benedetti*, Depalma, 1997, pp. 241-254.
- Id.*, “**La resocialización de la víctima**: víctima, sistema legal y política criminal”, en DE LA CUESTA, J. L. et alt. (Coords.), *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al profesor Antonio Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, 1989, pp. 193-198.

- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., “**Causas de justificación** y causas de exculpación en el Código Penal y su relevancia para la responsabilidad civil”, en HERRADOR GUARDIA, M. J. (Dir.) *Responsabilidad civil y seguro. Cuestiones actuales*, Francis Lefebvre, 2018, pp. 61-112.
- Id.*, “**La antijuricidad como requisito de la responsabilidad civil**”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. 66, fasc. 4, 2013, pp. 1503-1604.
- Id.*, *Ilicitud, culpa y estado de necesidad (Un estudio de responsabilidad extracontractual en los Códigos Penal y Civil)*, Dykinson, 2006.
- Id.*, “**Artículo 120.1**”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. 4, Edersa, 2000, pp. 553-556.
- Id.*, “**Artículo 118.1. 1ª y 2ª**”, en *Ibid.*, pp. 453-490.
- GARCÍA-VALDECASAS Y GARCÍA-VALDECASAS, A., “**El problema de la acumulación** de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español”, en *Revista de Derecho Privado*, 1962, pp. 829-849.
- GAROFALO, R., *La indemnización a las víctimas del delito*, traducción y estudio crítico por P. Dorado Montero, La España Moderna, [circa 1890].
- Id.*, *Criminologia: studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione*, Fratelli Bocca, 1885.
- GIL ESTELLÉS, C., *La responsabilidad civil derivada de la penal en la Doctrina y en la Legislación*, Publicaciones de la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, 1949.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., “¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?”, en *Estudios de Derecho Penal*, Tecnos, 3ª ed., 1990, pp. 140 y ss.
- Id.*, “El sistema del Derecho penal en la actualidad”, en *Ibid.*, pp. 162 y ss.
- GÓMEZ CALERO, J., “**La responsabilidad civil derivada de acto ilícito penal**”, en *Revista General de Derecho*, nº 193-194, 1960, pp. 874-898.
- Id.*, “**La responsabilidad civil derivada de acto ilícito penal**”, en *Revista General de Derecho*, nº 192, 1960, pp. 778-787.
- Id.*, “**La responsabilidad civil derivada de acto ilícito penal**”, en *Revista General de Derecho*, nº 190-191, 1960, pp. 602-610.
- Id.*, “**La responsabilidad civil derivada de acto ilícito penal**”, en *Revista General de Derecho*, nº 189, 1960, pp. 506-514.
- GÓMEZ CALLE, E., “**Los sujetos de la responsabilidad civil**. La responsabilidad por hecho ajeno”, en REGLERO CAMPOS, L. F. y BUSTO LAGO, J. M (Coords.), *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, t. 1, 5ª ed., 2014, pp. 971-1104.

- Id.*, “**La responsabilidad civil del menor**”, en *Derecho privado y Constitución*, nº 7, 1995, pp. 87-134.
- GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. 2, vol. 1 (Artículos 52 a 117), Bosch, 1951.
- Id.*, “**La acción civil de delito**”, en *Revista de Derecho Privado*, 1949, pp. 185-212.
- GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal penal*, Artes Gráficas y Ediciones, 1987.
- GÓMEZ RIVERO, M<sup>a</sup> C., “**La responsabilidad civil derivada del delito**”, en *Id.* (Dir.) *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, Tecnos, 4<sup>a</sup> ed., 2019, pp. 553-563.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J., “**Acciones protectoras**”, en SÁNCHEZ CALERO F. (Coord.), *Curso de Derecho civil III. Derechos reales y registral inmobiliario*, Tirant lo Blanch, 9<sup>a</sup> ed., 2020, pp. 167-186.
- GONZÁLEZ RUS, J. J., “**El artículo 444 del Código penal** y el régimen general de la responsabilidad civil derivada del delito”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 32, fasc. 2, 1979, pp. 380-426.
- GRACIA MARTÍN, L., “**Introducción al sistema de las consecuencias jurídicas del delito**”, en GRACIA MARTÍN, L. (Coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 27-53.
- GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, t. 1 y 2, Imprenta de D. Timoteo Abnaiz, 1872.
- HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, 1989.
- HERRERA MORENO, M., “**Artículo 114**”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. 4, Edersa, 2000, pp. 315-332.
- Id.*, *La hora de la víctima. Compendio de Victimología*, EDERSA, 1996.
- HIRSCH, H. J., “**La reparación del daño** en el marco del Derecho penal material”, trad. de Elena Carranza, en ESER, A., et al., *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, 1992, pp. 53-90.
- Id.*, “**La posición del ofendido** en el Derecho penal y en Derecho procesal penal, con especial referencia a la reparación”, trad. de Roberto L. Sánchez-Ocaña Chamorro, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 42, 1990, pp. 561-576.
- HORTAL IBARRA, J. C., “**La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil ex delicto: o cómo “resolver” la cuadratura del círculo**”, en *InDret* [Recurso electrónico], nº 4, 2014.

- HULSMAN, L., “**El enfoque abolicionista: políticas criminales alternativas**”, trad. de Enrique Andrés Font, en *Criminología crítica y control social*, 1993, pp. 75-104.
- Id.*, “**The abolitionist case: alternative crime policies**” en *Israel Law Review*, vol. 25, nº 3-4, Summer-Autum 1992, pp. 681-709.
- IRIBAS, J., “**La responsabilidad civil derivada de la criminal**”, en *Pretor. Revista técnica de justicia municipal*, 1955, pp. 817-827.
- IZQUIERDO MARTÍN, P., “**Irresponsabilidad penal y responsabilidad civil**”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 16, 2004, pp. 201-236.
- JAKOBS, G., “**Derecho Penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo**”, trad. de Manuel Cancio Meliá, en *Id.* y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho Penal del enemigo*, Civitas, 2ª ed., 2006.
- Id.*, “**La pena como reparación del daño**”, trad. de Manuel Cancio Meliá, en *Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje de los grandes tratadistas a Alfonso Reyes Echandía*, Legis, 2005, pp. 339-351.
- Id.*, “**La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente**”, en *Estudios de Derecho Judicial*, nº 20, 1999, pp. 119-146.
- Id.*, “**Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico**”, en *Id.*, *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, 1997, pp. 293-324.
- Id.*, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, 2ª ed. corr., 1997.
- JAREÑO LEAL, Á., “**Delitos contra la libertad (2): las amenazas**”, en BOIX REIG, F. (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, vol. 1 La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a la reforma de 2015 del Código Penal), Iustel, 2ª ed., pp. 249-266.
- JHERING, R. V., *El fin en el Derecho*, trad de José Luis Monereo Pérez, Comares, 2011.
- KANT, I., *La Metafísica de las costumbres*, Tecnos, 2005.
- KUPISCH, B., “**La responsabilità da atto illecito nel diritto naturale**”, en VACCA, L. (Coord.) *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, Giappichelli, 1995, pp. 125-134.
- LACASA GARCÍA, R., *Defensa jurídica y dolo del asegurado en el seguro de responsabilidad civil*, Fundación Mapfre – Cuadernos de la Fundación, C/221, 2017.

- LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, t. 3, vol. 1 Posesión y propiedad, Dykinson, 2ª ed. revisada y puesta al día por Agustín Luna Serrano, reimpr. 2005.
- Id.*, *Elementos de Derecho Civil*, t. 2, vol 2 Derecho de obligaciones. Contratos y cuasicontratos, Dykinson, 5ª ed. revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, 2013
- LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, 6ª ed. revisada y puesta al día por María Dolores Fernández Rodríguez, 2005.
- LARA CHAGOYÁN, R., *El concepto de sanción en la teoría contemporánea del Derecho*, Tesis doctoral inédita, Universidad de Alicante, 2000.
- LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, trad. de Jaime Santos Briz, t. 1. Revista de Derecho Privado, 1958.
- LARRAURI PIJOÁN, L., “**Tendencias actuales de la justicia restauradora**”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (Ed.) *Serta in memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, pp. 439-464.
- Id.*, “**La reparación**”, en CID MOLINÉ, J. y LARRAURI PIJOÁN, E. (Coords.), *Penas alternativas a la prisión*, 1997, pp. 169-196.
- LARROSA AMANTE, M. Á., “**Artículo 115**”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. 4, Edersa, 2000, pp. 357-384.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. y FAKHOURI GÓMEZ, Y., “**Principios del Derecho penal (I). El principio de legalidad y las fuentes del Derecho penal**”, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (Coord.), *Manual de introducción al Derecho Penal*, Boletín Oficial del Estado, 2019, pp. 47-68.
- LÓPEZ-AMO Y MARÍN, Á., “**El Derecho penal español de la Baja Edad Media**” en *Anuario de Historia del Derecho español*, nº 26, 1956, pp. 337-368.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, Tirant lo Blanch, 1997.
- LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M., *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Eurojuris, 1996.
- LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La responsabilidad civil extracontractual. Una exploración jurisprudencial y de filosofía jurídica*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2010.
- LÓPEZ REY, O., “**El Código Penal de 1822: publicación, vigencia y aplicación. En memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz en el 50 aniversario de su doctorado**”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 71, fasc. 1, 2018, pp. 347-401.

- LUZÓN DOMINGO, M., *Derecho penal del Tribunal Supremo. Parte general (síntesis crítica de la moderna jurisprudencia criminal)*, t. 2, Editorial Hispano-Europea, 1964.
- MADLENER, K., “**La reparación del daño sufrido** por la víctima y el Derecho penal”, en *Estudios de Derecho Penal y Criminología en homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa*, vol. 2, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1989, pp. 9-32.
- MAGALDI PATERNOSTRO, M.<sup>a</sup> J., “**Artículo 109**”, en CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M. (Dir.) *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Marcial Pons, 2011, pp. 869-883.
- Id.*, “**Artículo 110**”, en *Ibid.*, pp. 883-886.
- Id.*, “**Artículo 111**”, en *Ibid.*, pp. 886-890.
- Id.*, “**Artículo 112**”, en *Ibid.*, pp. 890-893.
- Id.*, “**Artículo 113**”, en *Ibid.*, pp. 893-899.
- Id.*, “**Artículo 114**”, en *Ibid.*, pp. 899-902.
- Id.*, “**Artículo 115**”, en *Ibid.*, pp. 902-904.
- Id.*, “**Artículo 116**”, en *Ibid.*, pp. 904-909.
- Id.*, “**Artículo 117**”, en *Ibid.*, pp. 904-918.
- Id.*, “**Artículo 118**”, en *Ibid.*, pp. 918-925.
- Id.*, “**Artículo 119**”, en *Ibid.*, pp. 925-926.
- Id.*, “**Artículo 120**”, en *Ibid.*, pp. 926-935.
- Id.*, “**Artículo 121**”, en *Ibid.*, pp. 935-938.
- Id.*, “**Artículo 122**”, en *Ibid.*, pp. 938-940.
- MANNA, A., “**Risarcimento del danno**, offensività ed irrilevanza penale del fatto: rapporti ed intersezioni”, en *Critica del diritto*, 2001, pp. 381-394.
- Id.*, “**Le nuove prospettive sanzionatorie** a tutela della vittima nel diritto penale”, en *Scritti in memoria di Renato Dell’Andro*, vol. 1, 1994, pp. 495-517.
- Id.*, “**Il risarcimento del danno fra diritto civile e diritto penale**”, en *L’Indice Penale*, fasc. 3, 1991, pp. 591-605.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L., “**La responsabilidad civil subsidiaria de los entes públicos** en el artículo 121 del nuevo Código Penal”, en *Actualidad Penal* [Recurso electrónico], Ref. XXV, 1998.
- MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas-Thomson Reuters, 5<sup>a</sup> ed., 2011.

- MARAVÉR GÓMEZ, M., “**Vigencia temporal de la ley penal**”, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (Coord.), *Manual de introducción al Derecho Penal*, Boletín Oficial del Estado, 2019, pp. 119-138.
- MARINI, A., *La clausola penale*, Jovene, 1984.
- MÁRQUEZ DE PRADO PÉREZ, J., “**Efectos de la Responsabilidad civil ex delicto. Indemnización de los daños materiales, corporales y morales**” en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 16, 2004, pp. 147-200.
- MERLE, R., “**Las consecuencias penales y civiles del delito de imprudencia**”, trad. de A. Quintano Ripollés, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 11, fasc. 2, 1958, pp. 217-226.
- MIR PUIG, C., “**Sobre el problema de la naturaleza de la responsabilidad civil extracontractual**”, en *Actualidad civil*, nº 1, 1991, pp. 101-107.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte general*, Reppertor, 10ª ed., 2ª reimpr., 2016.
- Id.*, *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método*, B de F, 2ª ed., 2002.
- Id.*, *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, 1ª ed., 1994.
- MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, 2012.
- MOLINA BLÁZQUEZ, C., “**La responsabilidad civil en el Código Penal de 1995**”, en *Revista del Poder Judicial* [Recurso electrónico], nº 38, 1995.
- MONTEL, A., *Problemi della responsabilità e del danno*, Giappicchelli, 1952.
- MONTÉS PENADÉS, V. L., “**Artículo 109**”, en VIVES ANTÓN, T. S. (Coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. 1 (Arts. 1 a 233), Tirant lo Blanch, 1996, pp. 570-585.
- Id.*, “**Artículo 110**”, en *Ibid.*, pp. 585-587.
- Id.*, “**Artículo 111**”, en *Ibid.*, pp. 587-598.
- Id.*, “**Artículo 112**”, en *Ibid.*, pp. 598-601.
- Id.*, “**Artículo 113**”, en *Ibid.*, pp. 601-608.
- Id.*, “**Artículo 114**”, en *Ibid.*, pp. 608-614.
- Id.*, “**Artículo 115**”, en *Ibid.*, pp. 614-616.
- Id.*, “**Artículo 116**”, en *Ibid.*, pp. 617-622.
- Id.*, “**Artículo 117**”, en *Ibid.*, pp. 622-629.
- Id.*, “**Artículo 118**”, en *Ibid.*, pp. 629-635.

- Id.*, “**Artículo 119**”, en *Ibid.*, p. 636.
- Id.*, “**Artículo 120**”, en *Ibid.*, pp. 636-642.
- Id.*, “**Artículo 121**”, en *Ibid.*, pp. 642-646.
- Id.*, “**Artículo 122**”, en *Ibid.*, pp. 646-649.
- MORALES PRATS, F., “**Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora**”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 36, 1988, pp. 663-726.
- MORILLAS CUEVA, L., *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, 1991.
- MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho Penal*, B de F, 2ª ed., 2001.
- Id.*, *Derecho penal y control social*, Fundación Universitaria de Jerez, 1985.
- MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, 10ª ed., 2019.
- MUÑOZ CUESTA, J., “**Imprescriptibilidad de la responsabilidad civil nacida del delito**”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 2, 2021.
- MÚRTULA LAFUENTE, V., “**Artículo 110**”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. 4, Edersa, 2000, pp. 225-244.
- NAVAJAS LAPORTE, Á., “**Algunas consideraciones en torno a la responsabilidad civil derivada de hecho punible**”, en *Revista General de Derecho*, nº 397-398, 1977, pp. 969-975.
- Id.*, “**Algunas consideraciones en torno a la responsabilidad civil derivada de hecho punible**”, en *Revista General de Derecho*, nº 394-395, 1977, pp. 622-637.
- Id.*, “**Algunas consideraciones en torno a la responsabilidad civil derivada de hecho punible**”, en *Revista General de Derecho*, nº 393, 1977, pp. 493-500.
- Id.*, “**Algunas consideraciones en torno a la responsabilidad civil derivada de hecho punible**”, en *Revista General de Derecho*, nº 392, 1977, pp. 400-408.
- NUVOLONE, P., *Il sistema del Diritto Penale*, CEDAM, 2ª ed., 1982.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Sobre el concepto de Derecho penal*, Universidad Complutense de Madrid – Facultad de Derecho – Sección de Publicaciones, 1984.
- OLEA Y LEYVA, T. y ORTIZ TIRADO, J. M., *El resarcimiento del daño a la víctima del delito*, Editorial Jus, 1945.
- ORLANDIS ROVIRA, J., “**Las consecuencias del delito en el Derecho de la Alta Edad Media**”, en *Anuario de Historia del Derecho español*, nº 18, 1947, pp. 61-166.



