

MARGARITA ROIG TORRES

**Profesora ayudante de Derecho Penal
Universitat de València**

**Algunos apuntes sobre la evolución histórica de la tutela
jurídica de la víctima del delito**

Sumario

1. INTRODUCCIÓN. 2. UNA PERSPECTIVA GENERAL SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LA TUTELA JURÍDICA DE LA VÍCTIMA. 3. LA PROTECCIÓN DEL AGRAVIADO EN LA LEGISLACIÓN HISTÓRICA: UNA BREVE REFERENCIA AL DERECHO PRE-CODIFICADO SOBRE LA MATERIA. I. Generalidades. II. Algunos apuntes sobre los derechos del ofendido en los fueros y en la novísima recopilación. III. La reparación del daño en las leyes de partidas. 1. Declaración genérica de la obligación de resarcir. 2. Sujetos responsables civilmente. 3. El contenido de la obligación civil. 4. LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN LOS TEXTOS CODIFICADOS: I. El Código Penal de 1822. 1. Consideraciones previas. a) Limitación de la capacidad de decisión de la víctima sobre las consecuencias jurídicas del delito. b) Separación de las responsabilidades civil y penal derivadas del delito. c) Reducción de las vías de reparación del daño causado por el hecho delictivo. 2. El articulado del código en materia de reparación del daño. a) Los responsables civiles. Garantías de la obligación privada. b) Contenido de la obligación de resarcir: una interpretación de los términos que integran la responsabilidad civil. c) Alusiones a la reparación privada en la parte especial. d) Algunas normas de carácter procesal. 5. LOS PROYECTOS POSTERIORES. I. Notas introductorias. II. La reparación de la víctima en el proyecto de código penal de 1830. 1. Normas del libro I relacionadas con el perjudicado. 2. Disposiciones sobre la materia reguladas en el libro II. III. La obligación privada en el proyecto de Código Penal de 1831. 1. Normas relativas a la reparación del daño contenidas en el libro I. 2. Reglas reguladas en el libro II. 3. Algunos preceptos del libro III relacionados con el tema. IV. La satisfacción del agraviado en el proyecto de Código Penal de 1834. 1. Previsiones comprendidas en el libro I. 2. Disposiciones relativas a la reparación reguladas en los libros II y III. 3. Reglas previstas en el libro IV. 6. EL CÓDIGO PENAL DE 1848. I. Cuestiones preliminares. II. La reparación privada en el Código. 1. Introducción. a) Modificaciones formales. b)

Reformas sustantivas. 2. El articulado de la ley en materia de reparación del daño. a) Disposiciones relativas a los sujetos responsables civilmente de los delitos y faltas (capítulo II, título II, libro I). b) Normas relativas al contenido y distribución de la responsabilidad civil (título IV del libro I). c) Otras disposiciones de la parte general relacionadas con nuestro tema. d) Referencias a la reparación privada en la parte especial del código. **7. LA REFORMA DE 1850. 8. EL CÓDIGO PENAL DE 1870. I.** Generalidades. **II.** La normativa del texto sobre reparación. *1.* Los obligados civiles (cap.II, tit. II, l.I). *2.* El contenido de la responsabilidad civil (tit.IV, l.I). *3.* Otras disposiciones del libro I relacionadas con el tema. *4.* La responsabilidad civil en la parte especial del texto. **9. EL CÓDIGO PENAL DE 1928. I.** Notas previas. **II.** La reparación del daño en el articulado del Código. *1.* Modificaciones formales. *2.* Variaciones sustantivas. a) Reformas introducidas en el capítulo IV. b) Otras modificaciones de la parte general relacionadas con la reparación privada. c) Reformas acerca de la responsabilidad civil en la parte especial del texto. **10. EL CÓDIGO PENAL DE 1932. I.** Algunos apuntes introductorios. **II.** Especialidades del texto en materia de reparación. *1.* Peculiaridades de la parte general. *2.* Reformas introducidas en la parte especial. **11. LOS PROYECTOS DE 1938 Y 1939. 12. EL CÓDIGO PENAL DE 1944. I.** Introducción. **II.** Las previsiones sobre satisfacción del daño en el articulado de la ley. *1.* Normas de la parte general. *2.* Disposiciones de la parte especial. **13. REFORMAS POSTERIORES. 14. EL CÓDIGO PENAL DE 1995. I.** Unas breves notas sobre la normativa del libro primero. **II.** Algunas referencias al libro II. **15. CONSIDERACIONES FINALES: LAS ÚLTIMAS REFORMAS SOBRE LA MATERIA. 16. EL CAMBIO DE RUMBO EMPRENDIDO POR LA S.T.S DE 6 DE OCTUBRE DE 1998: LA ADMISIÓN DE LA REPARACIÓN SIMBÓLICA.**

1. INTRODUCCIÓN

La regulación relativa a la reparación del daño causado por el delito sigue siendo quizá uno de los sectores de nuestro ordenamiento jurídico que mayores lagunas presenta. Como se desprende de nuestra práctica forense, la mayor parte de las condenas impuestas en concepto de responsabilidad civil derivada de un hecho delictivo no llegan a satisfacerse nunca debido a la insolvencia, real o artificiosa, del culpable. Pese a ello, la legislación española carece todavía de mecanismos de control idóneos respecto a los recursos económicos de los condenados, sin que, por otra parte, ofrezca al infractor más incentivo para el pago que la tradicional atenuante de la responsabilidad penal; hasta ahora no se ha incorporado ninguna de las instituciones, previstas en el Derecho comparado, que entrañan la atribución a la reparación de una virtual eficacia exculpatoria. Carencias que responden, en buena medida, a la falta de atención de la doctrina española respecto a la parte agraviada.

Desde una óptica pragmática resulta inaplazable, pues, el análisis y la mejora de esa normativa.

Pero, a esta trascendencia práctica hay que sumar, además, el interés que en los últimos años ha despertado este tema desde un punto de vista dogmático. La finalidad preventiva que ha guiado al Derecho Penal casi desde sus orígenes ha justificado, durante siglos, la aplicación de sanciones basadas en su eventual eficacia disuasoria sobre el culpable y la comunidad.

Mas, la permanencia, y el aumento incluso, del índice de delincuencia, ha determinado que esta legitimidad, incontrovertida durante siglos, se haya cuestionado en los últimos años. Distintos sectores doctrinales apelan ahora al principio de intervención mínima, y abogan por experimentar nuevas formas de resolución del delito basadas en la reparación del daño privado. En consonancia con ello, comienzan a ensayarse en distintos países los llamados procedimientos de mediación y conciliación, en los que las propias partes en conflicto tratan de llegar a un acuerdo de compensación que influya en el proceso penal. Al propio tiempo, se propugna la adopción de criterios de oportunidad que permitan excluir la pena cuando la satisfacción del daño se considere suficiente en el caso concreto. E, incluso, se sugiere la configuración de la reparación como sanción penal, o como fin de la reacción punitiva. Postulados que se han visto reflejados tanto en la normativa internacional como en numerosas disposiciones estatales.

En nuestro país esas propuestas han propiciado también una tímida mejora de la regulación relacionada con esta materia, si bien las reformas operadas han afectado únicamente a las normas sobre compensación estatal y asistencia a la víctima, sin que el movimiento victimológico haya dejado sentir su influjo en la legislación penal. En el ámbito punitivo el debate doctrinal no ha tenido en España la misma repercusión y alcance que en otros ordenamientos europeos.

Por nuestra parte, hemos querido contribuir a este estudio con unos breves apuntes en torno a la evolución de la tutela jurídica de la víctima en nuestro Derecho, lo que nos parece oportuno no sólo para perfilar el sentido de algunas instituciones vigentes sino, también, en orden a valorar aquellas tendencias político-criminales que recientemente han propugnando cierto retroceso en ese proceso evolutivo.

En efecto, como veremos, dicho análisis pone de relieve la pérdida de protagonismo del agraviado a lo largo de la historia. Pero, al propio tiempo evidencia también que la privación

del poder de decisión del ofendido respecto a la reacción jurídica no fue gradual sino que se trató, más bien, de una suplantación por parte del estado de esa función sancionadora. El hito más importante en este desarrollo lo constituye, por tanto, el nacimiento del Derecho Penal público. Hasta entonces, se apreciaba en la legislación una progresiva moderación en las formas de castigo, pese a ello, el ofendido cuenta con cierta facultad de disposición sobre la sanción a imponer y percibe, al menos, una parte de la condena económica impuesta al culpable. Por el contrario, en los textos codificados se instituye una radical separación entre la obligación civil y la responsabilidad penal, atribuyéndose al perjudicado, únicamente, el derecho a la pretensión resarcitoria. Pues bien, en los últimos años el desencanto producido por el fracaso de algunos de los objetivos atribuidos a este Derecho ha llevado a considerar la posibilidad de reintegrar la reparación del daño en el sistema penal.

Así pues, en las páginas siguientes describiremos, a grandes rasgos, la evolución de la situación jurídica de la víctima en cada uno de esos dos periodos¹, delimitados por la aparición del *ius puniendi* estatal. A continuación, aludiremos al desarrollo producido en la normativa legal en materia de reparación del daño. Nos centraremos especialmente en los textos codificados, por ser los que consagran una regulación sistemática a la reparación del daño, aunque también, como veremos, los que progresivamente han ido restringiendo las facultades de la víctima en relación con el hecho criminal. No obstante, en la última década el perjudicado ha merecido de nuevo la atención

1 Vid., por ejemplo, MAZEAUD, H./ TUNC, A.: *Traité theorique et pratique de le responsabilité civile delictuelle et contractuelle*, editorial Montchrestien, sexta edición, París, 1965, pág.30; EIKENBERRY, K.: "Victims of crime. Victims of justice", en *Wayne L.Rev.*, vol.34, 1987, pág.34; SILVA SÁNCHEZ, J.M.: "Innovaciones teórico-prácticas de la victimología en el Derecho Penal", en la obra *Victimología* (VIII Cursos de verano en San Sebastián, dirigido por A.Beristain y J.L.de la Cuesta), Universidad del País Vasco, 1990, págs.77 y ss; y "La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la victimodogmática", en la obra *Victimología*, publicada por el C.G.P.J., Madrid, 1993, pág.13 (del mismo autor).

de nuestro legislador, siquiera sea en determinados ámbitos concretos, y comienzan a incidir en la jurisprudencia española, además, ciertas tendencias político-criminales que favorecen a la víctima, aun cuando quizá no fuera éste su objetivo primario. De ahí que nos parezca conveniente dedicar unos breves apuntes a los recientes cambios operados en este sector de nuestro ordenamiento.

2. UNA PERSPECTIVA GENERAL SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LA TUTELA JURÍDICA DE LA VÍCTIMA

En el Derecho Romano primitivo tuvo lugar lo que se ha conocido como la “edad de oro” de la víctima, por ser entonces cuando el agraviado contó con un mayor poder de disposición respecto al castigo del delito². En esa época el principio de religiosidad imponía a todos los miembros de la comunidad el deber de respetar el orden social dispuesto por los dioses, orden que se entendía perturbado tanto en caso de incumplimiento contractual como por la realización de cualquier acto ilícito. En ambos supuestos se había infringido una obligación moral, y en los dos, también, surgía el derecho del ofendido a la venganza contra el ofensor, sin requerirse que el castigo fuese proporcional a la lesión sufrida³. La reacción físi-

2 Vid., SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “La consideración del comportamiento...”, en la obra *Victimología*, cit., pág.15; y GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos para juristas*, editorial Tirant lo Blanch, tercera edición, Valencia, 1996, pág.38.

3 Vid., BRUSA, E.: *Prolegómenos de Derecho Penal*, Madrid, 1897, págs.72 y ss; CUELLO CALÓN, E.: *Derecho Penal. Parte general*, tomo I, editorial Bosch, Barcelona, 1935, pág.611; SAUER, G.: *Derecho Penal. Parte general*, (traducción del alemán por J.del Rosal y J.Cerezo), editorial Bosch, Barcelona, 1952, págs.24 y ss; FONTÁN BALESTRA, C.: *Derecho Penal. Introducción y parte general*, editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, pág.60; FERNÁNDEZ ESPINAR, R.: *Manual de historia del derecho*

ca ilimitada (“venganza de sangre”)⁴ fue, en este Derecho, la sanción más común.

Más tarde, el delito dejó de concebirse como una ofensa individual, y se consideró una afrenta al grupo familiar al que pertenecía la víctima. La infracción comportaba una vulneración del principio de paz social (“fried”) que debía regir entre las familias; en consecuencia, la comunidad afectada quedaba legitimada para ejercer la venganza contra el ofensor y su estirpe.

español. I. *Las Fuentes*, editorial Centro de estudios Ramón Areces, primera edición, Madrid, 1989, págs.146 y ss; PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J.M.: *Breviario de Derecho germánico*, Universidad Complutense de Madrid, 1993, págs. 15 y ss; MOMMSEN, T.: *El Derecho Penal Romano* (traducción del alemán por Dorado Montero), primera parte, vol.I, La España Moderna, Madrid (sa), págs.6 y 8; y JIMÉNEZ BARBERO, A.: “La ejecución de la pena”, en *Revista de Ciencias Penales*, vol.I, núm.1, 1998, págs.111 y ss. La distinción entre los aspectos civiles y penales derivados de un acto dañino, y correlativamente, entre la pena y la reparación privada, no se produciría, en los sistemas jurídicos europeos, hasta finales del siglo XVIII. *Vid.*, en tal sentido, GATRELL, V.A.C./ LENMAN, B./ PARKER, G.: “The state, the community and the criminal law in early modern europe”, en la obra *Crime and the law. (The social history of crime since 1500)*, (editada por V.A.C. Gatrell, Bruce Lenman, y Geoffrey Parker), Inglaterra, 1980, pág.12.

- 4 Denominación que le fue atribuida porque dicha forma de reacción surgió en los delitos de homicidio y lesiones, generalizándose más tarde a toda clase de delitos. *Vid.*, CASTELLANOS, F.: *Lineamientos elementales de Derecho Penal* (parte general), editorial Porrúa, cuarta edición, México, 1967, pág.30; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: “La resocialización de la víctima: sistema legal y política criminal”, en la obra *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-homenaje al profesor Beristain*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989, págs.193 y ss; y MALAURIE, P.H./ AYNES, L.: *Les obligations*, editorial Cujas, sexta edición, París, 1995, pág.25. Carrara deslinda la “venganza privada” de la “venganza divina”, situando a ésta en una fase posterior en la que se habría aprovechado la incultura de los hombres para que éstos dejaren de concebir el derecho de venganza como un derecho propio y lo abandonaran en manos del clero, fenómeno que se acentuaría en épocas posteriores. La venganza privada habría precedido, pues, a la derivada del principio de religiosidad; sería aquella que se desarrolló en los primeros tiempos de la humanidad, y que surgió del puro espíritu de supervivencia de los hombres. *Vid.*, CARRARA, F.: *Programa de Derecho Criminal. Parte general*, vol.II, editorial Temis, Bogotá, 1957, págs.35 y ss.

Por su parte, el círculo familiar del infractor (“sippe”) podía optar entre entregarlo, liberándose de responsabilidad, o apoyarle asumiendo la afrenta como propia⁵.

Pero, al lado del castigo físico surgió en los pueblos germanos una nueva forma de castigo: la “compositio”, que suponía el pago por el culpable de la cantidad (“busse”) estipulada con el lesionado como contraprestación por el desistimiento de la venganza (importe que solía estar constituido por el precio de la persona, “veregildo” o “welgeld”, variando según la edad, sexo, y condición del ofensor, y el daño sufrido por la víctima)⁶.

- 5 Tácito cuenta, incluso, como la institución de la adopción sirvió para garantizar la seguridad de la familia en aquellos casos en que los padres no tenían hijos naturales, ejerciendo el hijo adoptivo la venganza de sangre. *Id.*, sobre el Derecho de esta época, STERNBERG, T.: *Introducción a la ciencia del Derecho*, (traducción de la segunda edición alemana por J. Rovira Ermengol), editorial Labor, Barcelona, 1930, págs.34 y ss; MOMMSEN, T.: *El Derecho Penal Romano*, vol.I, *cit.*, págs.17 y ss; GARCÍA MAYNEZ, E.: *Introducción al estudio del Derecho*, editorial Porrúa, vigésimo-primer edición, México, 1973, pág.296; RODRIGO RAMÍREZ, G.: *La victimología. Estudio de la víctima del delito, su función en la prevención y control de la criminalidad*, editorial Temis, Bogotá, 1983, págs.47 y ss; VALIÑO, E.: *Instituciones de Derecho Romano*, Valencia, 1987, págs.83, 207 y 314; BRÄHMEN, S.: *Wesen und Funktion des Strafantrags*, Schmidt Römhild, Germany, 1994, págs.43 y ss; y PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J.M.: *Breviario...*, *cit.*, págs.84 y 85.
- 6 Además de esta cuantía el culpable pagaba al jefe de la tribu el “fredum” o precio por la protección concedida frente a la venganza del ofendido. *Id.*, en torno al Derecho germánico, PESSINA, E.: *Enciclopedia del Diritto Penale italiano*, vol.I, Milán, 1905, págs.529 y ss; ANTÓN ONECA, J./ DE MIGUEL GARCILÓPEZ, A.: *Derecho Penal. Parte general*, primera edición, Madrid, 1940, págs.317 y ss; SÁNCHEZ TEJERINA, I.: *Derecho Penal español*, tomo I, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1945, págs.413 y ss; MAZEAUD, H./ TUNC, A.: *Traité theorique et pratique de le responsabilité civile...*, *cit.*, pág.30; WELZEL, H.: *Derecho Penal alemán. Parte general*, (traducción del alemán por J. Bustos Ramírez y S. Yáñez Pérez), editorial Jurídica de Chile, undécima edición, Chile, 1970, págs.20 y ss; GARCÍA MAYNEZ, E.: *Introducción al estudio...*, *cit.*, pág.296; PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J.M.: *Breviario...*, *cit.*, pág.86; y LANDROVE DÍAZ, G.: *La moderna victimología*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág.21. En el Derecho Romano la reacción física fue sustituida también por el pago económico obligatorio. *Id.*, D’ORS, A.: *Derecho*

Posteriormente la “compositio” se judicializó, pasando a ser los Jueces los encargados de determinar la suma económica procedente en cada caso. Por otra parte, las disposiciones legales fueron proscribiendo el castigo corporal y aplicando la reparación económica para la mayor parte de los delitos. De esta forma, la progresiva intervención del sector público en el ámbito sancionador fue restringiendo la potestad atribuida a la víctima⁷:

- jurídicamente: se limitó su capacidad de decisión sobre la persecución y sanción de la infracción; quedando asimismo reducida su intervención en el proceso judicial⁸.
- en el plano económico: se le privó de una parte de la condena pecuniaria del ofensor para atribuírsela a la comunidad. La sanción privada inicial derivaría, así, en dos instituciones de naturaleza distinta: la multa y la indemnización⁹.

