

CONTENIDO DE LA REPARACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

CONTENT OF THE REPAIR IN THE SPANISH PENAL CODE

Antonio Villaluenga Ahijado
Profesor Asociado de Derecho Penal
Universidad Complutense de Madrid (España)

Fecha de recepción: 4 de octubre de 2020.

Fecha de aceptación: 7 de noviembre de 2020.

RESUMEN

La naturaleza jurídica de la denominada responsabilidad civil “*ex delicto*” es una cuestión que se considera mayoritariamente zanjada no cuestionándose su naturaleza civil. En el código penal español conviven dos conceptos de reparación: uno civil y uno estrictamente penal. Aunque el concepto civil pueda formar materialmente parte del concepto penal de reparación, defendemos que el concepto penal de reparación es sustancialmente diferente. Este último consiste en un “*actus contrarius*” que se identifica con la voluntad reparadora.

ABSTRACT

The legal nature of the so-called “*ex delicto*” is a question that is mostly considered to be settled without questioning its civil character. In the Spanish penal code two concepts of reparation coexist: one civil and one strictly penal. Although the civil concept may materially form part of the criminal concept of reparation, we argue that the criminal concept of reparation is substantially different. This one involves an “*actus contrarius*”, which is identified with the repairing willingness.

PALABRAS CLAVE

Reparación penal, reparación civil, responsabilidad civil *ex delicto*, naturaleza jurídica, política criminal.

KEYWORDS

Criminal reparation, civil restitution, civil liability derived from crime, legal nature, criminal policy.

ÍNDICE

1.- INTRODUCCIÓN. - 2.- CONCEPTO CIVIL DE REPARACIÓN. LA RESPONSABILIDAD CIVIL “EX DELICTO”. 3.- CONCEPTO PENAL DE REPARACIÓN. LA REPARACIÓN AL SERVICIO DE LA POLÍTICA CRIMINAL. 4.- CONCLUSIONES. 5.- BIBLIOGRAFÍA.

SUMMARY:

1.- INTRODUCTION. – 2.- THE CIVIL CONCEPT OF RESTITUTION. THE CIVIL LIABILITY DERIVED FROM CRIME. – 3.- THE PENAL CONCEPT OF REPARATION. THE REPARATION AS AN ELEMENT OF CRIMINAL POLICY. 4.- CONCLUSIONS. 5.- BIBLIOGRAPHY

1.- INTRODUCCIÓN

La tercera acepción que la R.A.E atribuye al verbo reparar es la de “*desagraviar, satisfacer al ofendido*”. Esta institución recoge como segundo significado del término reparación el de “*desagravio, satisfacción completa de una ofensa, daño o injuria*”. Aunque la definición no tiene carácter jurídico, resulta significativo que se equipare reparación a satisfacción completa y no se aluda a su contenido económico. Diversos autores equiparan reparación a satisfacción económica de la responsabilidad civil “*ex delicto*”. En el presente trabajo cuestionamos ese planteamiento e intentamos identificar el contenido del concepto desde el punto de vista penal considerando que la política criminal se debe servir de la reparación penal y no de la reparación civil que se concreta en la denominada responsabilidad civil “*ex delicto*”.

La llamada responsabilidad civil “*ex delicto*” no supone la reparación de la víctima¹ sino una mera satisfacción económica al perjudicado² por el daño civilmente resarcible. La responsabilidad civil “*ex delicto*” es la obligación civil de reparar el daño que haya podido generar el delito. La pena, por su parte, además de no eliminar el delito, no repara a la víctima³. La pena “*no soluciona los problemas de la víctima, ni es útil para el delincuente y tiene*

¹ El Estatuto de la víctima del delito (Ley 4/2015, de 27 de abril), art. 2 ofrece un concepto amplio de víctima diferenciándolo del de perjudicado. Este concepto de víctima es incluso más amplio que el de la Directiva 2012/29/UE que se traspone y del que contiene la resolución 40/34 de 29 de Noviembre de 1985 de la Asamblea General de la ONU.

² STS, Sala 2ª, de 18 de Enero de 1980 (RJ 1980/104), ponente: García Miguel: “*el perjudicado es el sujeto pasivo del daño civil indemnizable o el titular del interés directa o inmediatamente lesionado por el acto ilícito civil generador de obligaciones que, además, es delito, cualidades ambas que pueden coincidir o no*”. DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E. “La responsabilidad civil y el proceso penal” en QUINTERO OLIVARES, G. / CAVANILLAS MÚGICA, S. / DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E. “La responsabilidad civil “*ex delicto*”, Thomson Reuters Aranzadi. 2002, pág. 212 “*el ofendido o agraviado no es por ese sólo hecho perjudicado, sino solamente en cuanto resulte dañado civilmente por el hecho delictivo..*”

³ ROXIN, C. (trad. GIMBERNART ORDEIG, E.) “Pena y reparación” ADPCP, ISSN 0210-3001, Tomo 52, Fasc/Mes 1-3, 1999; pág. 9 .

*un elevado coste social*⁴. La pena, en definitiva, carece de función reparadora o restitutiva alguna⁵. El concepto penal de reparación debe distinguirse de la mera reparación del daño civilmente resarcible que compete al Derecho privado⁶. Podrá afirmarse que lo incluye, pero desde luego no colma su contenido.

El CP utiliza reiteradamente los términos reparar, reparación y reparación del daño en algunos de los artículos que regulan la denominada responsabilidad civil *“ex delicto”*: art. 109 (reparar), art. 110.2º y art. 112 (reparación del daño)⁷. El carácter *“ius-privatista”* de los términos, en este contexto, resulta patente. Resulta razonable que así sea pues las normas relativas a responsabilidad civil recogidas en los mencionados textos penales no regulan cuestiones relativas a presupuestos del delito, estados peligrosos o consecuencias penales⁸. El art. 115 CP dispone que *“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”*. Esta circunstancia no se puede producir con ninguno de los elementos que afectan a la responsabilidad penal. Interpretar esta terminología desde una perspectiva penal resulta claramente erróneo como ha tenido oportunidad de poner de manifiesto el TS en sentencia de 2 de diciembre de 2003⁹.

La legislación penal también utiliza el término reparación y otros *“asimilables”* para regular comportamientos postdelictivos positivos atribuyéndoles un significado en la determinación de la pena, en los sustitutivos penales y también en su ejecución aunque, en ocasiones, no se refiere a la reparación sino a la satisfacción de la responsabilidad civil. No resulta ocioso recordar que las disposiciones del CP y de la Ley orgánica de responsabilidad penal de los menores (LORPM) relativas a la responsabilidad civil carecen de carácter de ley orgánica¹⁰.

⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *“Tratado de Criminología”* Ed. Tirant Lo Blanch, 4ª ed. Valencia, 2009. pág. 182. En el mismo sentido GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *“El Redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada victimización terciaria. (El penado como víctima del sistema legal)”*. Cuadernos de Derecho Judicial. La victimología. Madrid. CGPJ, 1993, pág. 312.

⁵ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. *“Fundamentos de derecho penal parte general : las teorías de la pena y de la ley penal : (introducción teórico-práctica a sus problemas básicos)”* ISBN 84-8002-088-1. Ed. Tirant lo Blanch. 1993; pág. 239.

⁶ Por ello resultan, a nuestro juicio, desacertadas las afirmaciones que se contienen en SAP Ávila nº 120/2014, de 16 de julio (JUR\2014\226981). F. Jco 5º: *“la propia existencia de un reproche penal en cierto modo embebe la reparación moral, en tanto el reconocimiento social del quebranto y su desaprobación por parte de quien tiene institucionalmente encomendado la salvaguarda de los derechos e intereses legítimos, satisface al lesionado”*. El reproche penal no incluye la reparación privada (civil) de la víctima. Si existe daño moral debe ser civilmente resarcido y si no existe sencillamente debe negarse su existencia.

⁷ ROIG TORRES, M. *“La reparación del daño causado por el delito (Aspectos civiles y penales)”*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2000; dedica los Capítulos III y IV del libro (págs. 149 a 291) a las que denomina, pág. 149, *“tres vías distintas de reparación”*.

⁸ QUERALT, JIMÉNEZ J.J. *“Código Penal y Ley Orgánica”*, ADPCP. Fas. 1. 1992, pág. 83.