- Id.*, “**Sobre el concepto de delito en el Derecho de la alta Edad Media**”, en *Anuario de Historia del Derecho español*, nº 16, 1945, pp. 112-192.
- ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Derecho privado romano*, Ediciones del Genal, 2007.
- ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, 8ª ed., 2019.
- PACCHIONI, G., “**L’art. 185 Codice Penale e il risarcimento dei danni morali arrecati con fatto illecito penale e civile**”, en *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1931, fasc. 9, pp. 345-357.
- PACHECO, J. F., *El Código Penal concordado y comentado*, t. 1, Imprenta y fundición de Manuel Tello, 6ª ed. corregida y aumentada, 1888.
- Id.*, *El Código Penal concordado y comentado*, t. 1, Imprenta de D. Santiago Saunaque, 1º ed., 1848.
- PACHECO GUEVARA, A., “**Artículo 112**”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. 4, Edersa, 2000, pp. 257-270.
- PADOVANI, T., “**Lectio brevis sulla sanzione**”, en BUSNELLI, F. D y SCALFI, G. (Coords.), *Le pene private*, Giuffrè, 1985, pp. 55-70.
- PANTALEÓN DÍAZ, M., “**La enigmática regla 1ª del artículo 118.1 del Código Penal. Sobre la responsabilidad civil de los inimputables**”, en *Indret* [Recurso electrónico], nº 3, 2017.
- PANTALEÓN PRIETO, A. F., “**Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual** (también la de las Administraciones públicas)”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 4, 2000, pp. 167-192.
- Id.*, “**Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas**”, en *Documentación administrativa*, nº 237-238, 1994, pp. 239-254.
- Id.*, “**Comentario al artículo 1.902**”, en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. (Dir.), *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, vol. 2, 1993, pp. 1.971-2.003.
- Id.*, “**Perseverare diabolicum. ¿Otra vez la responsabilidad civil en el Código Penal?**”, en *Jueces para la democracia*, nº 19, 1993, pp. 6-10.
- Id.*, “**El sistema de responsabilidad contractual: (materiales para un debate)**”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. 44, fasc. 3, 1991, pp. 1019-1092.
- Id.*, “**Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación**”, en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, t. II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, pp. 1561-1592.

- Id.*, “**Responsabilidad civil extracontractual. Accidente de trabajo**”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 8, 1985, pp. 2609-2624.
- Id.*, “**Diálogo sobre la indemnización por causa de muerte**”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. 36, fasc. 4, 1983, pp. 1567-1586.
- PAOLI, G., *Il reato, il risarcimento e la riparazione*, Zanichelli, 1925
- PARRA LUCÁN, M. A., “**El tercero obligado a restituir la cosa**. Acción civil en el proceso penal: declaración de nulidad de títulos por la jurisdicción penal e indemnización de daños (A propósito de la STC 278/1994, de 17 de octubre), en *Derecho privado y Constitución*, nº 5, 1995, pp. 307-328.
- PASQUAL DEL RIQUELME HERRERO, M., “**Artículo 118.1. 3ª y 4ª**”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. 4, Edersa, 2000, pp. 491-504.
- PASTOR ÁLVAREZ, Mª del C., “**Artículo 118.2**”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. 4, Edersa, 2000, pp. 505-534.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *Teoría del Derecho. Una concepción desde la experiencia jurídica*, con la colaboración de Carlos Alarcón Cabrera, Rafael González-Tablas y Antonio Ruiz de la Cuesta, 21ª ed., Tecnos, 2021.
- PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención. Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Universidad Autónoma de Madrid, 1991.
- PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación en el sistema penal ¿Apertura de una nueva vía?*, Comares, 1997.
- PERLINGIERI, P., “**Le funzioni della responsabilità civile**”, en SIRENA, P. (Coord.), *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, Giuffrè, 2011, pp. 269-276.
- PISANI, M., “**Per le vittime del reato**”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 2, 1989, pp. 465-468.
- Id.*, “**Solidarietà sociale e vittime del delitto**”, en PISANI, M., *Tutela penale e Processo. Studi*, nº 6, Pàtron Editore, 1978, pp. 373-379.
- Id.*, “**Il risarcimento del danno da reato nell’ordinamento italiano**”, en *Id.*, *Tutela penale e Processo. Studi*, nº 6, Pàtron Editore, 1978, pp. 259-305.
- POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, t. 1, 4ª ed. corregida y actualizada, 2019.
- Id.*, “**Victimología y criminalidad violenta en España**”, en *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor*, 1989, pp. 571-588.
- POSADA PÉREZ, J. A., “**Los efectos de la declaración de impacto de la víctima: propuesta de debate acerca de su incorporación al ordenamiento jurídico español**”

- en POZUELO PÉREZ, L. y RODRÍGUEZ HORCAJO, D. (Coords.), *El papel de la víctima en Derecho penal*, Boletín Oficial del Estado, 2021, pp. 179-185.
- Id.*, “**La sistemática legal y el bien jurídico protegido en el delito de amenazas**”, en *Anales de Derecho* [Recurso electrónico], vol. 38, nº 1, 2020.
- Id.*, “**Reflexiones en torno a los principios generales de los Victim impact statements**” en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario* [Recurso electrónico], nº 140, septiembre-octubre, 2019.
- PUIG PEÑA, F., *Derecho Penal (Parte General)*, 7ª edición, actualizada con la colaboración de Gregorio Ortiz Ricol, 1988.
- QUARTA, F., *Risarcimento e sanzione nell’illecito civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J., “**Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del Proyecto Alternativo de reparación**”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 49, fasc. 1, 1996, pp. 129-158.
- Id.*, “**Código Penal y Ley Orgánica**”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 45, fasc. 1, 1992, pp. 49-84.
- Id.*, “**De algunas bases del Derecho penal español**”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 38, fasc. 2, 1985, pp. 303-332.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código Penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, 2ª ed. renovada y puesta al día por Enrique Gimbernat Ordeig, 1966.
- Id.*, *Curso de Derecho Penal*, t. I., Editorial Revista de Derecho Privado, 1963.
- Id.*, *Compendio de Derecho Penal*, t. I, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.
- Id.*, *Comentarios al Código Penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, vol. 1, 1ª ed., 1946.
- Id.*, “**La “acción tercera” o “cuasicriminal”, propia de la llamada responsabilidad civil dimanante del delito**”, en *Revista de Derecho Privado*, 1946, pp. 935-942.
- QUINTERO OLIVARES, G., “**Capítulo II – De las personas civilmente responsables**”, en *Id.* (Dir.) y MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Aranzadi, 4º ed., 2005, pp. 617-632.
- Id.*, “**La responsabilidad civil y la reparación en la política criminal contemporánea**”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 16, 2004, pp. 13-46.
- Id.*, “**La responsabilidad civil de las administraciones públicas**”, en QUINTERO OLIVARES, G., CAVANILLAS MÚGICA, S. y DE LLERA

SUÁREZ-BÁRCENA, E., *La Responsabilidad civil "ex delicto"*, Aranzadi, 2002, pp. 167-176.

*Id.* “**Efectos de la responsabilidad civil ex delicto: régimen especial en algunos delitos**”, en *Ibid.*, pp. 125-130.

*Id.*, “**Efectos de la responsabilidad civil ex delicto: el carácter preferente de la restitución**”, en *Ibid.*, pp. 51-53.