Privado Romano, ediciones Universidad de Navarra, quinta edición, Pamplona, 1983, págs.424 y ss; y VALIÑO, E.: *Instituciones de Derecho Romano*, cit., págs.310 y 311.

7 Esta restricción no supuso, sin embargo, una racionalización del sistema sancionador sino una sustitución de la antigua venganza privada por lo que Castellanos denominó “venganza pública”. A partir de entonces los Tribunales juzgarían en nombre de la colectividad pero “al servicio de los déspotas y tiranos depositarios de la autoridad y del mando”, imponiendo penas cada vez más crueles e inhumanas. Esta crueldad caracterizaría a nuestro sistema sancionador hasta la segunda mitad del siglo XVIII, momento en que surgió el movimiento de humanización de las penas, encabezado por Beccaría. Vid., CASTELLANOS, F.: *Lineamientos...*, cit., págs.31 y 32.

8 En el Derecho Penal de Roma se aplicó un régimen jurídico distinto a los delitos privados, cuya persecución se dejaba al arbitrio discrecional del perjudicado y de los suyos, y a los delitos públicos, perseguidos de oficio y enjuiciados sin la intervención de la persona ofendida y los miembros de su familia. La progresiva ampliación del círculo de delitos públicos, en detrimento de los privados, supuso la subordinación de la familia o *gens* a la ciudadanía general. Vid., MOMMSEN, T.: *El Derecho Penal Romano*, vol.I, cit., págs.64 y 65.

9 Vid., D’ORS, A.: *Derecho Privado Romano*, cit., págs.86 y 87; HILLENBRAND, S.: “Restitution and victim rights in the 1980s”, en la obra *Victims of crime: problems, policies and programs* (editada por A.J.Lurigio,

No obstante, como ya hemos apuntado, el desplazamiento definitivo del agraviado del ámbito punitivo no se produjo hasta finales de la Edad Media, con la irrupción del *ius puniendi* estatal y la atribución al estado del monopolio de la sanción¹⁰. El moderno Derecho Penal entrañaba una concepción nueva del delito, como atentado contra el orden social¹¹, que se iba a diferenciar netamente del daño privado causado a los perjudicados. El castigo abandonaría, así, su inicial función reparadora e iría adquiriendo una finalidad preventiva¹². Mas, de esta forma

W.G.Skogan, y R.C.Davis), Sage Publications, U.S.A., 1990, pág.189; y PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J.M.: *Breviario...*, cit., pág.86.

- 10 Tellez Aguilera señala como origen de esa nueva concepción la codificación penal de Carlos V, en 1532. *Vid.*, TELLEZ AGUILERA, A.: "Las víctimas del delito en el Derecho español", en *C.P.C.*, núm.49, 1993, pág.134. Sin embargo, sería en el siglo XVIII, con el paso del sistema acusatorio al sistema inquisitivo, cuando se produciría el verdadero desplazamiento del ofendido. A partir de entonces, la víctima desaparecería como parte directamente interesada detrás del acusador público, que independientemente de ella impulsaría la persecución penal en nombre de la sociedad. *Vid.*, en este sentido, EIKENBERRY, K.: "Victims of crime...", en *Wayne L.Rev.*, cit., pág.34; PETERS, T.: "Consideraciones teóricas sobre la victimología", en *Eguzkilore*, núm.2, 1988, págs.109 y 110; LANDROVE DÍAZ, G.: *Victimología*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pág.23; y *La moderna victimología*, cit., pág.21 (del mismo autor).
- 11 No obstante, en un principio el delito sería concebido como un ataque contra el soberano. Es representativa, en este sentido, la frase de FOUCAULT: "El delito, además de su víctima inmediata ataca al Soberano; lo ataca personalmente, ya que la pena vale por la voluntad del Soberano; lo ataca físicamente, ya que la fuerza de la ley es la fuerza del príncipe. La intervención del Soberano no es, pues, un arbitraje entre dos adversarios: es incluso mucho más que una acción para hacer respetar los derechos de cada cual; es su réplica directa contra quien le ofendió". FOUCAULT, M.: *Vigilar y castigar*, editorial Siglo XXI, vigésimo-primer edición en castellano, Madrid, 1992, pág.53.
- 12 *Vid.*, GUTIERREZ-ALVIZ Y CONRADI, F.: "Nuevas perspectivas sobre la situación jurídico-penal y procesal de la víctima", en *P.J.*, núm.18, 1990-I, pág.80; GIMÉNEZ SALINAS, E.: "La conciliación víctima-delincuente como alternativa a la justicia penal", en SORIA VERDE, M.A. (compilador): *La víctima entre la justicia y la delincuencia. Aspectos psicológicos, sociales, jurídicos de la victimización*, editorial PPU, primera edición, Barcelona, 1993, pág.144; GIMÉNEZ PERICÁS, A.: "La neutralización de la víctima y el interés socializado de las víctimas", en *Eguzkilore*, núm.8,

comenzaría también lo que se ha dado en denominar la “neutralización de la víctima”¹³. A partir de entonces el sistema penal se articularía en torno al delincuente, reduciéndose el papel del ofendido, en el proceso penal, al de mero testigo o actor civil¹⁴.

1994, pág.225; CREUS, C.: *Reparación del daño producido por el delito*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1995, págs.21 y ss; SERRANO MAILLO, A.: *La compensación en Derecho Penal*, editorial Dykinson, Madrid, 1996, pág.242; DE VICENTE REMESAL, J.: “La consideración de la víctima a través de la reparación del daño en el Derecho Penal español: posibilidades actuales y perspectivas de futuro”, en la obra *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro-homenaje a Claus Roxin*, (editada por J.M.Silva Sánchez), editorial Bosch, Barcelona, 1997, págs.174 y 175; LANDROVE DÍAZ, G.: *Las consecuencias jurídicas del delito*, editorial Tecnos, cuarta edición, Madrid, 1996, págs.15 y ss; y *La moderna victimología*, cit., pág.21 (del mismo autor); ARMENTA DEU, T.: “Pena y proceso: fines comunes y fines específicos”, en la obra *Política criminal y nuevo Derecho Penal...*, cit., pág.209; BARONA VILAR, S.: *Solución extrajudicial de conflictos. ‘Alternative dispute resolution (A.D.R.)’ y Derecho Procesal*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs.287 y ss; y GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Tratado de criminología*, editorial Tirant lo Blanch, segunda edición, Valencia, 1999, pág.75.

- 13 Pero dicha neutralización no es casual sino que, como dice Hassemer, “el Derecho Penal surgió precisamente con ella”. Vid., HASSEMER, W.: *Fundamentos de Derecho Penal*, editorial Bosch, Barcelona, 1984, págs.92 y ss; HASSEMER, W./ MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pág.29. En términos semejantes MADLENER, K.: “La reparación del daño sufrido por la víctima y el Derecho Penal”, en la obra *Estudios de Derecho Penal y criminología. Libro-homenaje al profesor J.M. Rodríguez Devesa*, tomo II, 1989, págs.9 a 11; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Criminología...*, cit., págs.38 y ss; y CANCIO MELIÁ, M.: *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal*, editorial Bosch, Barcelona, 1998, págs.17 y 18.
- 14 Vid., LANZAROTE MARTÍNEZ, P.A.: “La víctima del delito y el sistema jurídico-penal: ¿hacia un sistema de alternativas?”, en *P.J.*, núm.34, 1994, págs.127 y ss. En forma concluyente, dice LANDROVE DÍAZ que “a partir del momento en que el estado monopoliza la reacción penal, es decir, desde que se prohíbe a las víctimas castigar las lesiones de sus intereses, el papel de las mismas se va difuminando hasta casi desaparecer”. LANDROVE DÍAZ, G.: *Victimología*, cit., pág.23. Maier habla, incluso, de “expropiación” de los derechos de la víctima. Vid., MAIER, J.B.: “La víctima y el sistema penal”, en la obra *De los delitos y de las víctimas*, editorial Ad-Hoc, Argentina, 1992, pág.185. Vid., también, sobre el tema, NEUMAN, E.:

No obstante, tras la II Guerra Mundial, y, sobre todo, a partir de los años 70 se fraguó lo que podría considerarse, quizá, el inicio de una nueva fase en este proceso evolutivo. El aumento de la criminalidad y la victimización, y la creación de asociaciones en defensa de ciertos colectivos (movimiento feminista, especialmente), harían surgir en Estados Unidos un importante movimiento social en defensa de los derechos de las víctimas¹⁵;

Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales, Buenos Aires, 1984, págs.25 y ss.; y BOERS, K./ SESSAR, K.: "Do people really want punishment?. On the relationship between acceptance of restitution, needs for punishment, and fear of crime", en la obra *Developments in crime control research, german studies on victims, offenders and the public*, Springer-Verlog, 1991, pág.126.

- 15 Sobre las causas que desencadenaron el movimiento en defensa de los derechos de las víctimas, *vid.*, HARDING, J.: *Victims and offenders. Needs and responsibilities*, primera edición, Londres, 1982, pág.1; Mc DONALD, W.F.: "The victims's role in the american administration of criminal justice: some developments and findings", en SCHNEIDER, H.J. (coord.): *The victim in international perspective*, editorial Walter de Gruyter, Nueva York, 1982, págs.397 y ss; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A.: "Hacia una redefinición del rol de la víctima en la criminología y en el sistema penal", en la obra *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández Albor*, Santiago de Compostela, 1989, págs.311 y ss; VIANO, C.E.: "The recognition and implementation...", en la obra *The victimology handbook*, *cit.*, págs.320 y ss; EREZ, E.: "Victim participation in sentencing: rethoric and reality", en *Journal of Criminal Justice*, vol.18, 1990, págs.19 y ss; KELLY, D.: "Victim participation in criminal justice system", en la obra *Victims of crime: problems, policies and programs* (editada por A.J.Lurigio, W.G.Skogan, y R.C.Davis), Sage Publications, U.S.A., 1990, págs.173 y ss; MAGUIRE, M./ SHAPLAND, J.: "The victim movement...", en la obra *Victims of crime: problems, policies and programs*, *cit.*, págs.205 y ss; DOERNER, W.G./ LAB, S.P.: *Victimology*, *cit.*, pág.62; y ZEDNER, L., en ESER, A./ WALTHER, S. (coord.): *Reparation in Criminal Law*, vol.57/1, editorial Iuscrim, Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau, 1996, pág.1227. Este autor pone de manifiesto como este movimiento social en un principio demandó una respuesta punitiva más dura para los delincuentes, reclamando, incluso, la aplicación de la pena de muerte. Posteriormente, señala Zedner, cambió su punto de vista, reclamando una reorientación del sistema judicial penal de modo que tuviera en cuenta las necesidades y derechos de la víctima; y CHINCHILLA, L./ RICO, J.M.: *La prevención comunitaria del delito: perspectiva para América Latina*, Center For The

corriente que se extendería a Europa donde, unida al incipiente influjo de la victimología, propiciaría la introducción de numerosas reformas legales e institucionales¹⁶.

Ahora bien, la creciente atención hacia el lesionado no ha derivado sólo en una mejora de su posición jurídica, ha surgido también una corriente doctrinal —*victimodogmática*— que sugiere valorar la influencia de la víctima en la génesis del delito, atenuando o, incluso excluyendo la responsabilidad penal, cuando su comportamiento hubiere contribuido al desencadenamiento del acto ilícito.

Administration of Justice, Florida International University, 1997, págs.3 y ss.

- 16 Incluso señala Rodríguez Manzaneda que “la victimología misma se ha transformado, y de una ciencia etiológica y muy unida a la criminología tradicional ha derivado en una victimología preocupada por los derechos de las víctimas, su atención, auxilio y prevención de la victimización”. RODRÍGUEZ MANZANEDA, L.: *Victimología*, editorial Porrúa, México, 1988, pág.298. En este sentido, resulta de interés el análisis de las distintas etapas de la evolución de aquella disciplina realizado por Fujimoto. Vid., FUJIMOTO, T.: “The victimological study in Japan”, en SCHNEIDER, H.J. (coord.): *The victim in international perspective*, editorial Walter de Gruyter, Nueva York, 1982, págs.128 y ss. (Este autor diferencia cuatro etapas en esta evolución: la primera -“el amanecer de la victimología”- corresponde al inicio de la disciplina; en la segunda -“periodo fundacional de la victimología”- se examina el influjo de la víctima en el desarrollo del delito; en la tercera -“periodo de éxito de la criminología”- destaca la preocupación hacia la víctima; y la última -“periodo de internacionalización”- coincide con los symposia internacionales de victimología). En los últimos años destaca, pues, el papel de los congresos internacionales de victimología. Vid., al respecto, especialmente, GOMEZ, E.: *Tratado de Derecho Penal*, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1939, págs.641 y ss; GIMÉNEZ, J.: “Las víctimas en la administración de justicia”, en la obra *Las víctimas del delito* (varios autores), publicada por el Instituto Vasco de Criminología, 1988, pág.86; ROMERO COLOMA, A.M.: *La víctima frente al sistema jurídico-penal: análisis y valoración*, editorial Serlipost, primera edición, Barcelona, 1994, págs.157 y ss; y GARCÍA BECEDAS, M.J.: “La victimología como ciencia y su trasposición a la realidad a través de las oficinas de ayuda a las víctimas de los delitos (O.A.V.D.)”, en L.L., 1999, págs.1 y ss. Vid., acerca del contenido habitual de estos congresos, CRESSEY, D.R.: “Democracy and the Third International Symposium on Victimology”, en SCHNEIDER, H.J. (coord.): *The victim in international*

Por otra parte, no es difícil intuir que esta preocupación por la parte agraviada no está motivada sólo por el designio de mejorar su situación legal. Como veremos, la reparación del daño se postula ahora como un instrumento idóneo de política criminal, susceptible de ejercer un efecto resocializador sobre el delincuente.

3. LA PROTECCIÓN DEL AGRAVIADO EN LA LEGISLACIÓN HISTÓRICA: UNA BREVE REFERENCIA AL DERECHO PRE-CODIFICADO SOBRE LA MATERIA

I. Generalidades

A continuación haremos referencia a algunas de las normas históricas que positivizaron las diferentes modalidades de sanción que hemos apuntado, y que han dejado constancia de la evolución del papel asignado al ofendido en los sucesivos ordenamientos jurídicos. Como veremos, en dichas disposiciones son escasas las referencias a la venganza privada, lo que pone de manifiesto que esa forma ilimitada de castigo fue desplazada pronto por otras modalidades de reparación. No obstante, la coexistencia de culturas hizo que en nuestro territorio la evolución fuera más tardía que en otros sistemas jurídicos.

perspective, cit., págs.503 y ss; y VIANO, E.C.: "Theoretical issues and practical concerns for future research in victimology", en *Victimology: an International Journal*, vol.10, U.S.A., 1985, págs.736 y ss. No obstante, en el siglo pasado se había enfatizado ya en el tema de la víctima en varios congresos internacionales. Así, por ejemplo, fue en éstos donde Garófalo formuló su propuesta de sustitución de las penas cortas privativas de libertad por un "sucedáneo de pena", consistente en exigir al culpable el pago de una multa, cuyos destinatarios serían el perjudicado y el estado. *Vid.*, GARO-FALO, R.: "Indemnización a las víctimas del delito", (traducción de Dorado Montero), en la obra *Criminología*, Madrid, 1887, págs.61 y ss.

Así, en el Derecho de Mesopotamia (cuyo origen se remonta al año 3.500 a.C.) la composición económica presidió el sistema sancionador. Las primeras leyes de este Derecho —los Códigos de Urnammu, Shulgi, Lipit Ishtar, etc.— adoptaron plenamente dicho tipo de castigo, admitiendo la autodefensa sólo excepcionalmente¹⁷.

Más tarde, el Código de Hammurabi (1792-1750 a.C.) introdujo la “ley del talión”:

*“si un señor ha reventado un ojo de otro señor, se le reventará su ojo... si un señor ha roto un hueso de otro señor, se le romperá su hueso si un señor ha desprendido de un golpe un diente de otro señor de su mismo rango, se le desprenderá uno de sus dientes...”*¹⁸.