⁹ La STS, Sala 2ª, de núm. 1643/2003 de 2 diciembre (RJ 2003\8857), ponente: Ramos Gancedo, en el FJ 4º afirma *“El legislador emplea el término reparación en un sentido amplio más allá de la estricta significación que se deriva del artículo 110 del Código Penal como una modalidad de la responsabilidad civil que tiene un innegable matiz jurídico-civilista”*

¹⁰ La disposición final sexta del CP atribuye carácter de ley ordinaria a todos los preceptos relativos a la responsabilidad civil como también lo hace la disposición final sexta de la LORPM.

El CP contiene disposiciones de naturaleza jurídica muy distinta (civil y penal). Es habitual en algunos autores sostengan que, tras más de 150 años de la incorporación de la responsabilidad civil a la legislación penal, no son únicamente razones históricas y procesales la que fundamentan su mantenimiento en el CP¹¹. Hay quien mantiene que en el actual art. 21.5º CP subyace un *“telos privatista de reparación directa de la víctima, que lo aproxima al Derecho civil”*¹². Buena parte de la doctrina asume que la reparación consiste en que la víctima reciba una indemnización por el daño (civil) que le haya sido causado. Consideramos necesario plantearnos si cuando aludimos a reparación desde una mirada penal nos debemos referir a la reparación del daño causado al perjudicado (daño civil) o existe una reparación distinta, de mayor alcance y contenido, que debe ser abordada desde una óptica estrictamente penal.

2.- CONCEPTO CIVIL DE REPARACIÓN. LA RESPONSABILIDAD CIVIL “EX DELICTO”

Sostienen MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN¹³ que *“en algún momento histórico la naturaleza (...) de la responsabilidad civil “ex delicto” ha sido un tema controvertido, pero (...) el único punto que tiene en común con la responsabilidad penal, es precisamente, la comisión de un hecho descrito en la ley penal”*. Los autores mencionados no sólo asumen la naturaleza civil de la denominada responsabilidad civil *“ex delicto”* sino que consideran zanjada la tradicional discusión. La extensión de este trabajo no nos permite adentrarnos en discusiones que consideramos superadas sobre la naturaleza civil de la responsabilidad civil *“ex delicto”*. No obstante consideramos oportuno dejar clara nuestra posición sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *“ex delicto”* y su contenido para diferenciarla de la reparación penal.

La ubicación sistemática en nuestro texto punitivo de una serie de preceptos relativos a la responsabilidad civil *“ex delicto”* es una singularidad patria. Aunque otros ordenamientos jurídicos pertenecientes a nuestra tradición, como el italiano o el francés, conceden a la jurisdicción penal competencia en materia de responsabilidad civil, sin embargo, su legislación penal¹⁴ no regula la responsabilidad civil. En España, tanto históricamente como en la actualidad, existe un sistema tripartito de responsabilidad civil (CC, CP, LORPM) que genera múltiples disfunciones y ríos de tinta sobre la naturaleza jurídica de la institución. Si ordenamientos de nuestra misma tradición jurídica regulan en sus códigos civiles la responsabilidad civil¹⁵, no alcanzamos a entender el motivo por el que nuestro legislador persiste en regular la figura también en la legislación penal; salvo que se defienda que la naturaleza de la institución en nuestro ordenamiento es distinta a la que tiene en el resto de los ordenamientos.

¹¹HORTAL IBARRA, J.C., “La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil ex delicto: o como ‘resolver’ la cuadratura del círculo” Indret: Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-e 1698-793X, nº 40, 2014; pág. 5

¹²ALCÁCER GUIRAO, R.: “La reparación en Derecho penal y la atenuante del artículo 23,5º CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación”, en *Revista del Poder Judicial*, tercera época, nº 63, tercer trimestre de 2001, pág. 84

¹³MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. “Derecho Penal, Parte General” 9ª Edición. Tirant lo Blanch. 2015, págs. 657 y 658.

¹⁴El artículo 185 del *Codice Penale* italiano dispone *“Ogni reato obbliga alle restituzioni, a norma delle leggi civili [1168–1169]. Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale [2059], obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui [2043–2054].”* De forma clara y taxativa remite a la legislación civil.

¹⁵TERUEL CARRALERO, D. “Infracción penal y responsabilidad civil” Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 11, Fasc/Mes 1, 1958, pág. 55.

Diversos autores¹⁶ ponen de manifiesto que la razón de esta dualidad normativa (CP – CC) radica en un motivo histórico que desembocó en un error. El motivo histórico estriba en que la codificación penal fue previa a la civil incluyéndose en el CP de 1848 normas relativas a la responsabilidad civil que cuando se promulgó el CC, en 1889, no fueron derogadas. El error lo constituye la persistencia del legislador español en regular en el CP diversas cuestiones relativas a la responsabilidad civil. El TS¹⁷, además de reconocer a la responsabilidad civil derivada de delito “*la misma naturaleza que la derivada de otras fuentes*” y la supletoriedad del Derecho civil (tanto en lo relativo a responsabilidad extracontractual como contractual) menciona la raíz histórica de la “*singular regulación*” y admite que origina “*desajustes interpretativos*”.

Aunque compartamos con QUINTERO OLIVARES¹⁸ la afirmación de que “*estamos ante delicadas fronteras o integraciones que existen entre el derecho civil y el derecho penal*” no podemos decir lo mismo sobre su conclusión cuando indica “*...que a buen seguro nos han de llevar a la construcción de una naturaleza propia de la responsabilidad civil <<ex delicto>>, en la que puedan concurrir componentes penales, civiles y propios*”¹⁹. Es posible que la exposición de la responsabilidad civil al CP durante tanto tiempo pueda generar dudas en el intérprete como si esa exposición produjera algún efecto²⁰ de tipo similar al que produce la exposición de un alimento al humo tras lo que tiene un sabor distinto a otro alimento, con iguales ingredientes, que no ha sufrido tal exposición. Por más “humo” que la obligación civil de resarcir el daño pueda recibir de su exposición al Derecho penal, esta situación no cambia su naturaleza jurídica (aunque pueda cambiar la percepción de su sabor que no está provocado por unos ingredientes distintos sino por una exposición a un elemento externo como el humo). Por más que se pueda utilizar esta figura por el Derecho penal no dejará de ser una institución perteneciente al Derecho civil.

¹⁶ DÍAZ ALABART, S. “La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela”, Anuario de Derecho Civil, 1987, página 800, nota 14. ROIG TORRES, M. “La reparación del daño causado por el delito...”, op. cit., págs. 92 y 93, nota a pie 16

¹⁷ STS, Sala 2ª, núm. 310/2020 de 15 junio (RJ 2020\2460), ponente: de Porres Ortiz de Urbina (F.D. 4º.2): “*Si bien es cierto que la responsabilidad civil derivada de un delito tiene la misma naturaleza que la que derivada de otras fuentes, su regulación se encuentra en el propio Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), conforme al artículo 1.092 del Código Civil, en el que se dispone que “las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal”. Esta singular regulación parece que tiene su origen en raíces históricas, ya que el Código Civil se promulgó después del Código Penal y la doctrina ha puesto de manifiesto que esta duplicidad normativa origina ciertos desajustes interpretativos. En cualquier caso, esta Sala ha declarado que “[...] las normas sobre responsabilidad civil contenidas en el Código Penal pueden integrarse con lo que el Derecho Civil dedica a las distintas formas de responsabilidad civil, las cuales tendrán así carácter supletorio respecto de los artículos 109 y siguientes Código Penal, supletoriedad que no se refiere única y exclusivamente a las normas relativas a la responsabilidad extracontractual, sino a todas las disposiciones civiles reguladoras de las distintas modalidades de responsabilidad, y por supuesto, a la responsabilidad contractual [...]” (STS 646/2005, de 19 de mayo (RJ 2005, 6507)). Pues bien, proyectando esta doctrina a este caso, la regla básica que debe seguir la jurisdicción penal es que la comisión de cualquier delito dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios, conforme a lo previsto en el artículo 109 del Código Penal, afirmación que no es incompatible con determinadas prescripciones del Código Civil, referentes a acciones específicas. Es el caso de la acción de nulidad de los contratos regulado en capítulo VI, Título II del Libro IV del Código Civil.*”

¹⁸ QUINTERO OLIVARES, G “Introducción” en QUINTERO OLIVARES, G. / CAVANILLAS MÚGICA, S. / DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E. “La responsabilidad civil “ex delicto”, Thomson Reuters Aranzadi. 2002; pág. 17.

¹⁹ QUINTERO OLIVARES, G “Introducción”, op. cit., pág. 17.