*Id.*, “**La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil**”, en *Ibid.*, pp. 19-50.

*Id.*, “**La función de la responsabilidad civil y del perjuicio en la política penal**”, en MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, L. (Coord.), *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, vol. 3, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, pp. 3201-3218.

*Id.*, “**La llamada privatización del derecho penal**”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 6, 2001, pp. 13-21.

*Id.*, “**La reparación del perjuicio y la renuncia a la pena**”, en *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor*, 1989, pp. 589-603.

QUINTERO OLIVARES, G. y CAVANILLAS MÚGICA, S., “**Las personas civilmente responsables**”, en QUINTERO OLIVARES, G., CAVANILLAS MÚGICA, S. y DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E., *La Responsabilidad civil "ex delicto"*, Aranzadi, 2002, pp. 145-165.

QUINTERO OLIVARES, G. y TAMARIT SUMALLA, J. M., “**Título V - De la responsabilidad civil** derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Aranzadi, 4º ed., 2005, pp. 591-593.

*Id.*, “**Capítulo I – De la responsabilidad civil y su extensión**”, en *Ibid.*, pp. 593-617.

RAGEL SÁNCHEZ, L. F., “**La venta de cosa ajena: distinción de supuestos**”, en GÓMEZ LAPLAZA, M.<sup>a</sup> C. (Coord.), *Cuestiones sobre la compraventa en el Código civil. Principios europeos y Draft*, Dykinson, 2012, pp. 45-88.

RAMÓN RIBAS, E., “**La responsabilidad civil derivada de delito ¿Una herramienta de política criminal o invasión del Derecho civil?**”, en COLLANTES GONZÁLEZ, J. L. (Coord.), *Temas actuales de Derecho Penal. Desafíos del Derecho Penal Contemporáneo*, Normales Legales, 2004, pp. 69-98.

RANDO CASERMEIRO, P., *La distinción entre el Derecho Penal y el Derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica*, Tirant lo Blanch, 2010.

- REGLERO CAMPOS, L. F., “**Los sistemas de responsabilidad civil**”, en *Id.* y BUSTO LAGO, J. M (Coords.), *Tratado de responsabilidad civil*, t. 1, Aranzadi, 5ª ed., 2014, pp. 265-315
- Id.*, “**Conceptos generales y elementos de delimitación**”, en *Ibid.*, pp. 65-263.
- REGLERO CAMPOS, L. F. y MEDINA ALCOZ, “**El nexos causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor**”, en REGLERO CAMPOS, L. F. y BUSTO LAGO, J. M (Coords.), *Tratado de responsabilidad civil*, t. 1, Aranzadi, 5ª ed., 2014, pp. 767-970.
- REYES MONTERREAL, *Acción y responsabilidad civil derivadas de delitos y faltas*, Gráficas Menor, 1955.
- ROBLES, G., *Teoría del Derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del Derecho*, vol. 2, Civitas, 1º ed., 2015.
- Id.*, *Teoría del Derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del Derecho*, vol. 1, Civitas, 6ª ed., 2015.
- ROCA, V., “**Ilícito, responsabilidad y sanción**”, en GONZÁLEZ LAGIER, D. (Coord.), *Conceptos básicos del Derecho*, Marcial Pons, 2015, pp. 81-111.
- ROCA GUILLAMÓN, J., “**Artículo 121**”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. 4, Edersa, 2000, pp. 813-872.
- ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños. Textos y materiales*, Tirant lo Blanch, 7ª ed., 2016.
- ROCCO, A., *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Fratelli Bocca Editori, 1913.
- RODOTÀ, S., *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, ristamp., 1967.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., “**La responsabilidad civil derivada de delito o falta y culpa extracontractual**”, en *Libro homenaje a Jaime Guasp*, Comares, 1984, pp. 511-527.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal Español. Parte General*, Dykinson, 18ª ed., 1995.
- RODRÍGUEZ GÓMEZ, M., “**Artículo 111**”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. 4, Edersa, 2000, pp. 245-256.
- ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas*, Tirant Lo Blanch, 2010.
- Id.*, *La reparación del daño causado por el delito*, Tirant lo Blanch, 2000.
- Id.*, “**Algunos apuntes sobre la evolución histórica de la tutela jurídica de la víctima del delito**”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 22, 1999-2000, pp. 153-308.

- ROMANO, M., “**Pre-Art. 185**”, en *Id.*, GRASSO, G. y PADOVANI, T., *Commentario sistematico del Codice Penale*, vol. 3 (art. 150-240), Giuffrè, 2011, pp. 333-347.
- Id.*, “**Art. 185**”, en *Ibid.*, pp. 347-367.
- Id.*, “**Art. 186**”, en *Ibid.*, pp. 367-373.
- Id.*, “**Art. 187**”, en *Ibid.*, pp. 373-376.
- Id.*, “**Art. 188**”, en *Ibid.*, pp. 377-379.
- Id.*, “**Art. 189**”, en *Ibid.*, pp. 379-380.
- Id.*, “**Art. 192**”, en *Ibid.*, pp. 382-387.
- Id.*, “**Art. 193**”, en *Ibid.*, pp. 387-389.
- Id.*, “**Art. 194**”, en *Ibid.*, pp. 389-392.
- Id.*, “**Art. 195**”, en *Ibid.*, pp. 392-393.
- Id.*, “**Art. 196**”, en *Ibid.*, pp. 393-403.
- Id.*, “**Art. 197**”, en *Ibid.*, pp. 403-411.
- Id.*, “**Art. 198**”, en *Ibid.*, pp. 411-418.
- Id.*, “**Risarcimento del danno da reato**, Diritto civile, Diritto penale”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 3, 1993, pp. 865-888.
- ROTONDI, G., “**Dalla ‘Lex Aquilia’ all’art. 1151 Cod. Civ.** Ricerche storico-dogmatiche”, en *Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, nº 14, 1916, pp. 942-970.
- ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*, trad. de la 1ª ed. alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña (Dir.) et alt., t. 2 (Especiales formas de aparición del delito), Civitas, 2014.
- Id.*, *Derecho Penal. Parte General*, trad. de la 2ª ed. alemana de Diego-Manuel Luzón Peña et alt., t. 1 (Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito), Civitas, reimpr., 2008.
- Id.*, “**Pena y reparación**” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 52, fasc. 1-3, 1999, pp. 5-16.
- Id.*, “**La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones**”, trad. de José Luis Manzanares Samaniego, en *Jornadas sobre la “Reforma del Derecho Penal en Alemania”*, Consejo General del Poder Judicial, 1991, pp. 19-31.
- Id.*, “**La posizione della vittima nel sistema penale**”, en *L’Indice Penale*, fasc. 1, 1989, pp. 5-18.
- Id.*, “**Risarcimento del danno e fini della pena**”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 1, 1987, pp. 3-23.

- RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., “**Efectos de la posesión**”, en SÁNCHEZ CALERO F. (Coord.), *Curso de Derecho civil III. Derechos reales y registral inmobiliario*, Tirant lo Blanch, 9ª ed., 2020, pp. 87-99.
- RUIZ VADILLO, E., “**Responsabilidad civil**”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M. (Coord.), *Comentarios a la Legislación Penal*, t. 5, vol. 1., 1994, pp. 357-395.
- SÁINZ GUERRA, J., *La evolución del Derecho Penal en España*, Universidad de Jaén – Servicio de Publicaciones, 2004.
- SAINZ CANTERO, J. A., “**El informe de la Universidad de Granada** sobre el proyecto que dio lugar al Código Penal de 1822”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 13, fasc. 3, 1960, pp. 509-545.
- SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., “**La responsabilidad civil derivada de delito**. (Comentario a la reforma del artículo 22 del Código penal efectuada por Ley 1/1991, de 7 de enero)”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M. (Coord.), *Comentarios a la Legislación Penal*, t. 16, 1994, pp. 87-131.
- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, Mº B., *El ilícito civil en el Código Penal*, Comares, 1997.
- Id.*, *La reparación del daño ex delicto: entre la pena privada y la mera compensación*, Comares, 1997.
- SALVADOR CODERCH, P., “**Punitive damages**”, en *InDret* [Recurso electrónico], nº 1, 2000.
- SALVADOR CODERCH, P. y CASTIÑEIRA PALOU, M. T., *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del Derecho de daños*, Marcial Pons, 1997.
- SALVI, C., *La responsabilità civile*, Giuffrè, 3ª ed., 2019.
- Id.*, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Jovene, 1985.
- SÁNCHEZ DOMINGO, R., “**La pervivencia del Derecho germánico en el fuero de Miranda de Ebro**”, en *Boletín de la Institución Fernán González*, nº 220, 2000, pp. 169-198.
- SANTA CECILIA GARCÍA, F., “**La responsabilidad civil ‘ex delicto’** en el proyecto de Código Penal de 1992”, en *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Editorial Revista de Derecho Privado – Editoriales de Derecho Reunidas, 1993, pp. 1015-1034.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General*, t. 2, Iustel, 5ª ed., 2018.