A pesar de su apariencia bárbara e inhumana, esta norma surgió para limitar el poder sancionador de la víctima, prohibiéndole que infiriera al ofensor un daño superior al que de él hubiere recibido¹⁹.

17 *Vid.*, *Los primeros Códigos de la humanidad*, (estudio preliminar, traducción y notas de Federico Lara Peinado y Federico Lara González), editorial Tecnos, Madrid, 1994, págs.XXV y ss; y VAN NESS, D.V.: “Restorative justice”, en GALAWAY, B./ HUDSON, J.: *Criminal justice, restitution and reconciliation*, Willow Tree Press, U.S.A., 1990, pág.7.

18 *Vid.*, *Código de Hammurabi*, (estudio preliminar, traducción y notas de Federico Lara Peinado), editorial Tecnos, segunda edición, Madrid, 1992, págs.33 y ss. Rev. XVII (40, & 196), (50, & 197) y (60, & 200).

19 El verdadero sentido de tal norma se hallaba en tres palabras no mencionadas por el texto originario: “no más de” un ojo por un ojo *Vid.*, respecto al principio taliónico, LARDIZÁBAL Y URIBE, M.: *Discurso sobre las penas*, Madrid, 1782, págs.152 y ss. (“El supremo legislador, conociendo la violentísima inclinación de los Judíos a vengar sus injurias, así como por su dureza y obstinación tuvo ciertas indulgencias con ellos en algunas leyes, les dio también la del talión, para moderar en algún modo, y poner límite a sus venganzas”); CARNELUTTI, F.: *El problema de la pena* (traducción de Sentis Melendo), editorial E.J.E.A., Buenos Aires, 1956, págs.32 y 33; FRUHAUF, L.: *Wiedergutmachung zwischen Täter und Opfer*, Gelsenkirchen, 1988, págs.8 y ss; PERIS RIERA, J.M.: “Aproximación a la victimología, su justificación frente a la criminología”, en *C.P.C.*, núm.34,

Por otra parte, dicha ley únicamente se aplicó a las lesiones físicas, y tan sólo cuando el ofendido pertenecía a la clase social superior. En caso de ser inferior el lesionado, la sanción consistiría en el pago de una cantidad proporcional al daño causado (cuantía que de ser esclavo el agredido percibiría su señor). El castigo más común en el Código era el resarcimiento económico²⁰, que algunas veces asumía, incluso, la colectividad entera²¹.

La Ley Mosaica recogió también la “ley del talión” en los delitos de lesiones, aunque en la práctica primó la compensación en metálico sobre la reacción física²².

1988, pág.94; PERIS RIERA, J.M.: “Algunas consideraciones victimológicas”, en la obra *Estudios en recuerdo de la profesora Silvia Romeu Alfaro*, tomo II, Universidad de Valencia, 1989, pág.724; DRAPKIN, J.: “El derecho de las víctimas”, en *A.D.P.C.P.*, tomo XXXIII, 1980, pág.376; y TUNC, A.: *La responsabilité civile*, editorial Económica, segunda edición, París, 1989, pág.53

- 20 “*si (el señor) ha reventado el ojo de un subalterno o ha roto el hueso de un subalterno, pesará una mina de plata si ha reventado el ojo de un esclavo de un particular o ha roto el hueso del esclavo de un particular, pesará la mitad de su precio si ha desprendido de un golpe el diente de un subalterno, pesará un tercio de mina de plata*”. *Código de Hammurabi*, cit., págs.33 y ss. Rev. XVII (50, & 198), (60, & 199), (70, 201).

El hecho de que se aplicara a estos delitos una mera sanción económica cuando el ofendido no perteneciera a la clase social superior ponía de manifiesto, a juicio de Walter Kaufmann, que la pena no tenía una finalidad retributiva. Las menciones que la ley hacía a la pena de muerte, y en general, a la “ley del talión”, respondían, pues, al intento de aproximar el castigo al crimen. *Vid.*, KAUFMANN, W.: “Retribution and the ethics of punishment”, en la obra *Assesing the criminal, restitution, retribution, and the legal process*, Cambridge, 1977, págs.212 y ss.

- 21 Tal era el caso del robo, cuando no hubiera sido descubierto el ladrón: “*si el bandido no es prendido, el señor que ha sido robado declarará oficialmente delante de Dios lo perdido; después, la ciudad y el gobernador en cuyo territorio y jurisdicción se cometió el bandidaje, le compensarán lo perdido*”. *Vid.*, *Código de Hammurabi*, cit., pág.9, ANV. IX (30, & 23).
- 22 *Vid.*, JORDÁN MONTAÑÉS, M.: *Delitos y faltas en la Ley Mosaica*, Madrid, 1952, págs.9 y 10; y *Código de Hammurabi*, cit., págs.CVII y ss.

En nuestro territorio²³ la generalización del sistema “compositorio” fue más tardía, aplicándose la venganza física de un modo prácticamente ilimitado hasta la Ley de las XII Tablas²⁴. Esta norma (promulgada alrededor del año 450 a.C.) prescribió el pago pecuniario para la mayor parte de los delitos, diferenciando entre “damnum” o “poena” según la infracción hubiese consistido en un hurto o daño a una cosa, o en una lesión física grave²⁵, en ambos casos, la suma abonada por el culpable se entregaba al ofendido²⁶. No obstante, se siguió admitiendo la

23 Señala Jiménez de Asúa que el Derecho Penal de Roma fue aplicado en nuestra península, tras la conquista (133 a.C), “sin ninguna particularidad”. *Vid.*, JIMÉNEZ DE ASUA, L.: *El criminalista*, tomo II, Buenos Aires, 1958, págs.58 y ss. No obstante, esta apreciación debe ser matizada. Ha de tenerse en cuenta que tras la colonización, e implantado ya en nuestro territorio el Derecho Romano, siguió subsistiendo el derecho consuetudinario de los pueblos sometidos a su hegemonía política. A ello hay que añadir que, junto al Derecho Romano oficial surgió el denominado Derecho Romano “vulgar”, que se apartó de la interpretación correcta de la fuentes clásicas. Por otra parte, la aplicación del Derecho de Roma no fue uniforme en las distintas regiones de nuestro país. En consecuencia, la evolución que hemos señalado en el texto, referida únicamente al Derecho Romano oficial, variaría notablemente de unas zonas a otras. *Vid.*, en relación con la aplicación del Derecho Romano, TOMÁS y VALIENTE, F.: *Manual de historia del Derecho español*, en *Obras Completas*, tomo II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, págs.997 y ss; y FERNÁNDEZ ESPINAR, R.: *Manual de historia del derecho español. I. Las fuentes*, *cit.*, págs.111 y ss.

24 En la literatura griega encontramos ejemplos de la libertad de decisión que se otorgaba al agraviado sobre el castigo de la víctima. Así, en la *Iliada*, libro IX, Ajax reprocha a Aquiles el no haber aceptado la oferta de reparación hecha por Agamenón y le hace presente que incluso la muerte de un hermano puede ser apaciguada por una compensación económica y que el homicida, habiendo pagado la multa, puede permanecer en su casa, libre entre su propia gente. *Vid.*, HOMERO: *La Iliada*, editorial Espasa-Calpe, décimo-cuarta edición, Madrid, 1983, pág.99.

25 *Vid.*, MOMMSEN, T.: *El Derecho Penal Romano*, vol.I, *cit.*, pág.15.

26 Pena y reparación se equiparaban, pues, en estos casos, primando en ellos la finalidad reparadora del castigo sobre la ejemplarizante. *Vid.*, en torno al significado que en Roma tuvo la sanción pecuniaria, DU BOYS, A.: *Historia del Derecho Criminal de los pueblos antiguos*, tomo II, Madrid, 1850, págs.5 y ss; y DE MIGUEL PÉREZ I.: *Derecho Penal. Principios generales*, Universidad Central de Venezuela, 1963, págs.422 y ss.

reacción física en el delito de hurto flagrante²⁷, y las lesiones físicas graves²⁸. En el primero, si el ladrón era libre se entregaba a aquel a quien hubiere robado, si era esclavo se le aplicaba la pena de muerte. Respecto a las lesiones corporales, disponía la ley VIII que quien hubiera roto un miembro a otro, si no llegaba a un arreglo con él, sufriría la "ley del talión". Como vemos, la propia norma trataba de que el castigo físico fuese sustituido por una compensación económica.

A partir de la citada ley la violencia privada fue progresivamente restringida, hasta que en la época post-clásica se consideró antijurídica²⁹. Así, en el Digesto (siglo VI

27 "*Ex ceteris autem manifestis furibus liberos verberari addicique iusserunt (sc. decemviri) ei cui furtum factum esset, si modo id luci fecissent neque se telo defendissent; servos item furti manifesti prensos verberibus adfici ei e saxo praecipitari, sed pueros impuberes praetoris arbitratu verberari voluerunt noxiamque ab his factam sarciri*" (al hablar de "los demás ladrones manifestos" se está refiriendo a los casos de legítima defensa). *Ley de las Doce Tablas*, (edición y traducción de A. Ruiz Castellanos), primera edición, Madrid, 1992, VIII 14 (Gell. 11.18.8).

Además, si se trataba de un robo con nocturnidad la muerte del ladrón se consideraba legítima:

"*Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto*", *Ley de las Doce Tablas*, cit., VIII 12 (Macr. Sat. 1.4.19).

28 "*Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto*", *Ley de las Doce Tablas*, cit., VIII 2 (Fest. 496-550; Gell. 20.1.14).

29 En el Derecho Romano, el tránsito de uno a otro tipo de reacción punitiva se produjo en una serie de etapas diferenciadas. La autodefensa se ejerció libremente, hasta la Ley de las XII Tablas; hasta entonces, la sustitución de la venganza física por dinero o bienes quedó a la libre voluntad de la víctima. En la época de la citada norma surgieron, sin embargo, las denominadas "acciones de la ley", que constituyeron formas de adaptación legal de la antigua violencia privada, concretadas en ritos y gestos que pronunciaban los litigantes; con ellas, la autodefensa fue notablemente restringida. Esta restricción se acentuó con el procedimiento formulario (alrededor del año 130 a.C.). Y, finalmente, en la época post-clásica (año 230 d.C.), el proceso adquirió carácter público, con la generalización del procedimiento cognitorio y la venganza se consideró, ya, antijurídica. *Vid.*, MOMMSEN, T.: *El Derecho Penal Romano*, cit., págs. 15 y 453; NUÑEZ, R.C.: *Manual de Derecho Penal. Parte general*, ediciones Lerner, Buenos Aires, 1972, págs. 13 y ss; y VALINO, E.: *Instituciones de Derecho Romano*, cit., págs. 310 y 311. Asimismo, la potestad sancionadora que durante siglos

d.C.)³⁰ la venganza física había sido sustituida por la pena pecuniaria³¹. Únicamente quedaba algún resquicio del primitivo sistema sancionador en la regulación que el texto justiniano hacía de las acciones “noxales”, permitiendo al “pater familias” librarse de responsabilidad por los daños ocasionados por personas

había ejercido el pater familias de modo ilimitado sobre sus “filii”, sufrió también una limitación progresiva. El “derecho de vida o muerte” atribuido al pater sobre su esposa e hijos, para el caso en que éstos causaran daños, se vio sometido a un importante freno en la época clásica: tal derecho debería ser ejercido con mesura (“pietas”); en caso contrario, el propio pater sería sancionado. Finalmente, en la época post-clásica, dicho derecho fue definitivamente suprimido. *Vid.*, DU BOYS, A.: *Historia del Derecho Criminal...*, tomo II, *cit.*, págs.170 y ss; MAKAREWICZ, J.: *La evolución de la pena* (traducción de M.J. Martínez Reus), Madrid, 1907, pág.74; PÉREZ LLANTADA, F./ GUTIERREZ, S.J.: *Visión histórica de la responsabilidad penal*, Universidad de Venezuela, Cuadernos del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Caracas, 1972, págs.13 y ss; y MONTANOS FERRÍN, E./ SÁNCHEZ-ARCILLA, J.: *Estudios de historia del Derecho Criminal*, editorial Dykinson, Madrid, 1990, págs.17 y ss.

30 El descubrimiento de este texto en la segunda mitad del siglo XI motivaría el estudio que daría lugar a la “recepción del Derecho Romano” en nuestra península. De ahí que debamos, al menos mencionarlo, en este lugar.

31 El perjudicado por el delito disponía de dos tipos de acciones acumulables entre sí: la acción penal para solicitar la aplicación de una pena en concepto de castigo al culpable, sanción que no incluía el resarcimiento, pero que se entregaba al ofendido; y la correspondiente acción reipersecutoria, para reintegrar al patrimonio del agraviado el valor del daño que lo había disminuido. Por ejemplo, respecto al delito de hurto, el texto declaraba expresamente que el que sufriera este delito dispondría de la acción penal de hurto y la condicción, la acción reivindicatoria y la acción exhibitoria:

“furti actio poenam petit legitimam, condictio rem ipsam, ea res facit, ut neque furti actio per conditionem neque condictio per furti actionem consumatur, is itaque, cui furtum factum est, habet actionem furti et condictionem et uindicationem, habet et ad exhibendum actionem”. *Digesto de Justiniano* (versión castellana de D’Ors, F.Hernández-Tejero, P.Fuenteseca, M.García Garrido, y J.Burillo), Pamplona, 1968, D.13,1,7,2 (Ulp.42 Sab).

Algunas veces, sin embargo, la propia pena contenía ya el resarcimiento del daño, hallándose la acción penal, denominada en estos casos “acción mixta”, en concurrencia alternativa, no acumulable, con las reipersecutorias. *Vid.*, D’ORS, A.: *Derecho Privado Romano*, *cit.*, pág.312.

sometidas a la potestad doméstica mediante la entrega al agraviado de la persona del ofensor³².

La llegada a España de los visigodos (en el siglo V) no supuso una alteración del Derecho positivo aplicado hasta entonces. Las leyes visigodas recogieron en sus textos las normas de la legislación romana, constituyendo, así, un mero apéndice a este Derecho³³. Ahora bien, en la práctica se produjo un recrudecimiento de las relaciones entre agresor y ofendido, con la aplicación de las cerriles costumbres propias del derecho consuetudinario primitivo³⁴.

32 No obstante, aquel texto sólo regulaba estas acciones con relación a los daños o delitos cometidos por esclavos, no se extendía a los que pudiera realizar un hijo de familia, como en épocas anteriores:

“noxales actiones appellantur, quae non ex contractu, sed ex noxa atque maleficio seruorum aduersus nos instituntur: quarum actionum uis et potestas haec est, ut, si dammati fuerimus, liceat nobis deditione ipsius corporis quod deliquerit euitare litis aestimationem”. (“Se llaman acciones noxales las que se instituyen contra nosotros, no en virtud de un contrato, sino de un daño y delito de los esclavos. La fuerza y el poder de estas acciones consiste en que si hubiésemos sido condenados se nos permitirá eludir la estimación del litigio mediante la entrega del mismo cuerpo del que hubiere delinquido”). *Digesto de Justiniano, cit.*, D.9,4,1 (Gai.2 ed.prov.).

33 El Código de Eurico (promulgado alrededor del año 475 d.C.) era una síntesis de las costumbres germánicas; pero, al mismo tiempo, estaba fuertemente romanizado. El Breviario de Alarico II (506 d.C.) constituía un recopilación de las leyes romanas post-clásicas; y el Código de Leovigildo no era más que una reforma del de Eurico. *Vid.*, en relación con derecho de esta época, TOMÁS y VALIENTE, J.: Manual de historia..., en *Obras completas*, tomo II, *cit.*, págs.1015 y ss; GARCÍA GALLO, A.: *Manual de historia del Derecho español. II. Antología de fuentes del antiguo Derecho*, Madrid, 1982, págs.165 y ss; FERNÁNDEZ ESPINAR, R.: *Manual de historia del Derecho español. I. Las fuentes, cit.*, págs.168 y ss; y PESET, M. (y otros): *Historia del Derecho*, editorial Artes Gráficas Soler, Valencia, 1994, págs.71 y ss. El Liber Iudiciorum (654 a.C.) se apartó, en cambio, de las leyes romanas, otorgando a la víctima una amplia libertad de reacción frente al ofensor. *Vid.*, QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Compendio de Derecho Penal*, vol.I, editorial Edersa, Madrid, 1958, págs.81 y ss. Pero, como señala Antón Oneca, en la época visigoda dicha ley tuvo escasa aplicación en la práctica. *Vid.*, ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal*, segunda edición (anotada y corregida por J.J. Hernández Guijarro y L.Beneytez Merino), editorial Akal, Madrid, 1986, pág.68.

34 *Vid.*, en este sentido, ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal, cit.*, pág.68.

Durante la Edad Media se castigó doblemente al ofensor: de modo físico, por lo regular con la tortura, y económico, pues tras el delito se despojaba al culpable de todas sus pertenencias³⁵. Mas, junto a ello, los textos punitivos incorporaron a su articulado el derecho popular, autorizando legalmente la venganza física, bajo la institución de la “inimicitia” (situación de enemistad entre el delincuente y la familia del ofendido)³⁶. De este modo, aun cuando en los Fueros y Partidas la sanción principal fue la “compositio”³⁷, que percibía todavía la víctima o su

35 Estos bienes pasaban, en gran parte, a engrosar las arcas del monarca y del poder eclesiástico. Por ello, Aramburu habla de “venganza religiosa” para referirse a la etapa posterior a la venganza física, incardinada ya en el sistema compositorio, en la que el poder religioso creó numerosos delitos de carácter religioso, que serían castigados por el sistema de composiciones, parte de cuya cantidad se quedaría el clero. Vid., ARAMBURU Y ZULOAGA, F.: *La nueva ciencia penal* (exposición y crítica), Madrid, 1887, pág.188.