²⁰ HORTAL IBARRA, J.C., “La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil ex delicto..”, op. cit., págs. 4 y 5 atribuye a la prolongada “exposición” al Código penal haber impregnado de un interés jurídico-público a la responsabilidad civil que trascendería a las “*partes del conflicto*”.

La doctrina penal, de forma generalizada, admite que la llamada responsabilidad civil “*ex delicto*” no se diferencia sustancialmente de la responsabilidad civil extracontractual, radicando su única peculiaridad en que el hecho que causa el daño es, a su vez, penalmente antijurídico²¹. La doctrina civil es constante y unánime en afirmar que la responsabilidad civil deriva del daño²² y que responsabilidad civil “*ex delicto*” y responsabilidad civil “*pura*” son exactamente lo mismo²³. Tanto el TC²⁴ como el TS sostienen que la responsabilidad a la que se refieren los artículos 109 a 122 del CP tiene naturaleza civil pese a estar reguladas en el CP²⁵. Coincidimos con PEREZ VALLEJO²⁶ cuando afirma que “*el concepto jurídico de daño civil resarcible es unitario y no hay un daño civil ex delicto y un daño civil no ex delicto (...) tienen la misma causa efficiens (el daño civil) y causa finalis (el interés en la reparación); y además desempeñan la misma función*”.

Negamos la existencia de un interés jurídico-público de la responsabilidad civil delictual²⁷, aunque compartimos las bondades del ejercicio conjunto de las acciones civiles y penales en el proceso penal. Prueba de lo anterior es que en numerosos procedimientos por

²¹SILVA SANCHEZ, J.M. “‘*ex delicto*?’ Aspectos de la llamada ‘responsabilidad civil’ en el proceso penal”. InDret, Revista para el análisis del Derecho, 03/2001 pág. 2, en la que cita (nota a pie 5), a su vez, a Díez-Picazo, Derecho de daños, Madrid 1999, págs. 275 y ss

²²PANTALEÓN PRIETO, A. F. “Perseverare diabolicum” ¿Otra vez la responsabilidad civil en el Código Penal?. Jueces para la democracia, ISSN 1133-0627, Nº 19, 1993. pág. 6

²³YZQUIERDO TOLSADA, M. “Responsabilidad civil extracontractual. Parte General”, 5ª edición. Edit. Dykinson S.L. Madrid 2019; pág. 72 cita a favor de su argumento la elocuente STS, Sala 2ª, 936/2006 de 10 de octubre (RJ 2006, 7705), ponente: Berdugo Gómez de la Torre, que sostiene: “...no hay dos tipos de responsabilidad civil, una derivada del delito o falta y otra del acto o la omisión culpable, sino una responsabilidad que nace del acto u omisión ilícitos”. En el mismo sentido se pronunciaba ya, vigente el CP de 1973, la STS, Sala 2ª, de 4 de Noviembre de 1981 (RJ 1981\4289), ponente: García Miguel, en la que se afirmaba: “Que como tantas veces se ha repetido, la declaración contenida en el art. 19 del C. P., no puede entenderse en el sentido de que todo delito o falta genere responsabilidad civil, ya que, lo que las referidas infracciones criminales producen es un daño criminal y la única sanción establecida por la producción de tal daño es la pena, de suerte, que las únicas infracciones penales susceptibles de engendrar responsabilidad civil son aquéllas, en las que el hecho, además del daño criminal a ellos inherente producen un daño civil, es decir, cuando el hecho, además de ser constitutivo de delito por venir tipificado como tal en el Código Penal, constituye, a la vez, un ilícito civil, generador de un daño de esta naturaleza, a cuyo resarcimiento se encamina la acción civil correspondiente, que bien puede ejercitarse conjuntamente con la penal, aprovechando la acumulación permitida por la Ley, o bien, en su caso, ejercerse separadamente en el proceso civil correspondiente.”

²⁴DE LLERA SUÁREZ BÁRCENA, E. “La responsabilidad civil y el proceso penal” op. cit., págs. 208 y 209 afirma que “El TC ha considerado... que el principio acusatorio... no alcanza a la pretensión civil, pues ésta, aun ejercitada dentro del proceso penal, no está sujeta –por su naturaleza– a los principios propios del proceso penal sino a los del proceso civil..” cita a continuación diversas sentencias del TC recogiendo en las notas a pie 153, 164, 165 y 166 extractos de las mismas

²⁵ROIG TORRES, M. “La responsabilidad civil derivada de los delitos y las faltas”, Ed. Tirant Lo Blanch, 2010. págs. 81 a 83; mencionando las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional: La STC 98/1993, de 22 de marzo. STC 33/1992, de 18 de marzo. STS, Sala 1ª, de 18 de octubre de 1988 (EDJ 1988/8147) que se pronuncia en el mismo sentido: “Los hechos constitutivos de infracción penal (delito o falta) y merecedores por ello de reproche penal pueden ser también la fuente de obligaciones civiles a que se refieren los arts. 1089 y 1092 CC..”

²⁶PEREZ VALLEJO, A.M. “El complejo régimen que disciplina la responsabilidad civil por daños derivados del acoso escolar”, Anuario de derecho civil, Volumen 68, nº 4. 2015. págs. 1415 y 1416, cita por todas la STS de 14 de marzo de 2003 (RJ 2003/2263).

²⁷HORTAL IBARRA, J.C., “La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil ex delicto..”, op. cit., págs 23 y ss. El autor atribuye a la responsabilidad civil ex delicto un interés público al ser ejercitada la acción civil en el proceso penal por el Ministerio Público.

delitos leves (denominados faltas hasta 2015) la LECrim faculta a los fiscales a no intervenir²⁸. Además no se puede afirmar ese interés público cuando la acción civil es renunciable por el perjudicado y se puede reservar para ser ejercitada separadamente en vía civil. Si ese interés público existiera el Ministerio Fiscal debería personarse en el procedimiento declarativo cuando la acción es reservada por el perjudicado para ser ejercitada en un procedimiento civil. Esta circunstancia no está prevista en nuestro ordenamiento²⁹. Esta situación, por lo demás, resulta absolutamente contradictoria con lo establecido por la LECrim para la ejecución de la responsabilidad civil derivada del daño provocado por el delito. La fórmula adoptada por el legislador en la LECrim es un paradigma, muy a tener en cuenta, para lo que debería hacer en las cuestiones relativas a la responsabilidad civil, en próximas reformas. La LECrim en sus artículos 984 y 989 remite a la LEC en lo relativo a la ejecución de la responsabilidad civil acordada en sentencia (provisional o definitivamente).

En el ámbito civil, el nacimiento de la obligación de reparar está condicionado a la identificación de un perjudicado al que se le ocasionen daños patrimoniales o extrapatrimoniales. Si no existe un menoscabo cuantificable que sustente la reparación económica, no podremos afirmar la existencia de responsabilidad civil por más que se haya cometido un delito. Su alcance se graduará en función de la entidad del perjuicio causado (daño civil)³⁰. La indemnización por responsabilidad civil no se establece proporcionalmente a la gravedad del delito³¹.

Diversos autores señalan como fundamento de la obligación de reparar la existencia del daño civil³². Esta obligación es asegurable³³ y en virtud de lo dispuesto en el artículo 114 CP (también en las leyes civiles) cabe su moderación a través de la figura de la concurrencia de culpas³⁴. La denominada responsabilidad civil “*ex delicto*”, debe ser entendida como una obligación más que como una responsabilidad³⁵.

²⁸ Recordemos el tenor literal del artículo 969.2 de la LECrim. En relación con esta previsión legal vid. Circular 1/2015 de 19 de junio, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la Ley Orgánica 1/2015 de la Fiscalía (apartado 6.1. Sobre la asistencia a juicio en delitos leves semipúblicos). Un acertado análisis sobre la cuestión lo realizan FIGUEROA NAVARRO, C. y CAMARA ARROYO, S. “Circular 1/2015, de 19 de junio de 2015, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma operada por la LO 1/2015” ADPCP, VOL. LXVIII, 2015. págs 501-604.

²⁹ CASINO RUBIO, M. “Responsabilidad civil de la Administración y delito”. Ed. Marcial Pons. ISBN 9788472485563 Madrid. 1998, págs.. 201 y 202.