- SANZ MULAS, N., *Alternativas a la pena privativa de libertad. Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana*, COLEX, 2000.
- SBRICOLI, M., “**Il diritto penale sociale (1885-1912)**”, en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 3-4, nº 1, 1974-1975, pp. 557-642.
- SCHNEIDER, H. J., “**Recompensación en lugar de sanción: restablecimiento de la paz entre el autor, la víctima y la sociedad**” en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 15, 1990-1991, pp. 199-224.
- Id.*, “**La posición jurídica de la víctima del delito en el Derecho y en el proceso penal. Nuevos desarrollos en la política criminal de los Estados Unidos, de la República Federal de Alemania, del Consejo de Europa y de Naciones Unidas**”, en DE LA CUESTA, J. L. et alt. (Coords.), *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al profesor Antonio Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, 1989, pp. 379-394.
- SCOGNAMILIO, R., “**Il danno morale. Contributo alla teoria del danno extracontrattuale**”, en *Rivista di Diritto Civile*, 1957, pp. 277-336.
- SEGRELLES DE ARENAZA, I., “**Artículo 122**”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. 4, Edersa, 2000, pp. 873-894.
- SERNA MEROÑO, E., “**Artículo 113**”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. 4, Edersa, 2000, pp. 271-314.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., “**La responsabilidad civil en los delitos de elusión de deudas**”, en *Diario La Ley* [Recurso electrónico], nº 6593, 2006.
- SILVA MELERO, V., “**En torno a las consecuencias civiles del delito**”, en *Revista de Derecho Privado*, 1966, pp. 1063-1072.
- Id.*, “**Analogías y diferencias entre la ilicitud civil y penal**”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 6, 1952, pp. 431-455.
- Id.*, “**El problema de la responsabilidad civil en el Derecho penal**”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1951, pp. 635-669.
- Id.*, “**Relaciones entre el Derecho civil y el Derecho penal. (Introducción a su estudio)**”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 1, fasc. 2, 1948, pp. 246-269.
- Id.*, “**Ilícitud civil y penal**”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 11, vol. 179, 1946, pp. 5-31.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., “**Determinación de la pena y responsabilidad civil en el delito fiscal. Un recorrido desde la participación de extranei hasta la imposición de intereses de demora**”, en CARBONELL MATEU, J. C. et alt. (Coords.),



*Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, 2005, pp. 899-923.

*Id.*, ***La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales***, Civitas, 2ª ed., 2001.

*Id.*, “**¿Ex delicto?** Aspectos de la llamada “responsabilidad civil” en el proceso penal” en *InDret* [Recurso electrónico], nº 3, 2001.

*Id.*, “**Medios no judiciales de reparación a la víctima**”, en ROMEO CASABONA, C. M. (Ed.), *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales. XXIIº Coloquio de Derecho Europeo*, Centro de Estudios Criminológicos – Universidad de La Laguna, 1993, pp. 331-358.

*Id.*, “**Sobre la relevancia jurídico-penal** de la realización de actos de “reparación” ”, en *Revista del Poder Judicial*, [Recurso electrónico], nº 45, 1997.

SILVELA Y DE LE VIELLEUZE, L., ***El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España***, vol. 2, Imprenta de M. G. Hernández, 1879.

SORIANO DÍAZ, R., ***Sociología del Derecho***, Ariel, 1997.

*Id.*, ***Compendio de Teoría General del Derecho***, Ariel, 2ª ed., 1993.

SOTO NIETO, F., “**Peculiaridades de la responsabilidad civil en el delito de alzamiento de bienes**. Función creativa de la jurisprudencia”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 1, 2003, pp. 1636-1639.

*Id.*, “**La responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes**”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 3, 2001, pp. 2186-2188.

*Id.*, ***La responsabilidad civil derivada del ilícito culposo. Vinculaciones solidarias***, Editorial Montecorvo, 1982.

SPIRITO, U., ***Storia del diritto penale italiano: da Cesare Beccaria ai nostri giorni***, Fratelli Bocca, 2 ed. riv. ed ampliata, 132.

STABILE, R., “**Fra diritto penale e diritto civile**”, en PITTARO, P. (Coord.), *Scuola Positiva e sistema penale: quale eredità?*, EUT Edizioni Università di Trieste, 2012, pp. 99-118.

SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “**Artículo 109**”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.) y JORGE BARREIRO, A. (Coord.) *Comentarios al Código Penal*, Civitas, 1997, pp. 328-330.

*Id.*, “**Artículo 110**” en *Ibid.*, pp. 330-331.

*Id.*, “**Artículo 111**”, en *Ibid.*, pp. 331-332.

*Id.*, “**Artículo 112**”, en *Ibid.*, p. 333.

*Id.*, “**Artículo 113**”, en *Ibid.*, pp. 333-335.

*Id.*, “**Artículo 116**”, en *Ibid.*, pp. 342-344.

*Id.*, “**Artículo 118**”, en *Ibid.*, pp. 346-348.

*Id.*, “**Artículo 120**”, en *Ibid.*, pp. 349-352.

TAGLIARINI, F., “**Il risarcimento del danno da reato** (Profili storici ed evoluzione attuale)”, en *L’Indice Penale*, 1973, pp. 475-492.

TAMARIT SUMALLA, J. M., “**La difícil asunción de la reparación penal** por parte de la jurisprudencia española”, en *Revista General de Derecho Penal* [Recurso electrónico], nº 7, 2007.

*Id.*, “**La introducción de la justicia reparadora** en la ejecución penal: ¿Una respuesta al rearme punitivo?”, en *Revista General de Derecho Penal* [Recurso electrónico], nº 7, 2004.

*Id.* *La reparación a la víctima en el Derecho Penal. Estudio y crítica de las nuevas tendencias político-criminales*, trad. de Eva Maldonado Seral y Carolina Villacampa Estiarte, Fundación Jaume Callís, 1994.

TERUEL CARRALERO, D., “**Infracción penal y responsabilidad civil**”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 11, fasc. 1, 1958, pp. 33-60.

SÁNCHEZ TEJERINA, I., *Derecho penal español. Obra ajustada al Código Penal, texto refundido de 1944, con todas las modificaciones introducidas*, t. 1 (Introducción y parte general), 5ª ed., 1950.

TRIMARCHI, P., *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Giuffrè, 2ª ed., 2019.

*Id.*, *Causalità e danno*, Giuffrè, 1967.

TRIMARCHI, V. M., *La clausola penale*, Giuffrè, 1954.

VARONA MARTÍNEZ, G., *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*, Comares, 1998.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., “**La responsabilidad civil derivada del delito**”, en *Actualidad civil* [Recurso electrónico], nº 1, 1998.

VICENTE DOMINGO, E., “**El daño**”, en REGLERO CAMPOS, L. F. y BUSTO LAGO, J. M (Coords.), *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, t. 1, 5ª ed., 2014, pp. 318-453.

VIGNALE, L., “**Decriminalizzazione e pena privata** (A proposito del reato di emissione di assegni a vuoto)”, en BUSNELLI, F. D y SCALFI, G. (Coords.), *Le pene private*, Giuffrè, 1985, pp. 71-78.