36 Vid., ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal*, cit., pág.68.

37 Así, por ejemplo, el Fuero de León disponía que cuando se cometiera algún homicidio en la ciudad, en el caso de fugarse el culpable o de llegar a ocultarse por espacio de nueve días, podía volver a ella con el único requisito de “componerse con sus enemigos”. Igualmente, el Fuero de Daroca, preveía que, en caso de hurto, el culpable debería entregar nueve veces el valor de lo hurtado a su dueño. No obstante, algunos Fueros determinaban ya que, en ciertos casos, se entregaría al rey parte de aquella cantidad. En este sentido, por ejemplo, el Fuero de Calatayud establecía que cuando el ladrón negase su delito y recurriera al duelo judicial y fuese vencido, doblaría lo hurtado para su dueño y pagaría nueve veces su valor a palacio. Vid., DU BOYS, A.: *Historia del Derecho Penal de España*, Madrid, 1872, pág.55; y MINGUIJÓN, S.: *Historia del Derecho español*, editorial Labor, Barcelona, 1927, pág.39. El Fuero Real reconoció también al monarca una parte de la cuantía entregada por el culpable; suma que en muchos casos era superior a la percibida por la propia víctima, como vemos en la regulación del delito de hurto:

“todo home que foradare casa, o quebrantare Iglesia por furtar, muera por ello. E si alguno furtare alguna cosa que vala quarenta maravedís, o dende ayuso, peche las novenas, las dos partes al dueño del furto, é las siete partes al Rey: é si no hubiere de que lo pechar, pierda lo que hubiere, é córtenle las orejas; y esto sea por el primer furto: é si furtare otra vez, muera por ello: é si el furto primero valiere mas de quarenta maravedís, peche las novenas, asi como sobredicho es: e si no hubiere de que lo pechar, cortenle las orejas, y el puño”. Fuero Real de España, en *Los Códigos españoles* (concordados y comentados), tomo I, Imprenta de La Publicidad, Madrid, 1847, pág.406, libro IV, tit.5º, ley 7ª.

familia, encontramos en ellos algunas disposiciones que permiten la autodefensa, especialmente en las ofensas relacionadas con la moral sexual. Así, por ejemplo, se otorgaba a los parientes varones de la mujer adúltera (padres, hermano, y marido, principalmente), el derecho a matarla a ella y a aquel con quien fuere hallada³⁸.

Por otra parte, la institución del duelo privado, surgido en esta época³⁹, supuso la generalización de la venganza privada como vía para solucionar, al margen de la ley⁴⁰, los conflictos

38 “*Si el padre en su casa fallare alguno con su fija, ó el hermano con la hermana, que no haya padre, ni madre, ó el pariente propinquo que en casa la tuviere, puedala matar sin pena, si quisiere, é aquel que con ella fallare: é pueda matar al uno dellos, si quisiere, é dexar al otro*”. El Fuero Real de España, en *Los Códigos...*, tomo I, cit., pág.408, libro IV, tít.7º, ley 6ª;

“*Si muger casada ficiere adulterio, ella y el adulterador, amos sean en poder del marido, é faga dellos lo que quisiere, é de quanto han...*”. El Fuero Real de España, en *Los Códigos...*, tomo I, cit., pág.408, libro IV, tít.7º, ley 1ª;

“*El marido que fallare algund ome vil en su casa ó en otro lugar, yaziendo con su muger, puedelo matar sin pena ninguna...*”. *Las Siete Partidas del sabio rey Don Alfonso*, glosadas por el licenciado Gregorio López, tomo III, Madrid, año MDCCLXXXIX, pág.448, L.13, Tít.17, P.7;

“*A su fija que fuesse casada, fallándola el padre faziendo adulterio con algund ome en su casa mesma, o en la del yerno, puede matar a su fija, e al ome que fallare faziendo enemiga con ella; pero non debue matar al uno e dexar el otro, é si lo fiziere, cae en pena, así como adelante se demuestra...*”. *Las Siete Partidas...*, tomo III, cit., pág.449, L.14, Tít.17, P.7.

39 “Se pretende, que -los duelos- fueron desconocidos en la antigüedad, acaso porque los antiguos no se juntaban sospechosamente armados en los Templos, en los Teatros y con los amigos: acaso porque el duelo era un espectáculo ordinario y común, que los gladiadores esclavos y envilecidos daban al pueblo, y los hombres libres se desdénaban de ser creídos y llamados gladiadores con los particulares desafíos”. BOHESANA, C., MARQUÉS DE BECCARIA, J.: *Tratado de los delitos y de las Penas*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág.52.

40 “En vano -dice Beccaria- los decretos de muerte contra cualquiera que acepta el Duelo han procurado extirpar esta costumbre, que tiene su fundamento en aquello que algunos hombres temen más que la muerte; porque el hombre de honor, privándolo de los sufragios de los otros, se prevé expuesto a una vida meramente solitaria”. BOHESANA, C., MARQUÉS DE BECCARIA, J.: *Tratado de los delitos...*, cit., pág.53. Por su parte, indica Tomás

derivados de ataques contra el honor. De esta forma, la institución del “riepto”, que permitía a los nobles saldar los agravios a su honor mediante el empleo de violencia, en la forma prescrita legalmente, derivó más tarde en otros modos de duelo de carácter privado, denominados “empresas” o “requestas”, mediante los cuales tanto nobles como villanos vengaron sus ofensas al margen de la ley; sistema que pervivió hasta finales del siglo XVIII⁴¹.

Durante la Edad Media y la Edad Moderna convivieron en nuestra península una amplia disparidad de normas; no obstante, nosotros aludiremos tan sólo al Derecho que estaba vigente en el momento de aprobarse el Código Penal de 1822 (y que fue aplicado tras su derogación, hasta la promulgación del Código de 1848)⁴², por ser aquél el que una mayor influencia iba a ejercer en nuestros textos codificados y, por lo tanto, en el Derecho vigente.

Así pues, el Derecho precodificado estuvo constituido por los Fueros (Fuero Real, Fuero Juzgo, y Fueros Municipales), la Novísima Recopilación (1805), y las Partidas⁴³. No

y Valiente que en esta época “casi nunca se acudía a las instituciones judiciales para denunciar el delito, lo más frecuente era la venganza privada”. Pero el castigo físico se ejercía al margen de la ley. TOMÁS y VALIENTE, F.: El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta, en *Obras completas*, tomo I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pág.219.

41 A partir del siglo XVIII, sin embargo, dicha institución fue entrando en desuso debido a un cambio en la política real en defensa del *ius puniendi* estatal, y al simultáneo cambio de mentalidad social, sobre todo en la nobleza. *Vid.*, TOMÁS y VALIENTE, F.: El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta, en *Obras completas*, tomo I, *cit.*, págs.219 y ss.

42 *Vid.*, en este sentido, ANTÓN ONECA, J.: “El Código Penal de 1848 y don Joaquín Francisco Pacheco”, en *A.D.P.C.P.*, tomo XVIII, 1965, págs.473 y ss; ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal*, *cit.*, pág.74; y SAINZ CANTERO, J.A.: *La Ciencia del Derecho Penal y su evolución*, editorial Bosch, Barcelona, 1970, pág.131.

43 Afirma Pacheco que “en el año de gracia de 1800 el Fuero Juzgo, el Fuero Real y las Partidas, comprendían aún nuestros códigos criminales, salvo en lo que especialmente estuviese reformado por especiales disposiciones”. PACHECO, J.F.: *El Código Penal concordado y comentado*, tomo I, cuarta edición, Madrid, 1870, pág.45.

obstante, como puso de manifiesto Lasso Gaité, el orden previsto por el Ordenamiento de Alcalá, es decir, la aplicación de los tres cuerpos legales en el orden señalado, fue alterado en la práctica, de modo que los Tribunales aplicaron las Partidas con carácter preferente a los mencionados Fueros⁴⁴. Y este hecho se pone especialmente de manifiesto en materia de reparación del daño, considerando la doctrina que en este tema fueron básicamente las Leyes de Partidas las que se aplicaron hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1848⁴⁵. Por ello, prestaremos especial atención a la regulación contenida en ellas, haciendo tan solo una sucinta referencia a los otros dos cuerpos legales.

II. Algunos apuntes sobre los derechos del ofendido en los Fueros y en la Novísima Recopilación⁴⁶

En el Fuero Real destaca el carácter personalísimo atribuido a las penas, consagrándose el principio de que nadie debía

44 Vid., SILVELA, L.: *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente*, segunda parte, Madrid, 1879, págs.41 y 42; SAINZ CANTERO, J.A.: *La Ciencia del Derecho Penal...*, cit., pág.131; y LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la codificación española*, vol.I, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1970, págs.15 y 16. ("Al iniciarse el siglo XIX la legislación penal aplicada por los Tribunales era la contenida en la Novísima Recopilación, las Pragmáticas y autos acordados a ella incorporados, y las Partidas como derecho supletorio con preferencia al Fuero Real, al Fuero Juzgo y a los Fueros municipales, a pesar de lo dispuesto en el Ordenamiento de Alcalá"). En el mismo sentido, CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal español. Parte general (I)*, editorial Tecnos, cuarta edición, Madrid, 1994, pág.121.

45 Nosotros seguiremos a García Goyena en nuestra breve referencia al Derecho pre-codificado. Por ello, aludiremos a aquellas normas históricas que dicho autor cita como disposiciones que tuvieron aplicación hasta la entrada en vigor de nuestro primer texto punitivo. Vid., GARCÍA GOYENA, F.: *Código Criminal español* (concordado y comentado con el penal de 1822, el francés y el inglés), tomo I, Madrid, 1843, págs.23 y ss.

46 Sobre estas normas sólo apuntamos algunas características genéricas ya que, en materia de reparación estos cuerpos normativos tuvieron una aplicación escasa. No obstante, como hemos indicado, al referirnos al derecho codificado citaremos algunas disposiciones concretas que rigieron en la práctica.

responder penalmente por el hecho de otro. Así, dice el texto, el padre no debe ser castigado por delito del hijo, ni el hijo por el del padre, etc. Por otro lado, el delito no se considera una ofensa al núcleo familiar, como en épocas anteriores, sino un atentado a la víctima individual. En consonancia con ello, se atribuye al agraviado el derecho a percibir una parte de la condena pecuniaria satisfecha por el infractor. Ahora bien, se aplican sanciones diferentes según el rango social del ofendido o perjudicado⁴⁷.

En el Fuero Juzgo el castigo no se funda ya en la clase social del lesionado sino en la entidad del hecho. Además, la multa sustituye, con carácter general, al talión; no obstante, en algunos casos se dispone que si el condenado a pena de multa no satisface la cuantía impuesta, quedará esclavo del ofendido, quien en algunos delitos podrá disponer de la vida del ofensor⁴⁸.

Por último, la Novísima Recopilación trata de acabar definitivamente con la violencia privada, castigando duramente los duelos y desafíos⁴⁹.

III. La reparación del daño en las Leyes de Partidas

En las Partidas encontramos una declaración genérica de la obligación de resarcir el daño causado, y a continuación, dispersas, varias normas relativas a los sujetos responsables civilmente y al contenido de la responsabilidad. Veamos de modo esquemático tales disposiciones.

47 Vid., DU BOYS, A.: *Historia del Derecho Penal...*, cit., págs.145 y ss.

48 Vid., DU BOYS, A.: *Historia del Derecho Penal...*, cit., págs.533 y ss. Vid., también, LARDIZABAL Y URIBE, M.: *Discurso sobre las penas*, cit., págs.156 y ss.

49 Vid., DU BOYS, A.: *Historia del Derecho Penal...*, cit., págs.546 y ss.

1. Declaración genérica de la obligación de resarcir

Coinciden Groizard y Pacheco en señalar que debe considerarse tal la contenida en la L.13, Tít.14, P.5⁵⁰. Esta norma disponía que el que realizare daños en cosas ajenas quedaría obligado al pago de su cuantía, como si se tratase de otra deuda:

“alfetrias e daños fazen los omes muchas vegadas en las cosas ajenas, cortando arboles, e arrancando viñas, e matando, e firiendo sieruos, e ganados, e en otras maneras semejantes destas. E porende dezimos, que si alguno ouiesse demandada contra otro, por daño o menoscabo, quel ouiesse fecho en algunas destas cosas: que finca obligado el malfechor, al que rescibio el daño, tambien como por otra debda que le ouiesse a dar...”.

Como vemos, la norma estaba ubicada en la Partida V, dedicada a la regulación de la materia civil. Por lo tanto, el legislador parecía considerar que la obligación de resarcir el daño causado era de naturaleza civil, con independencia de que su origen fuera delictivo. No obstante, encontraremos otras normas semejantes entre la normativa penal.

2. Sujetos responsables civilmente

Además del precepto que acabamos de indicar, las Leyes de Partidas preveían también algunos supuestos en que personas sin responsabilidad penal debían responder civilmente por las actuaciones de otros sujetos.

50 Vid., *Las Siete Partidas del sabio rey don Alfonso* (glosadas por el licenciado Gregorio López), tomo II, Madrid, año MDCCLXXXIX, pág.881; PACHECO, J.: *El Código Penal concordado...*, tomo I, cit., pág.276; y GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870, concordado y comentado*, tomo I, segunda edición, Madrid, 1902, pág.692.

En este sentido, debemos citar la L.9, Tít.1º, P.7. Esta disposición regulaba, en primer lugar, la irresponsabilidad por razón de edad, que debía ser inferior a catorce o a diez años y medio, según los casos, para que se aplicara la exención. A continuación, declaraba igualmente exentos “al loco, furioso o desmemoriado”⁵¹. Finalmente, establecía la obligación de los parientes del sujeto exento por falta de diligencia en la custodia, o culpa “in vigilando”, como la denominaría nuestra doctrina:

“pero no sin culpa los parientes dellos, quando non les fazen guardar, de guisa que non puedan fazer mal a otri”.

Con carácter más específico, la L.26, Tít.8, P.5⁵² disponía que los “ostaleros, aluergadores, e marineros” responderían por “las cosas que perdieren en sus casas e en sus navíos”. Para su aplicación, la meritada ley exigía tres presupuestos:

- que las cosas se hubiesen “perdido” en las casas o navíos de aquellos sujetos;
- que hubieran sido introducidas con su conocimiento; y

51 *“Oco menor de catorze años, non puede ser acusado de ningun yerro quel pusiessen, que ouiesse fecho en razón de luxuria. Ca, maguer fe trabajasse de fazer tal yerro como este, non deue ome asmar que lo podría cuplir. E si por auentura acaesciesse que lo cupliesse, non aura entendimeto cumplido para entender, nin saber lo que fazia. E porende non puede ser acusado, nin le deuen dar pena porende. Pero si acaesciesse que este tal otro yerro fiziesse, assi como si friesse o matasse, o furtasse, o otro fecho semefante destos e fuesse mayor de diez años e medio, e menor de catorze: dezimos que bien lo pueden ende acusar: e si aquel yerro le fuere prouado, non le deuen dar tan grand pena en el cuerpo, nin en el auer, como farian a otro que fuesse de mayor edad; ante gela deuen dar muy mas leue. Pero fi fuesse menor de diez años e medio, estonce non le pueden acusar de ningun yerro que fiziesse. Esso mismo dezimos, que seria del loco, o del furioso, o del desmemoriado, que lo non pueden acusar de cosa que fiziesse mientra que le durare la locura. Pero non son sin culpa los parientes dellos, quando non les fazen guardar de guisa que non puedan fazer mal a otri”.* Las Siete Partidas..., tomo III, cit., págs.287 y 288.

52 *Vid., Las Siete Partidas...*, tomo II, cit., págs.750 y 751.

- que concurriere negligencia o engaño por su parte, o fueren robadas por sus dependientes⁵³.

Por su parte, la L.7, Tít.14, P.7⁵⁴, regulaba la responsabilidad del hostelero por el hurto realizado por él, o bajo su mandato o consejo, o por algún dependiente suyo. En este último caso, si el ladrón fuera su siervo, el señor debería optar entre entregarlo al dueño de la cosa hurtada o pagar el doble del valor del bien.

De forma semejante, la L.14, Tít.9, P.7⁵⁵ determinaba que cuando el esclavo causare algún daño el amo debería, bien ponerlo en manos del ofendido, para que éste pudiera castigarlo, bien pagar la suma compensatoria que el Juez señalara. De no hacer ninguna de las dos cosas perdería todo derecho sobre el culpable. Como vemos, el castigo físico seguía siendo legítimo.

Por último, la L.12, Tít.15, P.7⁵⁶ eximía de la obligación de reparar el daño al que lo realizó para salvar la vivienda propia en caso de incendio. La norma constituía, pues, un antecedente de lo que más tarde sería el denominado “estado de necesidad”.