³⁰ LARRAURI PIJOAN, E. “La reparación”, en CID MOLINÉ, J.; LARRAURI PIJOAN, E. (Coord) “Penas alternativas a la prisión” Ed. Bosch, Barcelona, 1997, pág. 177

³¹ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. “Derecho Penal, Parte General. op. cit., pág. 658.

³² Entre otros muchos mencionamos a ROIG TORRES, M. “La reparación del daño...”, op. cit., pág 119. También GONZÁLEZ RUS, J.J. “El artículo 444 del Código Penal y el régimen general de la responsabilidad derivada del delito”, ADPCP, t. XXXIII, ISSN 0210-3001 - Tomo 32, Fasc/Mes 2 - mayo-agosto, 1979, pág. 391

³³ DÍAZ ALABART, S. “La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela”, op. cit., pág. 797.

³⁴ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: “Lección 16. Resarcimiento de la víctima del delito”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., PÉREZ CEPEDA, A. I., y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Tomo I: Introducción al Derecho penal. 1ª ed.*, Madrid. Iustel, 2010, ISBN 978-84-9890-123-8, pág. 352.

³⁵ En este sentido TORO PEÑA, J. A.: “La responsabilidad civil en la Ley Orgánica 5/2000” en GIMÉNEZ-SALINAS i COLOMER, E. (Coord.), Justicia de menores: una justicia mayor. Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, Cap. IX, Consejo General del Poder Judicial, núm. 9, Madrid, 2000. págs 301 a 344.

Identificar la obligación de reparar el daño con una responsabilidad es confundir los conceptos de obligación, responsabilidad y sanción. La sanción es el acto coactivo que una norma relaciona con una conducta, es decir, una consecuencia³⁶. Del comportamiento dañoso no se deriva una responsabilidad sino una obligación que consiste en reparar el daño³⁷. La responsabilidad no es una obligación jurídica. La responsabilidad es la relación del individuo contra el cual se dirige la consecuencia (sanción) con el hecho generador, en este caso, el delito cometido³⁸. El alcance de la responsabilidad civil derivada del daño que provoca el delito es mucho menor, no es restauradora del orden social sino de mera justicia conmutativa entre causante y perjudicado³⁹.

Resulta indiscutible que la responsabilidad civil derivada del delito no es otra cosa que la obligación civil derivada del daño civilmente resarcible (si existe) provocado por el delito⁴⁰. Es decir tan responsabilidad civil derivada del daño como la responsabilidad civil extracontractual regulada en el 1902 del CC

3.- CONCEPTO PENAL DE REPARACIÓN. LA REPARACIÓN AL SERVICIO DE LA POLÍTICA CRIMINAL

La doctrina penal europea, desde antiguo, se viene refiriendo a la reparación bien como un sustitutivo penal⁴¹ o incluso al daño como un posible elemento del delito⁴². También se ha planteado la utilización de la reparación como una alternativa a la pena⁴³. La utilización del término reparación por el Derecho penal tiene diversos significados y se reduce en muchas ocasiones al de responsabilidad civil “*ex delicto*”. ¿Satisfacer la responsabilidad civil “*ex delicto*” es lo mismo que reparar el daño en sentido jurídico penal?.

³⁶KELSEN, H. “Teoría Pura del Derecho”, 10ª Edición. Ed. Porrúa. Méjico, 1998. pág. 137.

³⁷SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B. “La reparación del daño ex delicto. Entre la pena privada y la mera compensación”. Ed. Comares. Granada, 1997. pág. 38.

³⁸ORTIZ SAMAYOA, M.J. “La reparación como tercera vía”. Tesis doctoral. Universidad de Salamanca. 2014. Dir. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. y MARTÍN DIZ, F. Tesis en acceso abierto en: GREDOS, pág. 70.

³⁹PANTALEÓN PRIETO, A. F. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las Administraciones públicas)”. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, ISSN 1575-8427, Nº. 4, 2000 (Ejemplar dedicado a: La responsabilidad en el Derecho), pág 175.

⁴⁰La Sala 2ª del Tribunal Supremo afirmaba ya en 1989, vigente el CP de 1973, en la Sentencia de 2 de noviembre de 1989 (RJ 1989/8537), ponente: Montero Fernández Cid, F. Derecho 2º: “*El Derecho de daños es genérico respecto a las vías civil y penal pese a las extrañas remisiones internormativas que efectúan para el nacimiento de la obligación el artículo 1092 del Código Civil y para su extinción del artículo 117 del Código Penal. En una y otra vía el principio general es el de la precisión inexcusable de prueba de la existencia del daño, la que en manera alguna puede ser presumida, sino que las propias normas civiles expresan tal necesidad de acreditamiento mediante el adverbio «conocidamente», o en otro caso como «consecuencia necesaria» (Artículo 1107 del Código Civil).*”

⁴¹GAROFALO, R. “Indemnización a las víctimas del delito” (Traducción y estudio crítico por DORADO MONTERO, P.). La España Moderna. Madrid 1870, págs. 34 a 37.

⁴²GREGORACI, G “Della riparazione del danno nella funzione punitiva”. Unione Tipografico Ed. Torino 1903. págs. 8 a 15.

⁴³BRICOLA, F.. “La riscoperta delle « pene private » nell'ottica del penalista.” *Il Foro Italiano*, vol. 108, no. 1, 1985, pp. 1/2–15/16. *JSTOR*, www.jstor.org/stable/23177574. (Consulta 23 Oct. 2020). ROIG TORRES, M “La reparación del daño causado por el delito...”, op. cit., págs. 441 a 582.

QUINTERO OLIVARES⁴⁴ sostiene que *“todas las normas penales que recoge el CP han de participar en alguna medida de la función propia de las leyes penales”*. El mismo autor afirma⁴⁵ que *“..haber satisfecho en lo posible las responsabilidades civiles derivadas del delito se señala como condición previa a la apreciación de la atenuante de la reparación del daño (...) o la concesión de determinados beneficios..”*. Más recientemente HORTAL IBARRA⁴⁶ se pronuncia en similar sentido al analizar lo que denomina *“efectos penales de la (no) reparación del daño”* vinculando este concepto con la *“responsabilidad civil delictual”* que sostiene es un *“arma político-criminal”*⁴⁷. Estos autores, y muchos otros, equiparan el término reparación contenido en diversos preceptos del CP a la satisfacción de la responsabilidad civil. Su posición, a nuestro juicio, no es acertada pues las normas relativas a la denominada responsabilidad civil *“ex delicto”* no son normas penales aunque estén contenidas en el CP. Al igual que no son normas penales las normas protectoras del medio ambiente a las que se refiere el art. 325 CP, las normas de prevención de riesgos laborales que menciona el art. 316 CP, etc...

SILVA SÁNCHEZ⁴⁸ tras diferenciar entre reparación civil (que tiende a satisfacer a la víctima actual) y reparación penal (que también tendería a proteger, mediante su función preventiva, a las víctimas potenciales), afirma que la idea de reparación (penal) a la víctima es incluso predicable en determinados delitos en los que el daño está ausente poniendo como ejemplo los delitos sin víctima individualizable y los delitos que afectan a bienes jurídicos supraindividuales. Para poder afirmar la obligación civil de reparar siempre y en todo caso tiene que haber un daño civilmente resarcible. También debe haber un perjudicado que podrá o no coincidir con la víctima del delito⁴⁹. Coincidimos con aquellos que sostienen que si el concepto de reparación se reduce a la mera compensación económica se produciría *“devaluación de la institución penal de la reparación del daño”*⁵⁰. La reparación civil, sin embargo, se verá colmada con el resarcimiento económico del daño civil (patrimonial o extrapatrimonial). La reparación en sentido jurídico penal va -debe ir - más allá. La lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido por el Derecho penal genera en sí misma un daño a la sociedad y son precisamente los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes los que son objeto de protección penal. Estos ataques generan un daño social del que puede formar parte el daño civilmente resarcible pero no necesariamente ha de ser así y es posible la reparación en sentido jurídico penal sin que exista ni perjudicado ni, obviamente, daño civilmente resarcible.

⁴⁴QUINTERO OLIVARES, G. “La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil” en QUINTERO OLIVARES, G. / CAVANILLAS MÚGICA, S. / DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E. “La responsabilidad civil “ex delicto”, Thomson Reuters Aranzadi. 2002. pág. 24.