- VIÑUELAS SANZ, M., “**Reflexiones críticas sobre la naturaleza sancionadora de la responsabilidad concursal**”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, nº 1, 2008, pp. 393-405.
- VON LISZT, F., *Tratado de Derecho penal*, traducción de la 20ª edición alemana por Luis Jiménez de Asúa, adicionado con el Derecho penal español por Quintiliano Saldaña, t. 2, 4ª ed., Reus, 1999.
- WELZEL, H., *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, trad. y notas de José Cerezo Mir, B de F, 2ª reimpr., 2004.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, Dykinson, 6ª ed., 2020.
- Id.*, “**La responsabilidad civil en el proceso penal**”, en REGLERO CAMPOS, L. F. y BUSTO LAGO, J. M (Coords.), *Tratado de responsabilidad civil*, t. 1, Aranzadi, 5ª ed., 2014, pp. 1105-1236.
- Id.*, “**La querrela por alzamiento de bienes**, o la acción pauliana revestida de amenaza”, en *Revista Jurídica del Notariado*, nº 57, 2006, pp. 265-290.
- Id.*, “**Querrelas chantajistas y derecho civil light**”, en *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, nº 15, 2005, pp. 7-21.
- Id.*, *Aspectos civiles del nuevo Código Penal (Responsabilidad civil, tutela del derecho de crédito, aspectos de Derecho de Familia y otros extremos)*, Dykinson, 1997.
- Id.*, “**El perturbador artículo 1.092 del Código Civil: cien años de errores**”, en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, t. II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, pp. 2109-2135.
- ZAFFARONI, E. R., *Tratado de Derecho Penal*, t. III, Ediar, 1981.
- ZENO-ZENCOVICH, V., *La responsabilità civile da reato. Lineamenti e prospettive di un sottosistema giurisprudenziale*, CEDAM, 1989.
- Id.*, “**Il problema della pena privata nell’ordinamento italiano un approccio comparatistico ai “punitive damages” di “common law”**”, en *Giurisprudenza Italiana*, 1985, fasc. 1, pp. 12-27.
- ZURUBI DE SALINAS, F., “**Las responsabilidades civiles en el Código Penal**”, en *Jueces para la democracia*, nº 25, 1996, pp. 61-66.



# FUENTES DOCUMENTALES

## FUENTES HISTÓRICAS

Código de Hammurabi, Madrid, Tecnos, 4ª ed., 2008.

Ley de las Doce Tablas, edición y traducción de Antonio Ruiz Castellanos, Ediciones Clásicas, Madrid, 1992.

Instituciones de Gayo, traducción por Álvaro D'ors Pérez-Peix, Instituto Francisco de Vitoria, 1963.

El Digesto de Justiniano, versión castellana por Álvaro D'ors Pérez-Peix, t. 1 Constituciones preliminares y libros 1-19, Aranzadi, 1968.

El Código de Eurico, edición, palíngenesia e índices por Álvaro D'ors, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2014.

Código de Alarico II, Fundación Sánchez Albornoz, 1991.

La legislación gótico-hispana (Leges antiquiores – Liber iudiciorum), estudio crítico de Rafael de Ureña y Smenjaud, Establecimiento tipográfico de Idamor Moreno, Madrid, 1905.

Fuero Juzgo en latín y castellano, cotejado con los más antiguos y preciosos Códices por la Real Academia Española, Ibarra – Impresor de Cámara de S. M., 1815.

Fuero Real de España, Instituto Nacional de Administraciones Públicas, 2014.

Las Siete Partidas, Reus, Madrid, 2004.

Novísima Recopilación de las leyes de España, dividida en XII libros en que se forma la recopilación publicada por el Señor Don Felipe II en el año de 1567, reimpressa últimamente en el de 1775, y se incorporan las pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes y resoluciones regales, y otras providencias no recopiladas y expedidas hasta el de 1804, mandada a formar por el Señor Don Carlos IV, Impresa en Madrid, 1805-1807, 6 vols.

Diario de las discusiones y actas de las Cortes extraordinarias de 1821: discusión del Proyecto de Código Penal, Imprenta Nacional, Madrid, 1821-1822, 3 vols.

## CÓDIGOS PENALES HISTÓRICOS

### España.

Código Penal de 1822. Decretado por las Cortes en 8 de junio, sancionado por el Rey y mandado promulgar en 9 de julio de 1822, Madrid, Imprenta Nacional, 1822.

Código Penal de 1848. Sancionado por S. M. la Reina Isabel II el 19 de marzo de 1848, Madrid, Imprenta Nacional, 1848.

Código Penal de 1870. Código Penal reformado, mandado publicar provisionalmente en virtud de autorización concedida al Gobierno por la Ley de 17 de junio de 1870, Madrid, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1870.

Código Penal de 1928. Real Decreto-Ley de 8 de septiembre de 1928 publicando el Código Penal, Madrid, Editorial Reus, 1928.

Código Penal de 1932. Ley de 27 de octubre de 1932 promulgando el Código Penal de 1870 reformado con arreglo a la Ley de Bases de 8 de septiembre de 1932, Madrid, Editorial Reus, 1932.

Código Penal de 1944. Decreto de 23 de diciembre de 1944 promulgando el Código Penal de 1944. Texto ordenado conforme a los preceptos y orientaciones de la Ley de Bases de 19 de julio de 1944, Madrid, Ministerio de Justicia, 1944.

Código Penal de 1963. Decreto 691/1963, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Texto revisado de 1963 del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, nº 84, de 8 de abril de 1963.

Código Penal de 1973. Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. Boletín Oficial del Estado, nº 297, de 12 de diciembre de 1973.

## DIARIO DE SESIONES - SERIE HISTÓRICA

Diario de las sesiones de Cortes – Legislatura Extraordinaria 1821-1822, nº 83. Presidencia del Señor Clemencin. Sesión del día 16 de diciembre de 1821, pp. 1311-1322.

## BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES –CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados, serie A: Proyectos de Ley. Nº 108 – 1, 17 de enero de 1980, pp. 657– 780.

Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados, serie A: Proyectos de Ley. Nº 102 – 1, 23 de septiembre de 1992, p. 1– 115.

Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados, serie A: Proyectos de Ley. Nº 77 – 1, 26 de septiembre de 1994, pp. 1– 90.

Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados, serie A: Proyectos de Ley. Nº 77 – 2, 11 de octubre de 1994, p. 91.

Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados, serie A: Proyectos de Ley. Nº 77 – 3, 15 de diciembre de 1994, p. 93.

Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados, serie A: Proyectos de Ley. Nº 77 – 4, 31 de enero de 1995, p. 95.

Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados, serie A: Proyectos de Ley. Nº 77 – 5, 21 de febrero de 1995, p. 97.

Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados, serie A: Proyectos de Ley. Nº 77 – 6, 6 de marzo de 1995, pp. 99 – 405.

Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados, serie A: Proyectos de Ley. Nº 77 – 7, 5 de abril de 1995, pp. 407 – 450

Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados, serie A: Proyectos de Ley. Nº 77 – 8, 22 de mayo de 1995, pp. 451 – 569.

Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados, serie A: Proyectos de Ley. Nº 77 – 9, 26 de junio de 1995, pp. 571 – 662.

Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados, serie A: Proyectos de Ley. Nº 77 – 10, 26 de junio de 1995, pp. 663 – 664.

Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados, serie A: Proyectos de Ley. Nº 77 – 11, 27 de junio de 1995, pp. 665 – 666.

Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados, serie A: Proyectos de Ley. Nº 77 – 12, 12 de julio de 1995, p. 667.

Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados, serie A: Proyectos de Ley. Nº 77 – 13, 19 de julio de 1995, pp. 669 – 775.

Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados, serie A: Proyectos de Ley. Nº 77 – 14, 19 de julio de 1995, pp. 757 – 976.

Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados, serie A: Proyectos de Ley. Nº 77 – 15, 15 de noviembre de 1995, pp. 977 – 1.069.

Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados, serie A: Proyectos de Ley. Nº 77 – 16, 21 de noviembre de 1995, p. 1.071.

## BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES – SENADO

Boletín Oficial de las Cortes Generales – Senado, serie II: Proyectos de Ley. Nº 87 (a), 20 de julio de 1995, pp. 1 – 101.

Boletín Oficial de las Cortes Generales – Senado, serie II: Proyectos de Ley. Nº 87 (b), 8 de septiembre de 1995, p. 103.

Boletín Oficial de las Cortes Generales – Senado, serie II: Proyectos de Ley. Nº 87 (c), 21 de septiembre de 1995, pp. 105 – 313.

Boletín Oficial de las Cortes Generales – Senado, serie II: Proyectos de Ley. Nº 87 (d), 21 de septiembre de 1995, pp. 315 – 345.

Boletín Oficial de las Cortes Generales – Senado, serie II: Proyectos de Ley. Nº 87 (e), 9 de octubre de 1995, pp. 347 – 476.

Boletín Oficial de las Cortes Generales – Senado, serie II: Proyectos de Ley. Nº 87 (f), 9 de octubre de 1995, p. 477.

Boletín Oficial de las Cortes Generales – Senado, serie II: Proyectos de Ley. Nº 87 (g), 23 de octubre de 1995, pp. 479 y ss

Boletín Oficial de las Cortes Generales – Senado, serie II: Proyectos de Ley. Nº 87 (h), 8 de noviembre de 1995, pp. 587- 691.

## DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS – COMISIÓN DE JUSTICIA E INTERIOR

Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. Año 1995. V Legislatura, nº 489. Presidente: D. Javier Luis Sáenz Cosculluela. Sesión nº 56, celebrada el miércoles 10 de mayo de 1995, pp. 14.865 – 14.903.

Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. Año 1995. V Legislatura, nº 502. Presidente: D. Javier Luis Sáenz Cosculluela. Sesión nº 62, celebrada el miércoles 31 de mayo de 1995, pp. 15.246 – 15.282.

Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. Año 1995. V Legislatura, nº 522. Presidente: D. Javier Luis Sáenz Cosculluela. Sesión nº 69, celebrada el martes 13 de junio de 1995, pp. 16.009 y 16.024.

Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. Año 1995. V Legislatura, nº 530. Presidente: D. Javier Luis Sáenz Cosculluela. Sesión nº 70, celebrada el miércoles 21 de junio de 1995, p. 16.212.

## DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS – SESIONES PLENARIAS

Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente. Año 1995. V Legislatura, nº 157. Presidente: Excmo. Sr. D. Félix Pons Irazabal. Sesión Plenaria nº 155, celebrada el jueves 22 de junio de 1995, pp. 8.285 – 8.340.

Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente. Año 1995. V Legislatura, nº 158. Presidente: Excmo. Sr. D. Félix Pons



Irazazabal. Sesión Plenaria nº 156, celebrada el martes 27 de junio de 1995, pp. 8.360 – 8.396.

Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente. Año 1995. V Legislatura, nº 159. Presidente: Excmo. Sr. D. Félix Pons Irazazabal. Sesión Plenaria nº 157, celebrada el miércoles 28 de junio de 1995, pp. 8.405 – 8.448.

Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente. Año 1995. V Legislatura, nº 160. Presidente: Excmo. Sr. D. Félix Pons Irazazabal. Sesión Plenaria nº 158, celebrada el jueves 29 de junio de 1995, pp. 8.507 – 8.531.

Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente. Año 1995. V Legislatura, nº 160. Presidente: Excmo. Sr. D. Félix Pons Irazazabal. Sesión Plenaria nº 158, celebrada el miércoles 5 de julio de 1995, pp. 8.666 – 8.724.

Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente. Año 1995. V Legislatura, nº 182. Presidente: Excmo. Sr. D. Félix Pons Irazazabal. Sesión Plenaria nº 180, celebrada el miércoles 8 de noviembre de 1995, pp. 9.615 – 9.637.

## DIARIO DE SESIONES DEL SENADO – COMISIÓN DE JUSTICIA

Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado. Comisión de Justicia. Año 1995. V Legislatura, nº 214. Presidente: D. José Ramón Herrero Merediz. Sesión celebrada el lunes 11 de septiembre de 1995, pp. 15-16.

Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado. Comisión de Justicia. Año 1995. V Legislatura, nº 225. Presidente: D. José Ramón Herrero Merediz. Sesión celebrada el lunes 9 de octubre de 1995, pp. 4-58.

Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado. Comisión de Justicia. Año 1995. V Legislatura, nº 226. Presidente: D. José Ramón Herrero Merediz. Sesión celebrada el martes 10 de octubre de 1995, pp. 1 – 81.

Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado. Comisión de Justicia. Año 1995. V Legislatura, nº 227. Presidente: D. José Ramón Herrero Merediz. Sesión celebrada el martes 11 de octubre de 1995, pp. 1 – 28.

## DIARIO DE SESIONES DEL SENADO – SESIONES PLENARIAS

Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado. Comisión de Justicia. Año 1995. V Legislatura, nº 93. Presidente: Excmo. Sr. D. Juan José Laborda Martín. Sesión celebrada el martes 25 de octubre de 1995, pp. 4.747 – 4.829.

Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado. Comisión de Justicia. Año 1995. V Legislatura, nº 94. Presidente: Excmo. Sr. D. Juan José Laborda Martín. Sesión celebrada el martes 26 de octubre de 1995, pp. 4.831 – 4.835.

## FUENTES NORMATIVAS ESPAÑOLAS

Constitución Española. Boletín Oficial del Estado nº 311, de 29 de diciembre de 1978.

Código Penal de 1995. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Boletín Oficial del Estado, nº 281, de 24 de noviembre de 1995.

Código de Comercio. Real Decreto de 22 de agosto de 1885. Gaceta de Madrid, nº 289, de 16 de octubre de 1885.

Código Civil. Real Decreto de 24 de julio de 1889. Gaceta de Madrid, nº 206, de 25 de julio de 1889.

Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea. Boletín Oficial del Estado, nº 176, de 12 de agosto de 1960.

Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria. Boletín Oficial del Estado, nº 239, de 5 de octubre de 1979.

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen. Boletín Oficial del Estado, nº 115, de 14 de mayo de 1982.

Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, nº 152, de 27 de junio de 1983.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Boletín Oficial del Estado, nº 157, de 2 de julio de 1985.

Ley Orgánica 2/1998, de 15 de junio, por la que se modifican el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Boletín Oficial del Estado, nº 143, de 16 de junio de 1998.

Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Boletín Oficial del Estado, nº 11, de 13 de enero de 2000.

Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional. Boletín Oficial del Estado, nº 296, de 11 de diciembre de 2003.

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, nº 152, de 23 de junio de 2010.

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, nº 77, de 31 de marzo de 2015.

Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar. Boletín Oficial del Estado, nº 247, de 15 de octubre de 2015.

Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza. Boletín Oficial del Estado, nº 82, de 6 de abril de 1970.

Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. Boletín Oficial del Estado, nº 13, de 12 de diciembre de 1995.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado, nº 7, de 8 de enero de 2000.

Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas. Boletín Oficial del Estado, nº 294, de 8 de diciembre de 2001.

Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados. Boletín Oficial del Estado, nº 129, de 30 de junio de 2003.

Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radioactivos. Boletín Oficial del Estado, nº 127, 28 de mayo de 2011.

Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Boletín Oficial del Estado, nº 282, de 21 de noviembre de 2014.

Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Boletín Oficial del Estado, nº 101, de 28 de abril de 2015.

Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes. Boletín Oficial del Estado, nº 177, de 25 de julio de 2015.

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Boletín Oficial del Estado, nº 236, de 2 de octubre de 2015.

Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Boletín Oficial del Estado, nº 236, de 2 de octubre de 2015.

Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Boletín Oficial del Estado, nº 132, de 3 de junio de 2021.

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Boletín Oficial del Estado, nº 260, de 17 de septiembre de 1882.

Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario. Boletín Oficial del Estado, nº 40, de 15 de febrero de 1996.

Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Boletín Oficial del Estado, nº 209, de 30 de agosto de 2004.

Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. Boletín Oficial del Estado, nº 97, de 22 de abril de 1996.

Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Boletín Oficial del Estado, nº 189, de 8 de agosto de 2000.

Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor. Boletín Oficial del Estado, nº 267, de 5 de noviembre en 2004.

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Boletín Oficial del Estado, nº 287, de 10 de noviembre de 2007.

Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. Boletín Oficial del Estado, nº 253, de 20 de octubre de 2011.

Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Boletín Oficial del Estado, nº 261, de 31 de octubre de 2015.

Real Decreto Legislativo 5/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Boletín Oficial del Estado, nº 255, de 24 de octubre de 2015.

Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria. Boletín Oficial del Estado, nº 58, de 27 de febrero de 1946.

## **FUENTES NORMATIVAS ITALIANAS**

Codice Penale. Regio Decreto 19 octubre 1930, nº 1398. Gazzetta Ufficiale, nº 251, de 26 de octubre de 1930.

Codice Civile. Regio Decreto 16 marzo 1942, nº 262. Gazzetta Ufficiale, nº 79, de 4 de abril de 1942.

Costituzione della Repubblica Italiana. Gazzetta Ufficiale, nº 298, de 27 de diciembre de 1947.

Codice Penale. Regio Decreto 30 giugno 1889, nº 6133 che approva il testo definitivo del Codice Penale per il Regno. Gazzetta Ufficiale, nº 153, de 30 de junio de 1889.



# JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

## *Sala de lo Civil del Tribunal Supremo*

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 6 de diciembre de 1912.  
Ponente: Bermejo Ceballos-Escalera.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 10 de febrero de 1959.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), 616/1998, de 25 de junio. Ponente:  
Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), 34/1999, de 13 de febrero. Ponente:  
Pedro González Poveda.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), 775/2012, de 11 de diciembre. Ponente  
Xavier O'Callaghan Muñoz.

## *Sala de lo Penal del Tribunal Supremo*

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 895/1997, de 26 de  
septiembre de 1997. Ponente: Gregorio García Ancos.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 60/2005 de 17 de enero de 2005.  
Ponente: Juan Saavedra Ruiz.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 1118/2007 de 20 diciembre  
de 2007. Ponente: Joaquín Giménez García.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 529/2012 de 21 de junio de 2012.  
Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 901/2012 de 22 de  
noviembre de 2012. Ponente: Perfecto Andrés Ibáñez.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 443/2013 de 22 de mayo de 2013.  
Ponente: Manuel Marchena Gómez.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 816/2014 de 24 de noviembre de 2014.  
Ponente: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 262/2016 de 4 de abril.  
Ponente: Luciano Varela Castro.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 854/2016 de 11 de noviembre de 2016.  
Ponente: Francisco Monterde Ferrer.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 261/2017 de 6 de abril de 2017.  
Ponente: Andrés Palomo del Arco.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 586/2017 de 20 de julio de 2017.  
Ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 73/2018 de 13 de enero de 2018.  
Ponente: Antonio del Moral García.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 528/2018, de 5 de noviembre. Ponente: Susana Polo García.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 403/2020 de 17 de julio de 2020.  
Ponente: Susana Polo García.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Pleno) 607/2020, de 13 de noviembre de 2020. Ponente: Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 615/2020 de 18 de noviembre de 2020.  
Ponente: Vicente Magro Servet.

### *Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia*

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Civil y Penal) 28/2002 de 22 de noviembre de 2002. Ponente: José Cano Barrero.

### *Audiencias Provinciales*

Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 1ª) 339/1996 de 3 de septiembre de 1996.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 1ª) 158/1997 de 4 de junio de 1997. Ponente: Francisco Manuel Marín Ibáñez.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 3ª) 438/2002 de 9 de julio de 2002. Ponente: Miguel Pérez Capella.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 3ª) 667/2002 de 23 de diciembre de 2002. Ponente: María Pilar Alonso Saura.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 2ª) 34/2005 de 8 de marzo de 2005. Ponente: Valentín Pérez Aparicio.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 8ª) 581/2009 de 2 de octubre de 2009. Ponente: Jesús María Barrientos Pacho.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 3ª) 91/2011 de 16 de junio de 2011. Ponente: Javier Domínguez Begega.



Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 1ª) 260/2013 de 22 de abril de 2013. Ponente: Aurora Santos García de León.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 1ª) 241/2015 de 16 de abril de 2015. Ponente: Rosa María Ginel Pretel.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 2º) 210/2015 de 13 de mayo de 2015. Ponente: María Félix Tena Aragón.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 5ª) 180/2017 de 7 de septiembre de 2017. Ponente: Alicia Alcaraz Castillejos.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 1ª) 465/2017 de 6 de noviembre de 2017. Ponente: Ignacio José Fernández Soto.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 4ª) 590/2018 de 2 de octubre de 2018. Ponente: María Josefa Julia Igual.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 3ª) 154/2019 de 9 de mayo de 2019. Ponente: Luis Miguel Jiménez Crespo.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 23ª) 701/2019 de 21 de octubre. Ponente: Jesús Gómez-Angulo Rodríguez.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 3ª) 59/2020 de 11 de febrero de 2020. Ponente: María Nieves Mihi Montalvo.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense (Sección 2ª) 33/2020 de 18 de febrero de 2020. Ponente: Manuel Cid Manzano.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 2ª) 214/2020 de 6 de octubre de 2020. Ponente: Valentín Pérez Aparicio.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 2ª) 183/2020 de 14 de octubre. Ponente: Saturnino Regidor Martínez.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 4ª) 168/2020 de 23 de octubre de 2020. Ponente: Juan Sebastián Coloma Palacio.

### *Juzgados de lo Penal*

Sentencia del Juzgado de lo Penal nº1 de Ávila 98/2021 de 8 de marzo de 2021. Ponente: Alfonso Benjamín González Corchón.

# JURISPRUDENZIA ITALIANA

## *Corte Costituzionale*

Sentenza. Corte Costituzionale, 14 luglio 1986, (ud., 30/06/1986, dep. 14/07/1986), n° 184. Presidente: L. Paladin.

Sentenza. Corte Costituzionale, 30 dicembre 1987, (ud. 17/12/1987, dep. 30/12/1987), n° 641. Presidente: F. Saja. Consigliere: F. Greco.

Sentenza. Corte Costituzionale, 27 ottobre 1994, (ud., 24/10/1994, dep. 27/10/1994), n° 372. Presidente: F. Casavola.

Sentenza. Corte Costituzionale, 11 luglio 2003, (ud. 30/06/2003, dep. 11/07/2003), n° 233. Presidente: R. Chieppa.

Sentenza. Corte Costituzionale, 28 gennaio 2005, (ud. 13/07/2005, dep. 28/01/2005), n° 58. Presidente: V. Onida.

## *Corte Suprema di Cassazione Civile. Sezioni Unite*

Sentenza. Cassazione Civile. Sezioni Unite, 6 maggio 2015 (ud. 28/04/2015, dep. 06/05/2015), n° 9100. Presidente: L. A. Rovelli. Relatore: R. Rodorf.

Sentenza. Cassazione Civile. Sezioni Unite, 5 luglio 2017 (ud. 07/02/2017, dep. 05/07/2017), n° 16601. Presidente: R. Rordorf. Relatore: P. D'Ascola.

## *Corte Suprema di Cassazione Civile*

Sentenza. Cassazione Civile. Sezione Terza, 19 gennaio 2007 (ud. 18/10/2006, dep. 19/01/2007), n° 1183. Presidente, G. Fiducia. Relatore: N. Fico.

Sentenza. Cassazione Civile. Sezione Prima, 8 febbraio 2012 (ud. 15/12/2011, dep. 08/02/2012), n° 1781. Presidente, M<sup>a</sup> G. Luccioli. Relatore, M<sup>a</sup> C. Giancola.