53 La propia ley exime de responsabilidad a los sujetos señalados en los siguientes casos:

“si ante que lo reciba, le dize, que guarde bien sus cosas, que non quiere el ser tenuto de las pechar si se perdiessen. El segundo es, si le mostrare, ante que lo rescibiesse, arca, o casa, e le dize: Si aqui queredes estar, meted en esta casa, o en esta arca, vuestras cosas; e tomad la llaue della, e guardadlas bien. El tercero es si fe perdiessen las cosas por alguna ocasion, q auiniesse: assi como fuego que las quemasse, o por auenidas de rios, o si se derribasse la casa, o peligrasse la naue, o se perdiessen por fuerca de enemigos. Ca perdiendose las cosas por alguna destas maneras sobredichas, que non auiniesse, por engaño o por culpa dellos, estonce non serian tenudos de las pechar”. Las Siete Partidas..., tomo II, cit., pág.751.

54 Vid., *Las Siete Partidas...*, tomo III, cit., pág.396. Vid., también, PACHECO, J.F.: *El Código Penal concordado...*, tomo I, cit., pág.288.

55 Vid., *Las Siete Partidas...*, tomo I, cit., pág.365.

56 Vid., GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870...*, tomo I, cit., pág.714.

3. El contenido de la obligación civil

Es necesario advertir, previamente, que el carácter casuístico de la normativa que examinaremos hace que no encontremos en ella una regulación general y sistemática sobre el tema. Sí hallamos, sin embargo, una ley calificada en la materia, de la que podemos deducir la extensión que para el legislador histórico tuvo la obligación de reparar el daño causado por la infracción desde dos puntos de vista:

- material: conceptos que comprendía; y,
- personal: distribución de la responsabilidad entre los sujetos intervinientes en el delito, y sucesión de personas a las que se extendía.

Nos referimos a la L.20, Tít.14, P.7⁵⁷, que regulaba la responsabilidad civil en el delito de hurto:

“otrosí dezimos que los ladrones, e los herederos dellos, deuen tornar la cosa furtada, con los esquilmos que pudiera llevar su señor; e aun con todos los daños, e los menoscabos que le vinieron por razon de aquella cosa que le furta-ron...”.

Por lo tanto, el contenido de la obligación es claro: no basta la restitución de la cosa sino que deben indemnizarse, además, los perjuicios que el dueño hubiera sufrido a causa del hurto, junto con los frutos y utilidades percibidos.

Respecto a la transmisión de la obligación, la propia norma determinaba expresamente que ésta sería exigible a los herederos del culpable.

En relación con la distribución de la responsabilidad disponía, finalmente, la citada ley, que cuando hubieran interveni-

57 Vid., *Las Siete Partidas...*, tomo III, cit., págs.409 y 410.

do varios sujetos en el delito cada uno de ellos quedaría obligado a la restitución total de la cosa de modo solidario⁵⁸.

Junto a estos preceptos de carácter general, la Partida séptima regulaba, también, las distintas sanciones aplicables a cada uno de los delitos. De esta normativa debemos destacar, por lo que concierne a la víctima, que la cuantía de la multa aplicada a los delitos contra la propiedad era entregada, todavía, al perjudicado⁵⁹, y que en las infracciones contra el honor se admitía, excepcionalmente, el empleo de la fuerza por el afectado en su honra⁶⁰.

En consecuencia, castigo y reparación del daño se entremezclaron en este ordenamiento. Los derechos del agraviado se regularon, a veces, en la normativa civil, mientras otras se ubicaron entre los preceptos penales. Por otra parte, la víctima seguía contando en muchos casos con la facultad de decidir la sanción a imponer, permitiéndosele, incluso, recurrir a la venganza física.

58 *“E aun dezimos, que acertandose muchos omes en furtar vna cosa, cada uno dellos es tenuto de la pechar a su dueño. Mas si el vno dellos la entregasse, o pechasse a su dueño la estimacion della, non la podria despues demandar a los otros, como quier que la pena puede ser demandada a cada vno dellos enteramente, e non se pueden escusar los vnos por los otros”.*

Vid., Las Siete Partidas..., tomo III, *cit.*, págs.409 y 410.

59 *Vid., Las Siete Partidas...*, tomo III, *cit.*, pág.388, L.3, Tít.13, P.7.

60 *Vid., Las Siete Partidas...*, tomo III, *cit.*, pág.448, L.13, Tít.17, P.7.

4. LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN LOS TEXTOS CODIFICADOS

I. El Código Penal de 1822

I. Consideraciones previas

El texto punitivo de 1822 supuso, como es sabido, el inicio de la codificación penal en España⁶¹. De vigencia controver-

61 No obstante, el origen del movimiento codificador en Europa, y también en nuestro país, hay que situarlo en el último tercio del siglo XVIII. Fue entonces, y como consecuencia de la expansión de las ideas reformistas surgidas de la Ilustración, cuando los diferentes países europeos elaboraron sus primeros Códigos. Dichos textos que constituyeron un fiel reflejo de las ideas propugnadas por los autores utilitaristas, especialmente por Beccaria (la idea de que las penas sólo deben ser aplicadas si son "necesarias" de acuerdo con su finalidad preventiva y que han de ser "proporcionales" y "útiles" primó en estos textos). Respecto a la doctrina mantenida por Beccaria en torno al sistema de penas, *Vid.*, BOHESANA, C., MARQUÉS DE BECCARIA, J.: *Tratado de los delitos...*, págs. XIX (perteneciente a la "presentación" de la obra, escrita por don Fco. Tomás y Valiente), 12, 59, 135-136, y 146, principalmente; ANTÓN ONECA, J.: "Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración", en *Separata de la R.E.P.*, núm. 166, 1965, págs. 418 y ss; y TORÍO LÓPEZ, A.: "Beccaria y la inquisición española", en *A.D.P.C.P.*, tomo XXIV, 1971, págs. 391 y ss. Sobre la influencia del autor en el origen de la codificación, *Vid.*, también, TORRES MENA, J.: "Los desenvolvimientos de la codificación", en *R.G.L.J.*, 1874, pág. 197; PESSINA, E.: *Elementos de Derecho Penal*, (traducción del italiano por H. González del Castillo), parte primera, Madrid, 1892, págs. 35 y ss; ANTÓN ONECA, J./ DE MIGUEL GARCILOPEZ, A.: *Derecho Penal. Parte general*, *cit.*, págs. 18 y ss; y ASÚA BATARRITA, A.: "Reivindicación o superación del pensamiento de Beccaria", en la obra *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad* (varios autores), Universidad de Deusto, Bilbao, 1990, págs. 9 y ss, entre otros. En España, aunque el primer Código Penal que vio la luz fue el de 1822, se había producido ya, a finales del siglo anterior, un primer intento codificador. Nos referimos al Plan de Código Criminal de 1787, cuyo origen estuvo en la consulta que el Supremo Consejo de Castilla dirigió al monarca Carlos III denunciando la crueldad e ineficacia del sistema de penas entonces vigente. En él se recogieron las ideas utilitaristas aportadas por Lardizabal. Sin embargo, su contenido se refería exclusivamente a la materia penal, sin hacer ninguna alusión a la responsabilidad civil derivada del delito. *Vid.*,

tida⁶², no merece especial atención por sus consecuencias prácticas inmediatas. Sí, en cambio, por la incuestionable influencia que ejerció sobre los Códigos posteriores, tanto liberales como conservadores, ya que en su texto recogió normas de uno y otro carácter. En este sentido, señala Jiménez de Asúa⁶³ que en este cuerpo legal incidieron dos tendencias: por una parte, el Derecho histórico; por otra, la nueva filosofía ilustrada⁶⁴. De esta

CASABÓ RUIZ, J.R.: "Los orígenes de la legislación penal en España: el plan de Código Criminal de 1787", en *A.D.P.C.P.*, tomo XXII, 1969-1, págs.321 y ss; LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la codificación...*, vol.I, cit., págs.17 y ss; y CARDENAL MURILLO, A.: *Primeros ensayos de codificación y principio de culpabilidad en el Derecho español*, en *C.P.C.*, núm.37, 1989, págs.5 y ss. Del Rosal se planteó, incluso, la posible existencia de otro intento codificador anterior al señalado, constituido por la "suma de leyes" elaborada por Pradilla en 1621. *Id.*, al respecto, DEL ROSAL, J.: "Acerca de un supuesto Código Penal del siglo XVII", en *R.G.L.J.*, 1943-I, págs.614 y ss.

- 62 Casabó Ruiz aporta resoluciones judiciales que demuestran que, aunque en casos aislados, el texto llegó a aplicarse en la práctica jurisprudencial. *Id.*, al respecto, CASABÓ RUIZ, J.R.: "La aplicación del Código Penal de 1822", en *A.D.P.C.P.*, tomo XXXII, 1979, págs.337 y ss. *Id.*, en el mismo sentido, CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal...*, cit., pág.118. No obstante, un amplio sector de nuestra doctrina muestra dudas acerca de su aplicación efectiva. *Id.*, al respecto, ALONSO y ALONSO, J.: "De la vigencia y aplicación del Código Penal de 1822", en *R.E.P.*, núm.11, 1946, págs.2 y ss; ANTÓN ONECA, J.: "Historia del Código Penal de 1822", en *A.D.P.C.P.*, tomo XVIII, 1965, pág.275; TOMÁS y VALIENTE, F.: *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*, en *Obras Completas*, tomo I, cit., pág.111. ("El Código Penal de 1822 se elaborará durante el trienio liberal y morirá al día siguiente de su nacimiento, si éste llegó a producirse..."); y ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: "Contribución al estudio sobre la aplicación del Código Penal de 1822", en *C.P.C.*, núm.5, 1978, págs.229 y ss, entre otros.
- 63 JIMÉNEZ DE ASUA, L.: *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, Buenos Aires, 1950, págs.572 y 573.
- 64 La mayor influencia doctrinal provino, sin duda, de Bentham, Beccaria, Filangieri, Bexon, Lardizábal, e, incluso, de Montesquieu. Dichos autores fueron citados a lo largo de las discusiones de la Comisión sobre el articulado del texto punitivo. *Id.*, *Diario de discusiones y actas de las Cortes extraordinarias de 1821* (discusión del proyecto de Código Penal), tomo I, Imprenta Nacional, 1822, págs. 210 a 216; y tomo II (de la misma editorial y año), págs.115 a 118, 138 a 139, y 373, entre otras. La doctrina no es unánime acerca de cual fuere el autor más influyente de los citados. Calatrava

forma, la influencia de autores como bentham, fiel reflejo de la mentalidad de la época, llevaría a perseguir todavía la finalidad preventiva a través de la ejemplariedad de algunas penas (especialmente la de muerte). Con carácter general, sin embargo, el principio de legalidad proclamado en el texto permitiría sustituir los castigos crueles y arbitrarios que caracterizaron al sistema punitivo del Antiguo Régimen, por penas proporcionadas al delito cometido⁶⁵ que, acompañadas de los requisitos de prontitud⁶⁶ y certeza⁶⁷, ejercerían en los ciudadanos su finalidad admonitoria.

(miembro de la Comisión) destacó la trascendencia de las obras de Bentham, Filangieri y Bexon. *Vid.*, *Diario de discusiones y actas de las Cortes extraordinarias de 1821*, tomo I, *cit.*, pág.211. Sin embargo, no debemos restar por ello importancia a los demás autores mencionados. *Vid.*, al respecto, ANTÓN ONECA, J.: "Historia del Código de 1822", en *A.D.P.C.P.*, *cit.*, pág.271; SAINZ CANTERO, J.M.: "El informe de la Universidad de Granada sobre el proyecto que dio lugar al Código Penal de 1822", en *A.D.P.C.P.*, tomo XX, 1967, pág.517; CUELLO CONTRERAS, J.: "Análisis de un informe anónimo aparecido en Sevilla sobre el proyecto de Código Penal de 1822", en *A.D.P.C.P.*, tomo XXX, 1977, pág.83; y CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal...*, *cit.*, pág.119. Por otra parte, no debe olvidarse tampoco la notable influencia que en la elaboración del texto tuvo el Código Penal francés de 1810. *Vid.*, *Diario de discusiones y actas de las Cortes extraordinarias de 1821*, tomo I, *cit.*, pág.211.

- 65 En este sentido, por ejemplo, proclamaba Lardizábal la "indispensable necesidad de reformar las leyes criminales, de mitigar su severidad, de establecer penas proporcionadas a la naturaleza de los delitos". LARDIZABAL Y URIBE, M.: *Discurso sobre las penas*, *cit.*, pág.IX.
- 66 "Es, pues, de suma importancia -decía Beccaria- la proximidad de la pena al delito, si se quiere que en los rudos entendimientos vulgares a la pintura seduciente de un delito ventajoso asombre inmediatamente la idea asociada de la pena. La retardación no produce mas efecto que desunir cada vez mas las dos ideas". BOHESANA, C., MARQUÉS DE BECCARIA, J.: *Tratado de los delitos y de las Penas*, *cit.*, pág.107.
- 67 "No es la crueldad de las penas uno de los mas grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas, y por consiguiente la vigilancia de los Magistrados, y aquella severidad inexorable del Juez, que para ser virtud util, debe estar acompañada de una legislacion suave.La certidumbre del castigo, aunque moderado, hará siempre mayor impresion, que el temor de otro mas terrible, unido con la esperanza de la impunidad; porque los males, aunque pequeños, quando son ciertos, amedrentan siempre los ánimos de los hombres". BOHESANA, C., MARQUÉS DE BECCARIA, J.: *Tratado de los delitos...*, *cit.*, págs.135 y 136.

En las páginas siguientes nos ocuparemos de las disposiciones relativas a la reparación del daño privado derivado del delito. Quizá sorprenda que una obligación que ya en la legislación anterior se vislumbraba como una prestación civil se regulara en el Código Penal. Esta ubicación, sin embargo, respondió a una circunstancia histórica: la inexistencia de Código Civil en el momento de aprobarse el texto punitivo. El surgimiento del *ius puniendi* estatal y, por ende, la necesidad de deslindar la responsabilidad civil de la responsabilidad penal, hacían apremiante la ordenación de la obligación privada, y, no pareció inoportuno su encuadramiento en el Código Criminal, teniendo en cuenta que se trataba de una consecuencia del hecho delictivo íntimamente ligada a la responsabilidad punitiva. Por otra parte, no debemos negar que existían todavía algunos elementos de confusión entre ambas prestaciones, como veremos al examinar el articulado del texto. No obstante, este enclave sería utilizado más tarde por un sector doctrinal, junto a otros factores, para defender la naturaleza punitiva de la denominada “responsabilidad civil derivada del delito”.

Mas, antes de analizar los preceptos concretos que el Código dedicó a esta materia señalaremos, en líneas generales, los grandes cambios que la aprobación del nuevo cuerpo normativo entrañó para la víctima. En este sentido, las reformas más importantes, fueron, a nuestro juicio, las siguientes:

A) En primer lugar, el texto punitivo supuso una notable limitación de la capacidad de decisión del agraviado sobre las consecuencias jurídicas del delito: el Derecho histórico le había concedido la posibilidad de decidir, en muchos casos, el tipo de castigo a aplicar al ofensor. Por el contrario, el principio de legalidad acogido en la nueva ley hizo que en él quedara determinada de antemano la sanción correspondiente a cada delito.

B) En segundo lugar, se introdujo la oportuna separación entre responsabilidad civil y responsabilidad penal.

C) Por último, las vías de reparación del daño quedaron prácticamente reducidas al resarcimiento económico.

Veamos a continuación cada uno de los puntos.

A) Limitación de la capacidad de decisión de la víctima sobre las consecuencias jurídicas del delito

En el Derecho Penal anterior al Código de 1822 podíamos encontrar aún disposiciones que atribuían al ofendido derechos ilimitados sobre el ofensor. Así ocurría, por ejemplo, en caso de envenenamiento fallido:

“si por ventura escapar de morte aquel que las bibió (las `ervas`), el que las dio debe ser metudo en so poder que faga del lo que quisier”⁶⁸.

El artículo 28 del precitado texto punitivo ponía fin a esta barbarie:

“a ningún delito, ni por ningunas circunstancias (excepto en los casos reservados a los fueros eclesiástico y militar) se aplicarán en España otras penas que las siguientes...”.

En la clasificación que a continuación hacía esta norma, se recogían todavía la pena de muerte y los trabajos perpetuos, pero estas sanciones sólo podrían aplicarse en los casos expresamente previstos en la ley. La codificación ponía, así, punto y final a varios siglos de predominio de la voluntad de la víctima en el sistema sancionador.

B) Separación de las responsabilidades civil y penal derivadas del delito

Como vimos, ambas obligaciones se entremezclaron en el derecho histórico, como consecuencia de la confusión reinante entre los daños de diferente naturaleza ocasionados por el

⁶⁸ *Leyes del Fuero Juzgo*, (segunda edición de la traducción al castellano por don Isidoro de Hernández Pacheco), Madrid, año MDCCXCII, lib.6, tít.2, ley 2ª. Ley que García Goyena cita como vigente hasta la entrada en vigor de nuestros textos codificados. *Vid.*, GARCÍA GOYENA, F.: *Código Criminal español* (concordado y comentado con el Penal de 1822, el francés y el inglés), tomo II, Madrid, 1843, pág.78.

hecho delictivo. Así por ejemplo, se aplicó en algunos supuestos con carácter de pena la sanción de “dotar” a la mujer que hubiese sido lesionada en su honor. Este fue el caso de la mujer retenida para la prostitución⁶⁹. Otras veces, la dote se añadió a la sanción penal, actuando entonces como responsabilidad civil⁷⁰.