⁴⁵QUINTERO OLIVARES, G. “La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil”. op. cit., pág. 26

⁴⁶HORTAL IBARRA, J.C. “La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil ex delicto”, op. cit., págs. 13 y ss

⁴⁷HORTAL IBARRA, J.C. “La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil ex delicto”, op. cit. pág. 13

⁴⁸SILVA SÁNCHEZ, J. M. “Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de <<reparación>>”, en *Revista del Consejo General del Poder Judicial*, tercera época, nº 45, primer trimestre, año 1997, págs. 196 y 197

⁴⁹ Por ejemplo, en un robo con violencia acaecido en un determinada sucursal bancaria en el que los autores sustraen unos miles de euros propiedad de la entidad bancaria; las víctimas serían los empleados de la sucursal que sufren directamente el hecho ilícito y el perjudicado la entidad bancaria. Sólo si se asumiera que los empleados de la sucursal hubieran sufrido por la situación un daño moral tendrían, también, la condición de perjudicados.

⁵⁰GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: “Reparación, atenuación de la pena y responsabilidad civil por delito en la práctica forense española”, en ASUA BATARRITA, A.; GARRO CARRERA, E. (Edits.), “Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena”, Ed. Universidad del País Vasco, Bilbao, 2009, pág 108.

La denominada responsabilidad civil *“ex delicto”* puede ser una parte, más o menos importante dependiendo de múltiples factores, de la reparación de la víctima, pero no colma el concepto de reparación penal. Con acertado criterio afirma MARTÍNEZ ESCAMILLA que *“en aquellos delitos que lesionan bienes jurídicos de carácter personalísimo, afirmar que la compensación económica es, sin más aditamentos, una forma de dar satisfacción a la víctima es, como mínimo simplista, e ignora el significado comunicativo de la sanción penal”*⁵¹. Por otra parte si utilizamos el concepto civil de reparación en sentido jurídico penal⁵² estaremos llenando de contenido un concepto penal de un elemento meramente económico (civil) regulado por leyes de carácter ordinario – no orgánicas- y procediendo a su desnaturalización⁵³.

Frente a lo que sostiene parte de la doctrina, lo que a nuestro juicio utiliza - o debería utilizar- la legislación penal como instrumento de política criminal no es la institución de la responsabilidad civil, ni la reparación del daño (civilmente resarcible), sino la reparación que ha de ser interpretada desde una óptica estrictamente penal y en sentido más amplio del que ofrece un enfoque meramente economicista que constituye la modesta institución llamada responsabilidad civil *“ex delicto”*.

Nuestro sistema punitivo utiliza la reparación como instrumento de política criminal aunque, en ocasiones, pareciera que utiliza la reparación civil ya que alude algunas veces a la responsabilidad civil. Se utiliza el término reparación en los artículos que regulan la atenuación de la pena (art. 21.5 CP) o la suspensión de la ejecución de la pena (art. 80.1 párrafo segundo CP), aunque para regular esta cuestión también menciona lo que denomina reparación simbólica (art. 84.1.3ª). En algunas ocasiones el CP equipara el concepto reparar el daño causado con el de satisfacer las responsabilidades civiles. Así parece hacerlo en el art. 80.2.3º CP⁵⁴, en relación con el mencionado art. 80.1 párrafo segundo CP. En otras ocasiones se utiliza directamente la expresión no haber satisfecho las responsabilidades civiles (art. 90.1. párrafo tercero en relación con el artículo 72 de la LOGP), al regular la libertad condicional, obviando cualquier mención a la reparación⁵⁵. También se utiliza la expresión reparar el daño causado en el Libro II del CP, por ejemplo, en el artículo 340 para rebajar la pena hasta en dos grados. Aunque no en todos los casos se utiliza la terminología adecuada (reparación) y se utiliza

⁵¹MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. “Justicia reparadora, mediación y sistema penal: Diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos?”. Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat / coord. por GARCÍA VALDÉS, C., VALLE MARISCAL DE GANTE, M., MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. y ALCÁCER GUIRAO, R. VOL. I, 2008 pág. 481.

⁵²QUINTERO OLIVARES, G. “Introducción”, op. cit., pág. 16

⁵³QUINTERO OLIVARES, G. “La responsabilidad civil y la reparación en la política criminal contemporánea” en MARQUEZ DE PRADO PÉREZ (Dir.) “Responsabilidad civil <<ex delicto>>” Cuadernos de Derecho Judicial. XVI – 2004. ISBN: 84-96228-85-1, pág. 24 ; consideramos que incurre en este error ya que sostiene que *“existen efectos penales de la satisfacción de la responsabilidad”* de lo que deriva *“dos órdenes de consecuencias: que la naturaleza (fundamento y función de la responsabilidad civil) ya no es puramente civil, que aceptado eso es obligado incorporar el tema de la responsabilidad civil a los análisis de los instrumentos político-criminales con los que puede actuar el sistema penal”*.

⁵⁴ En relación con este precepto ha tenido oportunidad de pronunciarse el Pleno del TC mediante ATC 3/2018 de 23 de Enero (Recurso 4074-2017) que inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Orihuela.

⁵⁵ La STS, Sala 2ª, núm 59/2018 de 2 febrero (RJ 2018\316), dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, ponente: Cao Barredo, en su Fundamento de Derecho Segundo limita la posibilidad de reparación civil a lo dispuesto en el artículo 607 de la LEC e incidiendo en el denominado “esfuerzo reparador”. En relación con la sentencia vid. el comentario que realiza NISTAL BURÓN, J. ““El umbral de lo inembargable en la satisfacción de la responsabilidad civil «ex delicto». Legalidad procesal civil «versus» legalidad penitenciaria” Revista Aranzadi Doctrinal num. 11/2018 parte Legislación. Doctrina. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2018.

terminología de carácter civil (satisfacer las responsabilidades civiles), negar el carácter penal del término reparación (por los efectos asignados) en estos contextos resultaría equivocado.

El artículo 19 de la LORPM resulta mucho más claro en la utilización de la reparación como instrumento de política criminal ya que se menciona expresamente el “*compromiso de reparar el daño causado a la víctima del delito*” que parece desvincularse de que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles lo que se deriva del inciso final del precepto: “*. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil*”⁵⁶.

Con una técnica muy cuestionable el legislador se refiere, en el CP y la LOGP, a la reparación utilizando terminología distinta y equiparando, en algunas ocasiones, satisfacción de responsabilidad civil tanto en la atenuante de reparación como en los denominados sustitutivos penales y los beneficios penitenciarios. Si bien en unas ocasiones la terminología empleada es incardinable en un concepto amplio de reparación utilizándola como instrumento de política criminal, permitiendo que los actos de reparación sean valorados en función de la trascendencia social del hecho y de si este permite o no reafirmar la vigencia del ordenamiento jurídico⁵⁷ y no en función de la concreta víctima; en otras, como al regular la libertad condicional, la situación es distinta y lo que parece ser utilizado como instrumento de política criminal es la denominada responsabilidad civil “*ex delicto*” (concretamente el pago del importe fijado en concepto de responsabilidad civil) y no la reparación. La reparación penal tiene una naturaleza preventiva⁵⁸ de la que carece la reparación civil⁵⁹. El concepto de reparación en Derecho penal, no puede ser simplificado y reducido a la reparación del daño civilmente resarcible⁶⁰. Ha de prescindirse de una visión economicista y reduccionista de la reparación de la víctima y diferenciarla de uno de sus posibles componentes (la responsabilidad civil “*ex*

⁵⁶ VIDAL HERRERO, M.S. “Crítica al modelo de responsabilidad penal del menor en la ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores hacia un “modelo social de responsabilidad” del menor infractor”. Tesis Doctoral. Dir. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. A. Universidad Complutense de Madrid 2015, Tesis en acceso abierto en: E-Prints Complutense (pdf), pág. 280. La autora se refiere a diversas posibilidades de reparación en el ámbito de la responsabilidad del menor “*En consecuencia, la parte nuclear de esta reparación estriba en que se permite a la víctima en concreto una reparación psicológica real y efectiva que ningún procedimiento judicial le puede dar, aún cuando lo específico de la reparación estriba fundamentalmente en que el acuerdo de reparación a que llegan infractor-víctima supone la asunción de un compromiso por parte del menor infractor con la víctima para realizar tareas en beneficio de ésta directamente, o en beneficio de la colectividad, siempre que la víctima se reconozca satisfecha de esa manera. Si la víctima no es conocida, o no quiere participar en un «proceso de conciliación», el menor infractor asumirá igualmente el compromiso de reparar el daño causado a la comunidad mediante la realización de prestaciones en beneficio de la comunidad. En nuestro ordenamiento jurídico se aplica, fundamentalmente, como medida judicial acordada por el Juez de Menores en sentencia*”.