Pero todavía resultaba más clara la equiparación de sanciones cuando en aquel Derecho se otorgaba al perjudicado la facultad de disponer de la vida del ofensor⁷¹. Con ello se consideraba restablecida la paz social. Sin diferenciar, por tanto, el daño público del meramente privado, la sanción penal de la civil. Y sin reservar, tampoco, la ejecución de la pena a ningún órgano público.

Por otra parte, el ordenamiento histórico hizo destinataria a la víctima de las cantidades entregadas por el delincuente en concepto de pena pecuniaria⁷². Incluso se permitió en algunas ocasiones que fuera la parte ofendida la que optara entre la incoación de un procedimiento criminal o la obtención del resarcimiento económico⁷³.

Pues bien, el legislador de 1822 delimitó ambos tipos de sanciones, penal y civil, regulando taxativamente cada una de ellas. El artículo 28, tras regular las penas pecuniarias, declaraba que éstas debían entenderse “sin perjuicio de la indemniza-

69 *Vid., Las Siete Partidas...*, tomo III, *cit.*, págs.458 y 459, L.II, Tít.21, P.7.

70 En este sentido García Goyena, al hablar de la práctica judicial en materia de estupro, advierte que los Tribunales ofrecían al culpable la posibilidad de casarse con la estuprada para liberarse de la “dote y la pena”. *Vid., GARCÍA GOYENA, F.: Código Criminal...*, tomo II, *cit.*, pág.155.

71 *Vid., Las Siete Partidas...*, tomo III, *cit.*, págs.348 y 349, L.3, Tít.8, P.7.

72 *Vid., Las Siete Partidas...*, tomo III, *cit.*, págs.343 y 344, L.7, Tít.7, P.7. *Vid., también, Novísima Recopilación de las leyes de España*, tomo V, Madrid, 1805, pág.416, Lib.12, Tít.25, L.1.

73 Así se preveía para los casos en que el ofendido hubiera sufrido injurias o deshonor de otro, en *Las Siete Partidas...*, tomo III, *cit.*, págs.360 y 361, L.6, Tít.9, P.7. Igualmente, en el delito de injurias cometido por los hijos contra el padre o la madre, o por los criados contra los amos. *Vid., Novísima...*, tomo V, *cit.*, págs.416 y 417, Lib.12, Tít.25, L.4.

ción de perjuicios y resarcimiento de daños, y del pago de costas judiciales”. Y, esta separación, como vamos a ver, comportaba cambios importantes en el sistema sancionador:

- en primer lugar, los dos tipos de castigos serían irremplazables entre sí;
- en segundo lugar, se reconocía al estado el monopolio exclusivo sobre la ejecución de la pena;
- pero junto a ello se disponía que las multas percibidas ingresarían en el Tesoro público!⁷⁴. El estado se convertía, así, en beneficiario del delito.

C) Reducción de las vías de reparación del daño causado por el hecho delictivo

Sustraídas al ofendido las facultades decisorias y ejecutorias de la sanción, sólo le quedará el derecho al resarcimiento económico, o, excepcionalmente, la reparación moral⁷⁵.

2. El articulado del Código en materia de reparación del daño

Esta regulación surgió como resultado de aplicar a la normativa tradicional las propuestas reformistas. En este sentido, no debemos olvidar las proclamaciones que en materia de responsabilidad civil habían realizado autores tan célebres como Bentham o Lardizábal, quienes manifestaron en sus obras la necesidad de que la responsabilidad penal fuera acompañada de

74 Art.88:

“el importe de las multas y de todo lo que se aplique como tal conforme a la ley, se destinará íntegramente para auxiliar el erario nacional en los gastos que exige la Administración de Justicia”.

75 El art.699 del Código Penal de 1822 disponía, para el delito de calumnia, que el culpable, además de sufrir la pena, “se retractará públicamente”. El art.702, relativo a las calumnias cometidas “privadamente”, impone también el deber de retractarse, si bien con un ámbito más amplio.

la correspondiente sanción civil. “El resarcimiento constituye, decía Lardizábal, la justa y debida compensación, dictada por la razón y por la naturaleza misma”⁷⁶. El legislador del veintidós, acogiendo tales propuestas, dedicó algunas normas a la regulación de la obligación privada, si bien se decantó por que fuera el propio reo quien, mediante su trabajo, reparase el daño ocasionado, sin recurrir a otras vías institucionales, como proponía Bentham.

No obstante, debemos anticipar que la regulación del Código es, todavía, una regulación vaga y dispersa; más amplia al establecer los sujetos responsables, escueta y confusa en la previsión del contenido de la obligación privada. La celeridad que caracterizó al proceso de redacción del Código dio lugar a una terminología confusa, que suscitaría dudas en torno al sentido de determinadas instituciones; y esta falta de claridad ha pervivido hasta nuestros días.

A) Los responsables civiles. Garantías de la obligación privada

En primer lugar, el artículo 93 realizaba una distribución general de la obligación civil entre los sujetos intervinientes en el delito. Responsables directos, con carácter mancomunado, lo serían “autores, cómplices y auxiliadores”. En su defecto, es decir, como obligados subsidiarios, responderían también los receptadores y encubridores.

Además de esta regla genérica, el artículo 27 preveía diversos supuestos especiales en que personas no intervinientes

76 LARDIZÁBAL Y URIBE, M.: *Discurso sobre las penas*, cit., pág.230. No obstante, Bentham, subordinó los derechos de la víctima a la finalidad preventiva de la sanción punitiva. Por ello, señaló que la pena pecuniaria o la indemnización debían aplicarse con preferencia a cualesquiera otras sanciones “siempre que sea posible”, es decir, cuando no se perjudique “el grande objeto del ejemplo”. Vid., BENTHAM, J.: *Tratados de legislación civil y penal*, tomo III, (traducido al castellano con comentarios por R.Salas), Madrid, 1822, págs.41, 42, 56 y 310.

en el delito resultaban obligadas civilmente, con carácter directo o subsidiario: “obligados por las acciones de otros”⁷⁷.

Este precepto fue ampliamente criticado en el seno de la propia Comisión de elaboración del Código. Las objeciones versaron fundamentalmente sobre dos puntos. En primer lugar, se criticó la configuración objetiva de la responsabilidad atribuida a dichos obligados; la obligación civil existía, según el Código, aún cuando éstos hubiesen actuado diligentemente⁷⁸. En segun-

77 Serían responsables subsidiarios los padres, abuelos y bisabuelos, respecto de los delitos cometidos por hijos, nietos y biznietos; tutores, guardadores, jefes de colegios, y maestros, respecto de los cometidos por los menores a su cargo; y los guardadores del demente, por las infracciones de éste. Serían por el contrario, obligados directos, de forma mancomunada, los amos y jefes de establecimientos, por los delitos cometidos por sus dependientes, con motivo o por resultados del trabajo; y los mesoneros o fondistas, por las infracciones cometidas por sus huéspedes, y también mancomunadamente con éstos. Se regulan, además, dos supuestos especiales de responsabilidad: la del fiador con respecto al fiado, cuyo carácter dependerá de lo estipulado en el contrato; y la del marido, para el caso de que sea su mujer quien delinca. Si bien en este último supuesto sólo quedan comprometidos los bienes de la esposa; resultando obligado aquél únicamente a su entrega. Este precepto prevé, pues, una modalidad de responsabilidad que ya recogía nuestro Derecho histórico. Recordemos los comentarios realizados a la L.9, Tít.1, P.7, relativa a la responsabilidad de los parientes del sujeto exento por razón de edad o de demencia, y L.26, Tít.8, P.5, sobre la obligación de “ostaleros, aluergadores e marineros”. No obstante, el artículo que nos ocupa configura de modo objetivo la responsabilidad de los obligados civiles, prescindiendo, así, del presupuesto culpabilístico exigido por aquellas leyes, excepto en el caso de los guardadores del demente, para los que el precepto sí exige negligencia. En este sentido, se aproxima más a la regulación que sobre alguno de estos supuestos contenía el Digesto. Nos referimos a la regulación que en este cuerpo legal se hacía de la responsabilidad de navieros, mesoneros y estableros, respecto de los objetos que tuvieran bajo su custodia, y que también presentaba un carácter objetivo. *Vid.*, D.4,9,1,1 (Ulp.14 de.) y D.4,9,3,1 (Ulp.14 ed.).

78 El Colegio de Abogados de Madrid, las Audiencias de Granada y Valladolid, y el propio Tribunal Supremo, señalaron ya la necesidad de añadir una cláusula de exención, para los guardadores que hubiesen observado el cuidado y vigilancia necesarios, respecto de sus hijos o pupilos. Diversos miembros de la Comisión se manifestaron también en este sentido, así, González Allende, Gil de Linares, Hinojosa, Carrasco y Gareli. *Vid.*, *Diario de discusiones y actas de las Cortes extraordinarias de 1821*, tomo II, *cit.*,

do lugar, se pidió la modificación del primer párrafo de dicho artículo⁷⁹. En él el legislador determinaba que la responsabilidad por actos ajenos se extendería a resarcimientos, indemnizaciones, costas y “penas pecuniarias”, mientras, a renglón seguido calificaba esa responsabilidad, por los cuatro conceptos, de “puramente civil”. Era claramente irreconciliable la idea de pena con la de una posible naturaleza privada. A pesar de ello, se aprobó el precepto en su forma originaria.

Por nuestra parte, las críticas habrían ido más lejos: la fórmula empleada era claramente imprecisa. Pero, a nuestro juicio, resultaba, además, ineficaz e innecesaria.

Calatrava intentó justificarla en la necesidad de evitar “el riesgo de que los responsables referidos, responsables por las acciones de otros, sufriesen en sus personas, si no podían pagar con sus bienes”⁸⁰. Es decir, quiso impedir que se aplicara a estos sujetos la pena subsidiaria de prisión cuando fueran insolventes.

Pero este efecto no se evitaba con la mera afirmación del carácter civil de la obligación, pues el Código preveía la aplicación de responsabilidad personal subsidiaria tanto para el caso de impago de la pena pecuniaria como de la responsabilidad civil. En este sentido, el artículo 94 disponía que el reo insolvente podría ser sometido a arresto personal “por lo relativo al resarcimiento de daños e indemnización de perjuicios”. No era, pues, la naturaleza, penal o civil, de la sanción pecuniaria lo que en el texto punitivo determinaba la aplicación o no del arresto personal. Lo relevante, según se desprende del artículo 94, era la

(sesión de 16 de diciembre de 1821), págs.88 y ss. Sin embargo, la Comisión aprobó el párrafo sin añadir aquella cláusula. Sí se hizo en el art.523, regulador de la responsabilidad del superior respecto del inferior.

79 Romero Alpuente y San Miguel, miembros asimismo de la Comisión, pusieron de manifiesto la confusión que el inciso suponía entre pena y responsabilidad civil. *Vid., Diario de discusiones y actas de las Cortes extraordinarias de 1821*, tomo II, *cit.*, (sesión de 16 de diciembre de 1821), págs.94 y 95; 102 y 103, respectivamente.

80 *Vid., Diario de discusiones y actas de las Cortes extraordinarias de 1821*, tomo II, *cit.*, (sesión de 16 de diciembre de 1821), págs.96 y 97.

condición del sujeto obligado. Este precepto declaraba aplicable esta sanción únicamente al “reo”, expresión en la que no podía entenderse comprendido el obligado por acciones ajenas. En ningún caso podría privarse de libertad por insolvencia al mero obligado civil; el art.27 resultaba, pues, innecesario.

Junto a estas normas reguladoras de los sujetos responsables existían en el texto disposiciones tendentes a garantizar el cumplimiento de la obligación privada. En este sentido, debemos destacar las previsiones siguientes:

- el “resarcimiento e indemnización de perjuicios” conataba con prioridad, en el orden de cobro, sobre las demás condenas pecuniarias (artículo 95).
- no sería obstáculo, para su ejecución, la demencia del reo (art.96), ni el indulto del culpable (art.163).
- por otra parte, el artículo 107.5 establecía como causa de atenuación de la responsabilidad criminal del culpable “el arrepentimiento manifestado con sinceridad inmediatamente después de cometido el delito, procurando voluntariamente su autor impedir o remediar el daño causado por él, o socorrer o desagraviar al ofendido”. Esta disposición, cuya introducción resultaba positiva por cuanto que favorecía a los perjudicados, iba, no obstante, a ser justamente criticada por el perfil moralista con el que fue configurada;
- además, preveía el artículo 744 la responsabilidad civil de las autoridades locales por los robos cometidos en sus distritos. Esta norma mantenía el criterio protector de la legislación anterior⁸¹, si bien limitaba ya la exten-

81 La Novísima Recopilación configuraba esta obligación de un modo ilimitado:

“...*Ganaderos, Alcaldes y Regidores, quedan responsables del importe de los daños que se causen a los colonos, sus casas, barracas, ganado, montes, sementeras y campos... o dar al dañador*”. Novísima..., tomo V, cit., pág.356, Lib.12, Tít.15, L.11.

sión de la obligación a los supuestos en que las autoridades hubiesen procedido con “tolerancia, omisión o negligencia culpable”. De una indemnización pública basada más bien en razones de solidaridad se pasaba, así, a una responsabilidad personal fundada en la culpa o negligencia, poniendo fin, desafortunadamente, a una institución que podría considerarse antecedente de la actual compensación estatal.

- a todo ello hay que sumar, como hemos visto, que según determinaba el artículo 94 el reo insolvente podría ser sometido a arresto personal, en lugar donde pudiera trabajar hasta saldar su deuda (por un tiempo máximo de dos años). No obstante, si el condenado pecuniariamente lo hubiera sido, además, a pena privativa de libertad, no podría satisfacer la obligación pecuniaria trabajando al tiempo de cumplir la pena principal, sino que una vez concluida ésta sería sometido a un nuevo arresto en la forma antes descrita. En otro orden de cosas, merece destacarse la prevalencia que este precepto concedía a la vía privada sobre la penal. Así, disponía esta norma que el arresto citado sólo se aplicaría “en el caso de que —el reo— no se conviniera con el acreedor”. Como vemos, el legislador se preocupa de indicar expresamente la conveniencia de que acreedor y deudor lleguen a una solución amistosa que evite la sanción penal.

B) Contenido de la obligación de resarcir: una interpretación de los términos que integran la responsabilidad civil

La ley contenía algunas normas que regulaban, confusamente, el contenido de la reparación privada.

El artículo 93, imponía al culpable “el resarcimiento de todos los daños, y la indemnización de todos los perjuicios” que hubiesen resultado del delito, así como “la restitución libre de lo robado o sustraído, y la reparación de lo dañado, destruido o

alterado”. He aquí el germen de una regulación que iba a desatar una amplia discusión doctrinal en torno al significado de los distintos conceptos que integran la responsabilidad civil, dado que la proclamación genérica que hemos apuntado no iba acompañada de las disposiciones necesarias para delimitar el contenido de cada institución.

Según el texto legal, serían objeto de responsabilidad civil los “daños y perjuicios”. Un sector importante de nuestra doctrina⁸² diferenciaría más tarde ambos conceptos en función del tipo de mal causado por el delito. Si éste lesiona una cosa, hablaríamos, según esta doctrina, de “daños”; si produce, en cambio, un mal diferente, lo haríamos de “perjuicios”.

Pero ¿era ésta la significación que quiso darles el legislador de 1822?. A la vista de su articulado, cabría sostener diversas interpretaciones.

En primer lugar, podríamos otorgar la mayor extensión al término “daños”. Este concepto comprendería todo quebranto económico producido por el delito, tanto el causado en las cosas, como el indirecto —patrimonial— a las personas, ya fuere daño efectivo o lucro cesante. Únicamente quedarían exceptuadas, pues, las lesiones personales, físicas o morales.

Servirían de base a esta postura los arts.179 y 181 del Código Punitivo, relativos a la indemnización en favor de los declarados absolutamente inocentes en juicio. Según disponen dichas normas, la indemnización comprende los daños y perjuicios que aquellos sujetos hubiesen sufrido en “su persona, reputación, o bienes” como consecuencia del proceso judicial. El término “daños” se ha de referir, en este caso, como mínimo a los males que el juicio haya producido en los “bienes” del inculpa-do, utilizando el de “perjuicios” para las lesiones causadas en la persona o su reputación. Pero el daño que puede sufrir el ino-

82 *Vid.*, COBO DEL ROSAL, M./ VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte general*, editorial Tirant lo Blanch, cuarta edición, Valencia, 1996, págs.878 y 879.

cente a causa del proceso no consiste normalmente en una lesión material de sus “cosas”, sino en una reducción de sus beneficios patrimoniales (pérdida de jornadas laborales, etc.). Es decir, el lucro cesante será abarcado por el concepto “daño”. Éste no se limitará, pues, a los males ocasionados en aquéllas como consecuencia del delito.

En segundo lugar, cabría mantener la prevalencia del término “perjuicios”. Esta expresión abarcaría todos los males ocasionados por el delito, físicos, morales o patrimoniales, incluido el lucro cesante, a excepción de los detrimentos en las cosas, que serían designados con el término “daños”. En este sentido, el legislador, en diversas ocasiones, habla de perjuicios para referirse a la disminución patrimonial ocasionada por el delito. Así lo hace, por ejemplo, en el artículo 744, o en algunas disposiciones relativas a los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos (artículos 463, 468, 473, 485 y 491).

Por nuestra parte entendemos, sin embargo, que ambas interpretaciones deben ser rechazadas. Como se desprende de la normativa apuntada, no cabe deducir del texto ninguna interpretación unitaria.

En un principio el legislador, al fijar las disposiciones generales sobre el tema, mantiene una separación precisa entre los vocablos que comentamos. Habla en todas ellas (arts. 27, 28, 94, 95, 96 y 174) de “resarcimiento de daños e indemnización de perjuicios” como conceptos netamente diferenciados. Es a continuación, al regular las consecuencias de cada infracción, y posiblemente a causa de la distribución de la labor de redacción de los tipos entre los distintos miembros de la Comisión, cuando la imprecisión terminológica se pone de manifiesto. Así, ambos términos son utilizados indistintamente en los delitos contra las personas y contra la propiedad (comparemos, por ejemplo, los artículos 689 y 744 del Código)⁸³, englobando a

83 Art. 689:

“el que abuse de una muger engañándola por medio de casamiento que celebre con ella mientras se halle casado con otra, o siéndolo de orden

veces los daños en la expresión “perjuicios” (485, 491, etc.), o adicionando a ambos el término “molestias” (art.181).

Pero no son sólo estas acepciones las que plantean problemas interpretativos. El legislador habla en ocasiones de “resarcimiento de perjuicios”, mientras otras lo hace de “indemnización de perjuicios”. Por otra parte, el término “resarcimiento” figura en algunos casos como contrapuesto a los de restitución, reparación e indemnización (arts.93, 163, 168 y 177), mientras en otros parece englobarlos en su significado, siendo equivalente entonces a “responsabilidad civil” (485, 491, etc.).

Como vemos, pues, cualquier interpretación unitaria de los términos empleados por el legislador en sede de responsabilidad civil ha de ser descartada. De esta forma se introducía en el texto una interpretación ambigua que iba a ocasionar numerosos problemas hermenéuticos.

C) Alusiones a la reparación privada en la parte especial

La falta de una regulación exhaustiva de la responsabilidad civil en la parte general del Código llevó al legislador a prever expresamente la obligación de reparar en aquellos delitos que pudieran ocasionar daños. En algunos casos se limitó a expresar dicha obligación con carácter genérico⁸⁴, en otros, sin embargo, precisó el contenido de la prestación.

sacro o regular profeso, sufrirá además de la pena de bigamo, el resarcimiento de perjuicios, y dos años más de obras públicas, como estuprador alevoso, siempre que la muger haya sido efectivamente engañada, y no searamera conocida como tal”.

Art.744:

“las personas a quienes se hubiese hecho un robo de cualquiera clase, tendrán acción para reclamar su importe y la indemnización de perjuicios contra las autoridades locales del distrito en que se les hubiese causado el daño; las cuales serán responsables mancomunadamente siempre que hubieren procedido con tolerancia, omisión o negligencia culpable en el cumplimiento de las obligaciones que les impongan las leyes y reglamentos para precaver los delitos y perseguir a los delincuentes”.

84 Así, se imponía con carácter general el deber de “reparar el daño” o “resarcir los perjuicios” en los siguientes casos: extravío, usurpación y sustracción.

Así, se especificaba la extensión de la responsabilidad civil en los delitos contra las personas que tuvieran como resultado alguna lesión ("herida"), o la muerte de una persona, y en determinados delitos contra el honor. En este sentido, el artículo 631 imponía al que causare la muerte de otro, la obligación de abonar una pensión a los familiares de la víctima. Por su parte, el artículo 657 disponía que cuando se causaren heridas o malos tratos de obra de un modo involuntario, la responsabilidad civil consistiría en el abono de perjuicios y gastos de curación. Y el artículo 654 añadía a estos conceptos el abono de una pensión al herido o maltratado, cuando éste lo hubiera sido de forma dolosa. Finalmente, con respecto a los delitos contra el honor, los artículos 699 y 709 preveían que el que cometiera el delito de calumnia debería retractarse de la misma, pública o privadamente, según el carácter que ésta revistiera. Como vemos, los perjuicios morales no darían lugar, sin embargo, a una indemnización económica.

D) Algunas normas de carácter procesal

En los artículos 134 y siguientes, el legislador establecía una clasificación de las infracciones, diferenciando entre delitos "públicos" y "privados", en la forma propuesta por Filangieri⁸⁵.

ción de caudales públicos (arts.463 y ss), extorsión (arts.468 y ss), adulterio (art.685, referido al adulterio cometido por el marido), estupro alevoso (art.689), y robo y hurto entre parientes (art.756, que para los sujetos indicados en él limita el castigo a la reparación privada).

- 85 La obra fundamental de Filangieri, "Scienza de la legislacione" (1780-1785) se encuentra dividida en siete libros. En el primero de ellos, el autor formula los principios que, según él, deberían observarse en todo el ordenamiento jurídico. Los seis restantes contienen las reglas generales, leyes que, a su entender, deben aplicarse en cada ámbito de la vida social: ciencia legislativa, política y economía, sistema criminal, educación, religión, propiedad, y, también, en el ámbito familiar. De entre ellos, merece especial atención el libro III, dedicado a las leyes criminales. En él el autor clasifica los delitos en "públicos" y "privados"; clasificación que, como vemos, fue la adoptada por el Código que nos ocupa. *Vid.*, FILANGIERI, C.: *Ciencia de la legislación*, tomo III, (traducción de Jaime Rubio), libro III, capítulo XLII, tercera edición, Madrid, 1822, págs.1 y ss.

Los primeros⁸⁶ podían ser denunciados por “todo español, no infame...”, exceptuándose únicamente las personas a quienes en el Código de procedimientos se prohibiera el ejercicio de este derecho (art.134). En los delitos privados, por el contrario, sólo podían ejercitar la acción correspondiente “las personas particulares agraviadas o perjudicadas” (art.137).

De estas disposiciones, merecen especial atención los artículos 179 a 181, en los que se introducía la novedosa institución de la “indemnización a los inocentes”. Según estas normas, las personas que después de sufrir un procedimiento criminal fueran declaradas absolutamente inocentes del delito o falta, tendrían derecho a ser indemnizadas de los daños y perjuicios sufridos, incluidos los de carácter moral⁸⁷.

A la vista de la normativa apuntada, podríamos calificar el presente Código de “norma de tránsito” entre el antiguo Derecho institucionalizador de la venganza privada y la nueva regulación, caracterizada al menos por su racionalización formal, que contendrían los textos punitivos posteriores. La finalidad de deslindar la obligación civil de la sanción penal llevó al legislador a sustraer al agraviado toda función en el ámbito punitivo, sin que formalmente se consiguiera tampoco la sistematización necesaria para garantizarle la reparación privada. Como hemos visto, tan sólo se consagra a la responsabilidad civil un reducido número de normas de carácter heterogéneo y disperso.

⁸⁶ Que aparecían enumerados en el artículo 135.

⁸⁷ Esta regulación no contó con el beneplácito de todas las instituciones consultadas en la redacción del Código, algunas de las cuales consideraron que la insuficiencia de recursos del estado impediría la eficacia de la indemnización prevista. En este sentido se pronunció, por ejemplo, la Audiencia de Madrid. Sin embargo, como puso de manifiesto Calatrava, el hecho de haber sacrificado a un inocente en beneficio de la sociedad justificaba suficientemente que se destinaran fondos de carácter público a tal tipo de indemnización. *Vid.*, en este sentido, *Diario de discusiones y actas de las Cortes extraordinarias de 1822*, tomo II, *cit.*, (sesión de 30 de enero de 1822), págs.427 y 428.

No obstante, los vicios aducidos no deben empañar el verdadero propósito de la nueva ley: el legislador pretende equilibrar en ella las esferas jurídicas de ofensor y ofendido, al mismo tiempo que separar las responsabilidades de diferente naturaleza derivadas del delito.

5. LOS PROYECTOS POSTERIORES

I. Notas introductorias

La llegada del Absolutismo supuso la derogación del Código Penal de 1822. Mediante el Real Manifiesto del Puerto de Santa María (de 1 de octubre de 1823) Fernando VII dejaba sin efecto la obra legislativa del Trienio Constitucional y restablecía el Derecho Penal del Antiguo Régimen. Años más tarde, el 26 de abril de 1829, el Monarca mandaba la formación de una Comisión para la elaboración de un nuevo Código Criminal. Fruto de su labor surgirían varios proyectos que, por motivos técnicos y políticos, no llegarían a fructificar.

II. La reparación de la víctima en el proyecto de Código Penal de 1830

El proyecto de 7 de mayo de 1830⁸⁸ estaba estructurado en dos libros. El primero, bajo el epígrafe “De los delitos y sus penas”, contenía la normativa penal. El segundo, “De la admi-

88 El texto fue elaborado por el conjunto de miembros de la comisión nombrada al efecto (Esteban Asta, Ramón López Pelegrín, Joaquín Fernández Company y Pedro Sainz de Andino). No obstante, la parte penal del proyecto fue redactada por los dos primeros. *Vid.*, CASABÓ RUIZ, J.R.: *Estudio preliminar y edición del proyecto de Código Criminal de 1830*, Universidad de Murcia, 1978, págs.8 y 9.

nistración de justicia en lo criminal”, estaba integrado por normas procesales.

En su articulado se introdujeron disposiciones relativas a la responsabilidad civil derivada del delito, inclusión que tuvo su origen en una de las preguntas formuladas por López Pelegrín a la Comisión⁸⁹. No obstante, las normas sustantivas sobre esta materia eran notoriamente insuficientes; la mayor parte de los preceptos relacionados con los derechos de la víctima regulaban aspectos procesales.

1. Normas del Libro I relacionadas con el perjudicado

Como punto de partida, el artículo 19 prohibía expresamente al ofendido que se tomase la justicia por su mano⁹⁰, para hacer efectiva la reparación del daño debería ejercitar las acciones judiciales previstas en la propia ley. Como vemos, la institución del duelo privado parecía estar todavía cercana.

En consonancia con la anterior declaración, el artículo 56 establecía el principio general según el cual el proceso penal estaría orientado a la reparación de la totalidad de los daños causados por el delito, tanto penales como civiles⁹¹. Mas, al igual

89 López Pelegrín preguntó (pregunta número 16) si no sería justo y conveniente ordenar en las sentencias también “la indemnización de daños y perjuicios ocasionados por el delito, aun cuando fuera necesario reservar su cómputo o aprecio para otro juicio que siempre deberá ser muy breve”. La Junta “adoptó por base que la sentencia obtenga siempre la imposición del resarcimiento de los daños causados por el delito, y que sobre el modo se provea en la parte del procedimiento”. Vid., CASABÓ RUIZ, J.R.: *Estudio preliminar y edición del proyecto de Código Criminal de 1830*, cit., pág.30.

90 Art.19:

“ninguno debe tomarse la justicia por su mano, si no es en el conflicto de la defensa de su vida, o si fuese asaltada su habitación”.

91 Art.56:

“la indemnización o resarcimiento de daños y perjuicios causados por el delito procede en todas las causas criminales, y se comprenderá en las sentencias aún cuando después sea necesario apreciarlos o justificarlos en determinada cantidad”.

que ocurría en el texto punitivo de 1822, esta proclamación genérica no iba acompañada de las disposiciones necesarias para delimitar el régimen jurídico de la obligación privada. El objetivo primario parecía constituirlo aún la delimitación del poder punitivo del estado.

Como normas sustantivas de carácter general debemos citar, además de los preceptos referidos, los artículos 18 y 36 del texto, relativos a la responsabilidad civil por actos ajenos. El primero preveía la responsabilidad de los padres y tutores respecto de los actos delictivos cometidos por los “dementes y estúpidos”. Pero se limitaba a decir que aquéllos quedarían obligados “con sus propios bienes”, sin especificar si esa responsabilidad tenía carácter directo o subsidiario. No exigía tampoco que concurriera ningún tipo de negligencia en su custodia para que pudiera aplicarse la norma, ni preveía qué ocurriría cuando no hubiera padres o tutores, o éstos fueran insolventes. En definitiva, el precepto, más que resolver una cuestión conflictiva, introducía innumerables problemas exegéticos.

Por su parte, el artículo 36 establecía la responsabilidad de los padres, tutores y demás personas en cuya compañía y bajo cuya autoridad vivieran los menores que hubiesen delinquido, extendiendo dicha obligación a las penas pecuniarias, de forma similar a como lo hacía el desafortunado artículo 27 del Código Penal de 1822. Por lo tanto, cabía formular a aquél las mismas objeciones que hicimos al comentar este último precepto⁹².

92 La confusión entre responsabilidad civil y responsabilidad penal se volvía a poner de manifiesto en el artículo 530, ubicado en la parte procesal del texto:

“si el delito que motivó el procedimiento fuese de aquellos a los que la ley señala únicamente pena pecuniaria, apercibimiento, reprensión judicial o indemnización de daños, pedirá el Promotor se termine la causa”.

Como vemos, la indemnización se está equiparando a la responsabilidad penal.

Además de estas normas específicas sobre la obligación privada había también algunas disposiciones genéricas en materia de responsabilidad criminal que afectaban indirectamente a la víctima. El caso más claro era, sin duda, el artículo 28, que preveía como circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal “el resarcimiento del daño antes de ser procesado el delincuente”. Se fijaba, así, un límite temporal a la causa de atenuación que, con carácter ilimitado, había introducido el artículo 107 del Código de 1822. Pero, a diferencia de esta disposición, no se exigía que concurriera arrepentimiento del culpable. El fundamento de la circunstancia modificativa se situaba, acertadamente, en razones de utilidad.

Al margen de estas normas, no encontramos en el articulado del texto más disposiciones generales relacionadas con el tema. No existe ningún precepto que especifique el contenido de la responsabilidad civil. Tampoco se regula la distribución de la obligación privada entre los diferentes sujetos responsables, ni se prevén más supuestos de responsabilidad subsidiaria. Es decir, su regulación sustantiva presenta, incluso, mayores deficiencias que el texto punitivo de 1822.

Después de estas disposiciones, la parte penal del proyecto sólo se ocupa, ya, de la obligación privada, al regular determinados delitos concretos.

De estas normas cabe destacar la regulación relativa a los daños corporales. Al respecto, disponía el artículo 133 que cuando el perjuicio derivado de la infracción fuera una lesión física, la obligación del culpable se extendería tanto a los gastos de curación como a los “jornales y emolumentos que dejó de ganar el ofendido”. Es decir, quedaba cubierto en su totalidad el detrimento patrimonial ocasionado por el delito. Sin embargo, se privaba al ofendido de cualquier tipo de resarcimiento por los perjuicios morales sufridos.

Por su parte, el artículo siguiente imponía al culpable la obligación de prestar alimentos al agraviado cuando éste quedare imposibilitado como consecuencia del hecho delictivo. Ahora

bien, ni siquiera en este caso el legislador reconoció a la víctima el derecho a ser indemnizada por los perjuicios psíquicos⁹³.

Por lo demás, hallamos también algunos elementos de confusión entre la sanción penal y la responsabilidad privada, por ejemplo, se impone a veces como pena la obligación de contribuir a mantener a la familia del muerto (art.156).

Las restantes disposiciones que en relación con el perjudicado por el delito contiene el proyecto se refieren a la intervención del mismo en el proceso criminal. Es decir, son normas de naturaleza procesal, ubicadas por ello en la segunda parte del texto.

2. Disposiciones sobre la materia reguladas en el Libro II

Dentro del libro II (“De la administración de justicia en lo criminal”) el título IX se ocupaba “de las acciones que nacen de los delitos, del ejercicio de éstas, y de su prescripción” (artículos 428 y ss). En esta regulación el legislador siguió la sistemática propuesta por Filangieri, clasificando los delitos en “públicos” y “privados”, y atribuyendo a la víctima el monopolio de la persecución en los segundos⁹⁴.

93 A esta normativa habría que añadir lo dispuesto en los artículos 147 y 155, relativos a los daños causados por animales bravos, y por carruajes y cabalgaduras. Dichas disposiciones trataban de asegurar la reparación del daño causado al ofendido, extendiendo la responsabilidad civil, de modo mancomunado, al dueño de aquellos animales y vehículos. Este debería responder, incluso, cuando no hubiera tenido intervención en el delito ni hubiese concurrido negligencia de su parte.

94 En los delitos públicos el derecho de acusación se atribuía al Ministerio Fiscal; aunque de no ejercerlo éste la parte que hubiese sufrido algún daño privado podría formular queja ante el órgano judicial correspondiente, de lo que se desprende que en el proceso penal el Ministerio Fiscal debía solicitar, además de la pena, la reparación privada. En todo caso, los perjudicados tendrían derecho a intervenir en el procedimiento para obtener la reparación de daños y perjuicios, si bien esta intervención no era esencial para obtener la reparación (arts.429 y 430). Por el contrario, en los delitos privados sólo

Ahora bien, entre estos preceptos procesales había dos disposiciones de las que se desprendía la transmisibilidad de las obligaciones civiles ex delicto, y, por lo tanto, también su diferente naturaleza respecto de la responsabilidad penal. En primer lugar, el artículo 434, que concedía al ofendido el derecho a dirigir la acción civil contra los herederos del ofensor, en caso de fallecimiento de éste. Y, en segundo lugar, el artículo 435, que establecía la posibilidad de que los herederos del agraviado pudieran ejercitar la acción civil contra el culpable.

A la vista de esta breve normativa sobre la materia podemos afirmar que el proyecto, en este tema, presentaba los mismos defectos, de insuficiencia normativa e inadecuación sistemática que aducíamos al analizar el Código Penal de 1822. Como vemos, no dedicaba un apartado específico a la regulación de la responsabilidad civil, el objeto seguía estando en la sanción punitiva.