⁵⁷ ALCÁCER GUIRAO, R.: “La reparación en Derecho penal y la atenuante del artículo 23,5º CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación”, op. cit., págs. 92 y 93. Coincidimos con este autor en que la idea de reparación para poder ser asumida por el Derecho penal como instrumento de política – criminal, requiere que los actos de reparación sean valorados en función de la trascendencia social del hecho, y de si éste permite o no reafirmar la vigencia del Ordenamiento Jurídico.

⁵⁸ SILVA SÁNCHEZ, J. M. “Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de <<reparación>>”, op. cit., págs. 196 y 197

⁵⁹ PANTALEÓN PRIETO, A. F.,. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual..”, op. cit., págs 171 y ss

⁶⁰ QUINTERO OLIVARES, G. “La responsabilidad civil y la reparación en la política criminal contemporánea”, op. cit., pág. 24; no sólo equipara reparación penal a reparación civil sino que atribuye los efectos penales a la satisfacción de la responsabilidad civil cuando los efectos penales se han de atribuir a la reparación “penal”.

delicto”) de clara naturaleza civil. La reparación penal “*poco tiene que ver conceptualmente con la reparación civil del daño*”⁶¹.

El Tribunal Supremo, desde la entrada en vigor del CP de 1995, realiza una interpretación amplia del concepto de reparación del daño. La STS, Sala 2ª, nº 1132/1998 de 6 octubre (RJ 1998\6975), ponente Bacigalupo Zapater, ya alude en su F. Jco. Único a la reparación simbólica y “*como cuando el autor realiza un «actus contrarius» de reconocimiento de la norma vulnerada y contribuye activamente al restablecimiento de la confianza en la vigencia de la misma*”. Esta reparación simbólica se admite igualmente en sentencias posteriores como las STS, Sala 2ª, nº 216/2001 de 19 febrero (RJ 2001\368), ponente: Conde-Pumpido Tourón, o la STS, Sala 2ª, nº 1071/2006 de 8 noviembre (RJ 2007\355), ponente: Berdugo y Gómez de la Torre, que en su Fundamento de Derecho Undécimo, va todavía más allá admitiendo “*Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, de la reparación moral o incluso de la reparación simbólica (...) puede integrar las previsiones de la atenuante.*” Esta interpretación amplia del concepto penal de reparación, como “*actus contrarius*” del autor se ha venido manteniendo por el Tribunal Supremo hasta la actualidad diferenciando el Alto Tribunal el significado que debe otorgarse al término reparación al analizar la responsabilidad civil “*ex delicto*” del que debe darse al mismo término desde la perspectiva penal. La reparación en este contexto tiene clara naturaleza penal como se deduce de la STS, Sala 2ª, nº 170/2019 de 28 marzo (RJ 2019\1297) ponente: Monterde Ferrer, indica “*Su razón de ser, pues, está íntimamente ligada a la existencia de un acto reparador que, en buena medida, compense el desvalor de la conducta infractora. (...). Y hemos acogido un sentido amplio de la reparación, que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el art. 110 del CP pues el art. 110 se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil*”. El Tribunal Supremo continúa dictando sentencias en el mismo sentido realizando un resumen de su doctrina.⁶²

Compartimos el criterio de BUSTOS RUBIO⁶³ cuando atribuye a la reparación penal un ámbito más amplio que el de la responsabilidad civil⁶⁴. Recordemos que habiendo comportamientos postdelictivos económicos (satisfacción del daño civilmente resarcible), si estos no han sido realizados por el responsable penal, la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁶⁵

⁶¹SILVA SÁNCHEZ, J. M. “Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de <<reparación>>”, op. cit. pág. 196.

⁶² STS, Sala 2ª, núm. 53/2020 de 17 febrero (RJ 2020\587), ponente: Magro Servet.

⁶³BUSTOS RUBIO, M. “Alternativas al castigo: la justicia penal restaurativa”. Comunicación presentada al Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal (XVI). Actas del Seminario. Universidad de León, 2015. <https://ficp.es/publicaciones-juridicas/actas-de-congresos-y-seminarios/actas-del-xvi-seminario-internacional-de-fd-y-dp/> (Consulta 20 de octubre de 2020), págs. 6 y 7. “Cuando hablamos de comportamientos postdelictivos” – lo ejemplifica con los artículos 339 y 340 ó 305 y 307 CP – “*hemos de tener en cuenta que la reparación ostenta un ámbito más amplio que el de la responsabilidad civil, pues la primera abarca todas las formas posibles de resarcimiento de daños y perjuicios que se derivan del hecho delictivo, mientras que la segunda se restringe a una indemnización cuantificable económicamente. Es decir: el concepto de reparación tiene un sentido amplio y omnicompreensivo cuando hablamos de comportamientos postdelictivos positivos, que no siempre tienen por qué ser de carácter económico o patrimonial; y ello con independencia de que, en determinados casos, dicho comportamiento pueda coincidir con el propio de la indemnización civil: en estos casos nos encontraríamos ante una coincidencia material, pero no sustancial.*”

⁶⁴ STS, Sala 2ª, núm. 125/18, de 15 de marzo (RJ 2018\1547), ponente: Berdugo y Gómez de la Torre

⁶⁵ STS, Sala 2ª, núm. 389/2004 de 23 marzo, (RJ 2004\1599), ponente: Monterde Ferrer.

niega que podamos considerar existente la reparación en sentido penal⁶⁶. La legislación penal, a través de la reparación, parece tener en cuenta el interés de la víctima⁶⁷ y con ello redescubrirla⁶⁸. *“La actual atenuante 21.5ª viene a enfatizar mucho más que antes un rasgo que caracteriza a la moderna política criminal: la utilización del Derecho penal para estimular la reparación del daño causado a la víctima”*⁶⁹. La atenuante de reparación obvia el elemento subjetivo del arrepentimiento⁷⁰ y lo sustituye por otro de naturaleza objetiva como es el de la reparación del daño ocasionado a la víctima o la disminución de sus efectos⁷¹. La aplicación de la atenuante de reparación debe realizarse desde una *“racionalidad estrictamente penal”*⁷².

Coincidimos con GARRO CARRERA cuando afirma que *“si la especificidad de la reparación penal reside en que la conducta postdelictiva debe adquirir un significado de cara a la generalidad, debe evitarse esa equívoca equiparación de la reparación penal únicamente con la satisfacción a la víctima.”*⁷³ En este sentido cabe traer a colación la STS, Sala 2ª, Caso Centro Cultural Blanquerna, núm. 386/2020 de 9 julio (JUR 2020\221625), ponente: De Porres Ortiz de Urbina; dictada tras la Sentencia del Pleno del TC núm. 1/2020 de 14 enero. RTC 2020\1. ponente González Rivas; en supuestos de ilícitos en los que no puede individualizarse en un sujeto concreto el perjuicio causado alude a otras formas de reparación para poder aplicar la atenuante del artículo 21.5 del CP. Así en el Fundamento Jurídico Segundo se afirma: *“De ahí que la sola consignación de una cantidad de dinero podrá considerarse reparación en el sentido del artículo 21.5 del respecto a ilícitos, como los daños y las lesiones, con perjudicados concretos y determinados, que verán así minoradas, al menos crematísticamente, las consecuencias de tales actos antijurídicos, pero no respecto a aquellos otros ilícitos en los que no puede individualizarse en un sujeto concreto el perjuicio causado, casos estos últimos en que la apreciación de la atenuante exigirá forzosamente otro tipo de reparación distinta.”*

A nuestro juicio, no sólo la atenuante de reparación sino todos los beneficios que el Derecho penal o el penitenciario puedan asignar al comportamiento postdelictual positivo en el que consiste la reparación deberían analizarse desde este enfoque estrictamente penal. Ello conlleva que sólo la reparación que suponga asumir la responsabilidad específica permitirá explicar la necesidad de que la pena sea inferior, la posibilidad de su sustitución o los beneficios

⁶⁶MAGRO SERVET, V. “La consignación civil del «daño punitivo» para conseguir la atenuante de reparación del daño (art. 21.5 CP) cuando ha pagado ya la aseguradora”. Práctica de derecho de daños nº 144. Julio/Septiembre 2020; pág. 2.

⁶⁷ASÚA BATARRITA, A.: “Atenuantes postdelictivas: necesidad de reformulación desde una racionalidad jurídico – penal y consecuencias en la individualización de la pena”, en GARRO CARRERA, E., ASÚA BATARRITA A., A.: *“Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitaria.* (A propósito de una controvertida sentencia del Juzgado de lo Penal nº 8 de Sevilla)”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 145.

⁶⁸ALCÁCER GUIRAO, R. “La reparación en Derecho penal y la atenuante del artículo 23,5º CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación”, op. cit. pág. 73.

⁶⁹MIR PUIG, S.: “Derecho penal parte general”, Ed. Reppertor, 9ª edición, Barcelona, 2011, pág. 624.

⁷⁰El art. 9.9 del derogado CP de 1973, establecía como circunstancia atenuante *“la de haber procedido el culpable antes de conocer la apertura del procedimiento judicial, y por impulsos de arrepentimiento espontáneo, a reparar o disminuir los efectos del delito, a dar satisfacción al ofendido o a confesar a las autoridades la infracción”*

⁷¹GARRO CARRERA, E. “Reparación e individualización de la pena: insuficiencias de lege lata y de la praxis jurisprudencial” en “Cuadernos penales José María Lidón” nº 15. Universidad de Deusto. Bilbao 2019, págs. 133 y 134

⁷²GARRO CARRERA, E. “Reparación e individualización de la pena:..”, op. cit., pág. 133

⁷³GARRO CARRERA, E. “Reparación e individualización de la pena” op. cit. pág. 152

penitenciarios⁷⁴ que se puedan asignar a la reparación. Ese esfuerzo adicional, y no el pago de las responsabilidades civiles, es lo que podemos considerar como un equivalente funcional, al menos parcialmente, de la sanción penal⁷⁵. Por tanto esa voluntad reparadora en la que consiste la reparación es la que debe considerarse que se utiliza como instrumento de política criminal. Seguramente pueda afirmarse que dentro de la reparación penal puede encontrarse la satisfacción de la responsabilidad civil (una mera coincidencia material y no sustancial) pero no puede derivarse de ello que el pago de la deuda derivada de la responsabilidad civil (una deuda privada que contraen el dañante y/o los responsables civiles que deban abonarla) sea el fundamento de la reparación en sentido jurídico penal. La responsabilidad civil “*ex delicto*” no sólo debe considerarse extramuros del Derecho penal, ni siquiera debería plantearse su utilización como instrumento de política-criminal⁷⁶ ya que la institución útil político-criminalmente es la reparación penal.

4.- CONCLUSIONES:

Reparación penal y reparación civil no son conceptos homologables sino realidades distintas con diferente naturaleza jurídica. La reparación de la víctima o del daño provocado por el delito (aun cuando no existe víctima) es un concepto de indudable naturaleza penal aunque una técnica legislativa, manifiestamente mejorable y la polisemia del término reparación (asumiendo su marcado contenido económico en el lenguaje vulgar), puedan ser generadoras de ciertas interpretaciones (que consideramos erróneas) que serían perfectamente subsanables si la legislación penal, cuando se refiere a la reparación como instrumento de política criminal, utilizara únicamente el término reparación y no lo confundiera/identificara, como actualmente sucede en algunos preceptos, con la mera satisfacción de la responsabilidad civil. Quizás ayudaría a la correcta interpretación del concepto la desaparición del CP de las normas relativas a la responsabilidad civil, lo que también defendemos, lo que coadyuvaría a que finalizase la discusión sobre su naturaleza jurídica.

Defendemos que lo que es –o debiera ser- instrumento de política criminal es la reparación (todas las posibilidades de reparación con o sin contenido patrimonial), en un sentido amplio (a la víctima pero también a la sociedad). Incluso si el legislador utiliza la responsabilidad civil al servicio de la política criminal, esto no significa “*un cambio de la naturaleza o finalidad de la responsabilidad civil. Serán normas con rango de ley orgánica, por ser penales las que... provocan la utilización de la responsabilidad civil como herramienta para los fines punitivos, pero eso es todo*”⁷⁷. La reparación como instrumento de política criminal tiene naturaleza penal. La responsabilidad civil no es un instrumento de política criminal pero, incluso si la institución se propone como institución civil al servicio de la política criminal, su

⁷⁴Art. 203 Reglamento Penitenciario “Los beneficios penitenciarios responden a las exigencias de la individualización de la pena en atención a la concurrencia de factores positivos en la evolución del interno, encaminados a conseguir su reeducación y reinserción social como fin principal de la pena privativa de libertad”. Vid. MAPELLI CAFFARENA, B. “Algunas cuestiones relacionadas con las garantías jurídicas de los beneficios penitenciarios”. ADPCP, VOL. LXXII, 2019. Págs. 31-54.

⁷⁵GARRO CARRERA, E. “Reparación e individualización de la pena:...”, op. cit. págs. 143 y 144.

⁷⁶MIR PUIG, S.: “Derecho penal parte general”, op. cit. pág. 48. Tras haber rechazado previamente la inclusión de la responsabilidad civil “*ex delicto*” en el concepto de Derecho penal mantiene su utilidad como “arma civil a utilizar en el tratamiento del delito”.

⁷⁷YZQUIERDO TOLSADA, M. “Responsabilidad civil extracontractual...”, op. cit., pág. 96.

utilización debería ser incluida en ese concepto amplio de reparación y no forzar la mutación de su naturaleza civil identificándola con la reparación penal.

Resulta indudable que las conductas que describen los diferentes tipos delictivos tienen como consecuencia que la reparación se pueda producir en cada uno de ellos de formas distintas en función de las diversas situaciones⁷⁸. La conducta reparadora, de naturaleza penal, debe ser la que resulte idónea para reducir el daño social, y en su caso a la víctima, que deriva de la propia infracción penal⁷⁹ y no, al menos no siempre, una mera compensación económica. Se trata de satisfacer el interés general y, cuando sea posible, apoyar y ayudar a las víctimas⁸⁰. Precisamente para ocuparse de la reparación económica del daño resarcible está la institución de la responsabilidad civil⁸¹.

La responsabilidad civil “*ex delicto*” no es una consecuencia jurídica del delito “*stricto sensu*”. No procede directamente del delito sino del daño (civilmente resarcible) que del delito puede derivarse lo que no ocurre siempre. Utilizar esta institución – reparación civil – como único contenido de la reparación penal es acudir a un elemento del derecho privado para atribuir efectos de la reparación a comportamientos postdelictivos positivos, sustitutivos penales y beneficios penitenciarios lo que única y exclusivamente debe ser realizado desde una óptica penal.

5.- BIBLIOGRAFÍA:

⁷⁸ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. “Justicia reparadora, mediación y sistema penal: Diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos?”, op. cit., págs. 484 y 485.

⁷⁹ GARRO CARRERA, E. “Reparación e individualización de la pena” op. cit., pág. 149

⁸⁰ En este sentido se ha pronunciado la STS, Sala 2ª, núm 125/18, de 15 de marzo (RJ 2018\1547), ponente: Berdugo y Gómez de la Torre. F. Jco 3º.

⁸¹ GÓMEZ ORBANEJA, E. “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento criminal de 14 de septiembre de 1882”, Tomo. II, Vol. 1. Ed. Boch. Barcelona, 1951, pag. 366.

ALCÁCER GUIRAO, R. “La reparación en Derecho penal y la atenuante del artículo 23,5º CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación”, en *Revista del Poder Judicial*, tercera época, nº 63, tercer trimestre de 2001. Págs. 71-120.

ASÚA BATARRITA, A. “Atenuantes postdelictivas: necesidad de reformulación desde una racionalidad jurídico – penal y consecuencias en la individualización de la pena”, en GARRO CARRERA, E., ASÚA BATARRITA, A.: “Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitaria. (A propósito de una controvertida sentencia del Juzgado de lo Penal nº 8 de Sevilla)”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008. Págs. 145-192

BRICOLA, F. “La riscoperta delle « pene private » nell'ottica del penalista.” *Il Foro Italiano*, vol. 108, no. 1, 1985, pp. 1/2–15/16. *JSTOR*, www.jstor.org/stable/23177574. (Consulta 23 Oct. 2020)

BUSTOS RUBIO, M. “Alternativas al castigo: la justicia penal restaurativa”. Comunicación presentada al Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal (XVI). Actas del Seminario. Universidad de León, 2015. <https://ficip.es/publicaciones-juridicas/actas-de-congresos-y-seminarios/actas-del-xvi-seminario-internacional-de-fd-y-dp/> (Consulta 20 de octubre de 2020). Págs. 1-21

CASINO RUBIO, M. “Responsabilidad civil de la Administración y delito”. Ed. Marcial Pons. ISBN 9788472485563. Madrid. 1998

GARRO CARRERA, E. “Reparación e individualización de la pena: insuficiencias de lege lata y de la praxis jurisprudencial” en “Cuadernos penales José María Lidón” nº 15. Universidad de Deusto. Bilbao 2019. Págs. 131-166.

DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E. “La responsabilidad civil y el proceso penal” en QUINTERO OLIVARES, G. / CAVANILLAS MÚGICA, S. / DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E. “La responsabilidad civil “ex delicto”, Thomson Reuters Aranzadi. 2002. Págs. 177-233.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. “El Redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada victimización terciaria” (El penado como víctima del sistema legal). Cuadernos de Derecho Judicial. La victimología. Madrid CGPJ, 1993. Págs. 287-320

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. “*Tratado de Criminología*” Ed. Tirant Lo Blanch, 4ª ed. actualizada, Valencia, 2009.

GAROFALO, R. “Indemnización a las víctimas del delito” (Traducción y estudio crítico por DORADO MONTERO, P.). La España Moderna. Madrid 1870

GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: “Reparación, atenuación de la pena y responsabilidad civil por delito en la práctica forense española”, en ASUA BATARRITA, A.; GARRO CARRERA, E. (Edits.), “Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena”, Ed. Universidad del País Vasco, Bilbao, 2009. Págs. 97-108

GÓMEZ ORBANEJA, E. “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento criminal de 14 de septiembre de 1882”, Tomo. II, Vol. 1. Ed. Boch. Barcelona, 1951.

GONZÁLEZ RUS, J.J. “El artículo 444 del Código Penal y el régimen general de la responsabilidad derivada del delito”, ADPCP, t. XXXIII, ISSN 0210-3001 - Tomo 32, Fasc/Mes 2 - mayo-agosto, 1979. Págs 380-426

GREGORACI, G. “Della riparazione del danno nella funzione punitiva”. Unione Tipografico Ed. Torino 1903

HORTAL IBARRA, J.C., “La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil ex delicto: o como “resolver” la cuadratura del círculo” Indret: Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-e 1698-793X, nº 40, 2014. Págs. 1-29

KELSEN, H. “Teoría Pura del Derecho”, 10ª Edición. Ed. Porrúa. Méjico, 1998

LARRAURI PIJOAN, E. “La reparación”, en CID MOLINÉ; LARRAURI PIJOAN (Coord) “*Penas alternativas a la prisión*” Ed. Bosch, Barcelona, 1997. Págs. 169-196

MAGRO SERVET, V. “La consignación civil del «daño punitivo» para conseguir la atenuante de reparación del daño (art. 21.5 CP) cuando ha pagado ya la aseguradora”. *Práctica de derecho de daños* nº 144. Julio/Septiembre 2020. Págs. 1-8

MAPELLI CAFFARENA, B. “Algunas cuestiones relacionadas con las garantías jurídicas de los beneficios penitenciarios”. ADPCP, VOL. LXXII, 2019. Págs. 31-54.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. “Justicia restauradora, mediación y sistema penal diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos?” *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat* / coord. por GARCÍA VALDÉS, C., VALLE MARISCAL DE GANTE, M., MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. y ALCÁCER GUIRAO, R. VOL. I, 2008. Págs. 465-498

MIR PUIG, S.: “Derecho penal parte general”, Ed. Reppertor, 9ª edición, Barcelona, 2011

MUÑOZ CONDE F., GARCÍA ARÁN, M. “Derecho Penal, Parte General” 9ª Edición. Tirant lo Blanch. 2015

NISTAL BURÓN, J. “El umbral de lo inembargable en la satisfacción de la responsabilidad civil «ex delicto». Legalidad procesal civil «versus» legalidad penitenciaria” *Revista Aranzadi Doctrinal* num. 11/2018 parte Legislación. Doctrina. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2018. Págs sin numeración.

ORTIZ SAMAYOA, M.J. “La reparación como tercera vía”. Tesis doctoral. Universidad de Salamanca. 2014. Dir. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. y MARTÍN DIZ, F. Tesis en acceso abierto en: GREDOS.

PANTALEÓN PRIETO, A. F. "Perseverare diabolicum" ¿Otra vez la responsabilidad civil en el Código Penal?. Jueces para la democracia, ISSN 1133-0627, Nº 19, 1993. Págs. 6-10

PANTALEÓN PRIETO, A. F. "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las Administraciones públicas)". Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, ISSN 1575-8427, Nº. 4, 2000 (Ejemplar dedicado a: La responsabilidad en el Derecho). Págs. 167-192

PÉREZ VALLEJO, A.M. "El complejo régimen que disciplina la responsabilidad civil por daños derivados del acoso escolar" Anuario de derecho civil, Volumen 68, nº 4. 2015. Págs. 1387-1452
QUERALT JIMÉNEZ, J.J. "Código Penal y Ley Orgánica". ADPCP. Fascículo 1. 1992. Págs. 49-83

QUINTERO OLIVARES, G "Introducción" en QUINTERO OLIVARES,G. / CAVANILLAS MÚGICA, S. / DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E. "La responsabilidad civil "ex delicto", Thomson Reuters Aranzadi. 2002. Págs. 15-17

QUINTERO OLIVARES, G. "La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil" en QUINTERO OLIVARES, G. / CAVANILLAS MÚGICA, S. / DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E. "La responsabilidad civil "ex delicto", Thomson Reuters Aranzadi. 2002. Págs 19-50

QUINTERO OLIVARES, G. "La responsabilidad civil y la reparación en la política criminal contemporánea" en MÁRQUEZ DE PRADO PÉREZ, J. (Director) "Responsabilidad civil <<ex delicto>>" Cuadernos de Derecho Judicial. XVI – 2004. ISBN: 84-96228-85-1. Págs. 13-46

ROIG TORRES, M. "La reparación del daño causado por el delito (Aspectos civiles y penales)", Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2000

ROIG TORRES, M. "La responsabilidad civil derivada de los delitos y las faltas", Ed. Tirant Lo Blanch, 2010

ROXIN, C. (trad. GIMBERNART ORDEIG, E.) "Pena y reparación". ADPCP, ISSN 0210-3001, Tomo 52, Fasc/Mes 1-3, 1999. Págs. 5-16.

SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B. "La reparación del daño ex delicto. Entre la pena privada y la mera compensación". Ed. Comares. Granada, 1997

SILVA SÁNCHEZ, J. M.: "Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de <<reparación>>", en Revista del Consejo General del Poder Judicial, tercera época, nº 45, primer trimestre, año 1997. Págs. 183-202.

SILVA SANCHEZ, J.M. "<<Ex delicto>>?. Aspectos de la llamada <<responsabilidad civil>> en el proceso penal". InDret , Revista para el análisis del Derecho, 03/2001. Págs. 1-13

TORO PEÑA, J. A.: "La responsabilidad civil en la Ley Orgánica 5/2000 (Título Octavo, artículos 61, 62, 63 y 64)" en GIMÉNEZ-SALINAS i COLOMER, E. (Coord.), Justicia de menores: una justicia mayor. Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, Cap. IX, Consejo General del Poder Judicial, núm. 9, Madrid, 2000. Págs. 301-344

VIDAL HERRERO, M.S. “Crítica al modelo de responsabilidad penal del menor en la ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores hacia un "modelo social de responsabilidad" del menor infractor”. Tesis Doctoral. Dir. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. A. Universidad Complutense de Madrid 2015. Tesis en acceso abierto en: E-Prints Complutense.

YZQUIERDO TOLSADA, M. “Responsabilidad civil extracontractual. Parte General”, 5ª edición. Edit. Dykinson S.L. Madrid 2019

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. “Fundamentos de derecho penal parte general : las teorías de la pena y de la ley penal : (introducción teórico-práctica a sus problemas básicos)” ISBN 84-8002-088-1. Ed. Tirant lo Blanch. 1993

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: “Resarcimiento de la víctima del delito”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., PÉREZ CEPEDA, A. I., y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Tomo I: Introducción al Derecho penal*. 1.ª ed., Madrid: lustel, 2010, ISBN 978-84-9890-123-8. Págs. 349-360