III. La obligación privada en el proyecto de Código Penal de 1831

Al igual que ocurrió con el proyecto anterior⁹⁵, el texto de 25 de mayo de 1831, elaborado por Sainz de Andino, quedó también reducido a mero legado histórico, sin llegar a formar

el ofendido, o los parientes establecidos en el propio texto, podrían instar el procedimiento judicial; pudiendo ejercitar sólo la acción penal o acumular a ella la civil, en cuyo caso la acción privada sería resuelta en el propio proceso punitivo (art.431 y 432). Por otra parte, en esta clase de delitos el perdón del ofendido acabaría con el derecho de acusar (art.450). En ambos tipos de infracciones, las acciones civiles procedentes de la infracción se extinguirían con la prescripción del mismo delito (art.452).

95 Hablaremos de proyecto “anterior” o “posterior” en atención a las fechas que encabezaban cada uno de ellos. Sin embargo, han sido varios los autores que han considerado que ambos textos, el de la Comisión y el de Sainz de Andino, fueron elaborados simultáneamente, ya que el rey encargó a éste la elaboración de un proyecto de Código Criminal poco después de que se nombrase la Junta de 1829. *Vid.*, al respecto, CASTEJÓN CALDERÓN, R.: “El proyecto de Sainz de Andino de Código Penal de 1830”, en *R.G.L.J.*,

parte del Derecho positivo⁹⁶. Sin embargo, su influencia sobre los cuerpos normativos posteriores fue notable, por lo que nuestra doctrina lo ha calificado de “eslabón” entre el Código Penal de 1822 y el de 1848. Su texto se apartó del de 1830 en su estructura y contenido. Su articulado, dividido en tres libros⁹⁷, se ocupaba tan solo de la materia sustantiva, prescindiendo ya de la parte procesal que veíamos en el primer proyecto.

Por lo que respecta a la reparación del daño, su regulación era más amplia y sistemática que la del texto anterior. A diferencia de éste, el proyecto de Andino dedicaba varios preceptos específicos a la responsabilidad civil, concretamente los artículos 113 a 117, ubicados en el libro I (“De los delitos y de las penas en general”)⁹⁸; amén de las referencias de carácter puntual que, sobre el tema, aparecían a lo largo de su articulado.

1. Normas relativas a la reparación del daño contenidas en el Libro I

Abría la regulación del tema un principio general:

1943, págs.38 y ss; LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la codificación...*, vol.I, cit., pág.202; y CASABÓ RUIZ, J.R.: *Estudio preliminar y edición del proyecto de Código Criminal de 1831*, Universidad de Murcia, 1978, págs.2 y 3.

- 96 Respecto a los motivos que hicieron que el proyecto no llegase a ser aprobado. Vid., CASABÓ RUIZ, J.R.: *Estudio preliminar y edición de Código Criminal de 1830*, cit., págs.2 y ss.
- 97 “De los delitos y de las penas” (libro I); “De los delitos en particular y de sus pena respectivas” (libro II); y “De la rebaja, remisión y prescripción de las penas” (libro III).
- 98 No obstante, el artículo 110 establecía, al regular las costas que éstas se impondrían “generalmente bajo el concepto de responsabilidad civil y no de pena”. Pero, a pesar de la expresión empleada por el legislador, costas y responsabilidad civil se concebían como instituciones de naturaleza distinta. Por ello, el artículo 112 disponía que el defecto de pago de costas no daría causa para la prisión del reo ni para que se le retuviera en ella, a diferencia de lo que se decía para la obligación privada (art.115).

“en todo delito que haya causado daño material, pérdida o perjuicio, se impondrá a los reos reparación y resarcimiento íntegro de estos mismos daños sin perjuicio de las multas que se pre-fijen en la ley para delitos determinados por indemnizaciones del daño moral que con ellos se haya hecho al ofendido o en el orden público del estado” (art.113).

Como vemos, el precepto aludía expresamente al origen de la responsabilidad civil, el daño privado, que constituye, en todo caso, presupuesto ineludible para que surja la obligación civil, y que inexplicablemente ha sido omitido en todos los textos punitivos españoles, salvo en el vigente Código Penal de 1995. Este presupuesto pone de manifiesto, acertadamente, que el origen de la pena, el delito, y el de la responsabilidad civil, el daño, son esencialmente distintos, sin que baste el primero para que surja la obligación privada.

Pero partiendo de la precitada norma hay que afirmar, también, que la reparación o resarcimiento civil se extendía únicamente al daño material, la lesión moral sólo podría ser objeto de sanción punitiva. Así se desprende del último inciso (sin perjuicio de las multas...), que viene a señalar la compatibilidad entre la sanción del perjuicio moral, objeto de multa penal, y la del daño material, objeto de responsabilidad civil. En otro caso, es decir, si el legislador hubiera pretendido únicamente declarar compatibles ambas clases de obligaciones pecuniarias, civil y penal, pero admitiendo como objeto de cada una de ellas cualquier tipo de daño, físico o psíquico, no habría ceñido la sanción punitiva a los perjuicios morales, como hizo en el precepto.

El artículo siguiente determinaba que la distribución de la responsabilidad civil, en caso de ser varios los responsables penales, se haría en forma mancomunada y en proporción al grado de culpabilidad de cada uno de ellos (art.114), debiendo hacer frente en esa misma proporción a las cuotas de los que resultaren insolventes. Como vemos, el precepto incurría aquí

en una contradicción: afirmaba el carácter mancomunado de la obligación civil, lo que implica que cada partícipe está obligado a responder únicamente por su cuota, y a continuación determinaba que los diferentes culpables debían satisfacer la cuantía correspondiente a los que resultasen insolventes, es decir, acogía el régimen correspondiente a las obligaciones solidarias.

Cuando todos los obligados fueran insolventes procedería, además, la reclusión, siempre que lo solicitase el interesado, debiendo cumplirse la privación de libertad en una casa de corrección de trabajo (art.115); disposición que, como vimos, contenía también el Código Penal de 1822, y que suponía admitir la “prisión por deudas”. No se decía, sin embargo, cual será el destino del producto del trabajo del reo, a diferencia de aquel texto, cuyo artículo 94 disponía que dicha cantidad se destinaría al pago del resarcimiento de daños e indemnización de perjuicios.

A continuación, el artículo 116 preveía el orden de satisfacción de las condenaciones pecuniarias, situando en primer lugar la responsabilidad civil.

Finalmente, los artículos 218 y 219 establecían como causa de atenuación de la responsabilidad penal, para los delitos que no hubieran causado alteración en el orden público, respectivamente, que el delincuente, antes de comenzarse la instrucción del proceso, hubiera hecho reparación completa del perjuicio o daño causado, o que el delincuente hubiese impedido y evitado los daños causados por el delito al perjudicado.

Como vemos, la reparación del daño realizada durante la fase de instrucción del proceso no tiene efectos atenuantes⁹⁹. Se

⁹⁹ Así lo establecía expresamente el artículo 220:

“ni las diligencias y medios practicados por un tercero para evitar o disminuir el daño que el delito cause naturalmente, ni la reparación que hubiere hecho del daño ya causado por otra persona que no fuese el delincuente o alguno de su orden, ni tampoco la que este mismo haga después que se esté procediendo judicialmente contra él, se considerarán motivos de atenuación para graduar la pena”.

limita, en consecuencia, el ámbito temporal de aplicación de la circunstancia respecto a lo establecido en el Código de 1822 y en el proyecto anterior. Pese a ello, se sigue manteniendo la configuración objetiva que antes hemos elogiado.

2. Reglas reguladas en el Libro II

En este proyecto se produjo una notable ampliación de la normativa genérica sobre reparación del daño. De ahí que en este libro, relativo a los delitos en particular, las referencias a la responsabilidad civil fueran escasas. No obstante, algunos de sus preceptos, al regular las consecuencias de determinados delitos, disponían expresamente que el culpable quedaría obligado a resarcir los daños ocasionados por la infracción. Así lo hacían los artículos 713 y 714, sobre delaciones falsas y calumnias hechas en juicio¹⁰⁰, y el artículo 1101, regulador de los daños causados con aguas propias¹⁰¹.

100 Art.713:

“todo individuo particular que dedujere querella formal o acusación en juicio por cualquier delito en daño propio sobre que le fuere lícito hacerlo sobre las disposiciones del Código de procedimientos criminales, y no probase legalmente su querella o acusación, además del resarcimiento íntegro de todas las costas, daños y perjuicios que se hubiesen ocasionado al acusado, si este de resultas del proceso hubiere estado preso, será el acusador a igual tiempo que el que haya sufrido el acusado”.

Art.714:

“cuando con los méritos del procedimiento criminal sobre una querella o una acusación no probada, resultare manifiestamente que se hubiere hecho con malicia y ánimo de calumniar y dañar al procesado, será el querellante o acusador falso castigado en la forma siguiente, sin perjuicio de la responsabilidad de costas, daños y perjuicios”.

101 Art.1101:

“los que con las aguas de sus minas y establecimientos artísticos o con las del riego de sus campos causaren algún deterioro por negligencia o descuido en los canales o caminos o en alguna propiedad particular, además de la obligación de repararlo satisfarán una multa de las dos terceras partes del daño que hubieren hecho”.

3. Algunos preceptos del Libro III relacionados con el tema

Bajo el epígrafe “De la rebaja, remisión y prescripción de las penas”, el presente libro dedicaba algunas normas a regular aspectos relacionados con la reparación del daño privado.

Destaca, en este sentido, el párrafo segundo del artículo 1195, en el que se regulaba la transmisibilidad de la obligación privada: “en caso de muerte del ofensor, subsistirá vigente la acción contra los herederos hasta que haya transcurrido el plazo de su prescripción”. Como vemos, se prevé únicamente la transmisibilidad de la obligación a los sucesores del culpable. No se dice nada, sin embargo, respecto al supuesto en que el fallecido sea el perjudicado. El derecho a la obtención del resarcimiento queda, pues, configurado como un derecho personal y exclusivo de la víctima, no transmisible a sus herederos, lo que carece de sentido teniendo en cuenta que nos hallamos ante una obligación de naturaleza civil.

Como se desprende de la normativa citada, el proyecto de Sainz de Andino mejora la regulación de la responsabilidad civil en cuanto a claridad sistemática. Su contenido, sin embargo, es todavía deficiente, tanto en relación con el objeto de la obligación, ya que no existen todavía en el texto normas que delimiten con carácter general los conceptos que la integran, como en materia de sujetos responsables, omitiendo, en este caso, las normas que el proyecto anterior dedicó a la responsabilidad civil por actos ajenos.

A continuación nos referiremos escuetamente al texto que sucedió al presente proyecto, y que surgió precisamente de su revisión por la Comisión.

IV. La satisfacción del agraviado en el proyecto del Código Penal de 1834

El proyecto de 1834 fue fruto de la labor de dos Juntas distintas: la Comisión General de Codificación, y la Sección especial nombrada para la revisión del texto¹⁰². Calificado el proyecto de Sainz de Andino de “inadmisible e inútil”¹⁰³ por la primera de ellas, la segunda Junta propondría un proyecto que, como dijera Casabó Ruiz “es el de 1830 con leves retoques”¹⁰⁴. Se llegó así a un texto marcadamente absolutista¹⁰⁵, que no alcanzando otro final que los dos anteriores proyectos, no iba a suponer tampoco ninguna alteración en el Derecho entonces vigente. No obstante, al igual que en los textos precedentes, haremos aquí una breve mención a la normativa que el proyecto contenía en materia de reparación del daño, dado el indudable influjo que toda esta regulación iba a tener en el proceso de gestación del Código Penal de 1848.

Antes de citar algunas disposiciones sobre la materia, debemos destacar, especialmente, la novedosa configuración sistemática introducida en la norma; conformación que recuerda, de un modo más claro, si cabe, que en los proyectos anteriores, la estructura adoptada por Filangieri. Dividido en cuatro libros, el texto dedicó el libro II a los delitos públicos, y el libro III a los privados¹⁰⁶. Los dos restantes regulaban la teoría gene-

102 Vid., al respecto, LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la codificación...*, vol.I, cit., pág.2; y CASABÓ RUIZ, J.R.: *Estudio preliminar y edición del proyecto de Código Criminal de 1834*, Universidad de Murcia, 1978, págs.2 y 3.

103 Vid., LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la codificación...*, vol.I, cit., págs.211 y 212.

104 CASABÓ RUIZ, J.R.: *Estudio preliminar y edición del proyecto de Código Criminal de 1834*, cit., pág.7.

105 En su elaboración se tuvieron en cuenta las Siete Partidas, la Novísima Recopilación y el Código Penal de 1822. Vid., CASABÓ RUIZ, J.R.: *Estudio preliminar y edición del proyecto de Código Criminal de 1834*, cit., pág.5.

106 El proyecto que nos ocupa amplía notablemente el campo de los delitos considerados privados, con lo que se otorga al ofendido poder de disposi-

ral de los delitos y las penas —libro I—, y la materia estrictamente procesal —libro IV—.

1. Previsiones comprendidas en el Libro I

La normativa contenida en esta sede era una reproducción del proyecto de 1830¹⁰⁷; presentaba, por tanto, sus mismos defectos. Pese a las “mejoras y rectificaciones” introducidas en el texto de la primera Junta, seguía sin decirse en qué consistía la “indemnización o resarcimiento de daños y perjuicios”, y de qué forma debía hacerse efectiva.

No obstante, el artículo 37 salvaba algunos de los vicios que en materia de responsabilidad civil por actos ajenos presentaba el primer proyecto:

“el cuasi delito¹⁰⁸ produce la obligación de satisfacer los daños y perjuicios que uno hubiese ocasionado, no sólo por hecho propio, sino por el de las personas que tiene a su cargo y de las cosas que estén en su poder”.

Como vemos, el precepto mejora la regulación del texto de 1830 en dos puntos. En primer lugar, la responsabilidad por

ción sobre un mayor número de delitos. Así, su artículo 4 considera privados “todos los delitos contra la vida, honor, y propiedades de los particulares”; aunque introduce también notorias excepciones a la regla general. Así, se considera pública la acción en los delitos de homicidio, heridas o contusiones graves, uso de armas prohibidas, desafíos y robos -art.528-. El proyecto de 1830 atribuyó dicha naturaleza únicamente a los que hubiesen causado “un daño o perjuicio puramente particular, sin trascendencia grave en las costumbres y en el orden público”.

107 El artículo 78 reproducía textualmente el artículo 56 del primer proyecto. El artículo 17, al igual que hacía el artículo 16 del citado texto, prohibía también al agraviado que se tomara la justicia por su mano. Asimismo reproducía la normativa anterior en materia de responsabilidad subsidiaria.

108 Art.5:

“el cuasi delito es todo acto u omisión en que sin voluntad de hacer mal se causa daño por descuido, imprudencia o impericia”.

actos ajenos deja de ser objetiva, exigiéndose imprudencia en la conducta del obligado. En segundo lugar, dicha obligación se circunscribe al resarcimiento civil, sin extenderse ya a las penas pecuniarias. A pesar de ello, la norma sigue encerrando algunos defectos, por ejemplo, no especifica si la responsabilidad establecida en ella es directa o subsidiaria.

Resta únicamente indicar, con relación a esta regulación, que el art.31 preveía también como circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal la consistente en que el reo hubiese resarcido el daño causado “antes de ser procesado”. Volvía, así, al sistema del proyecto de 1830, otorgando eficacia a la reparación realizada durante la fase de instrucción.

2. Disposiciones relativas a la reparación reguladas en los Libros II y III

Frente a la notable insuficiencia de disposiciones generales en materia de responsabilidad civil destaca, por el contrario, el gran número de preceptos que, al regular las infracciones concretas, se ocupaban de establecer expresamente la obligación de resarcir los daños privados derivados del delito¹⁰⁹.

De estos preceptos cabe denotar la normativa relativa a los delitos contra el honor. Al respecto, el artículo 421 disponía

¹⁰⁹ Así lo hacían, por ejemplo, los artículos 210 y siguientes en relación con los delitos cometidos por las autoridades judiciales, y los artículos 294 y 300, referidos a los daños causados en cosas públicas. Por su parte, el artículo 306 lo disponía también para los daños causados por incendiarios. Y lo mismo cabe decir de los artículos 357 a 361, que regulaban los daños ocasionados mediante carruajes y cabalgaduras. Aquí seguía el proyecto la línea fijada por el de 1830, consistente en atribuir la obligación privada de forma mancomunada al causante del daño y al dueño de aquéllos, si fueran distintos. No obstante, en caso de muerte del ofendido el presente proyecto extendía la obligación de “contribuir a mantener a la familia del muerto” también al dueño del coche o carruaje que ocasionó el daño, que respondería de forma mancomunada con el causante del mismo. Por otra parte, el mantenimiento de la familia del difunto seguía considerándose pena.

que el autor de injuria sería obligado “a dar satisfacción en la presencia judicial, y a reparar los daños que ocasione con la injuria”. Por su parte, el artículo 431 aplicaba al calumniador, además de la pena, el pago de “las costas, daños y perjuicios”. Así pues, aun cuando el tenor de estos preceptos no es claro, parece deducirse de ellos que la reparación del daño moral comprendería tanto las disculpas del ofensor (satisfacción en presencia judicial, dice el texto), como el resarcimiento económico, lo que resulta novedoso. Ahora bien, no se especifica si esta compensación requería que la lesión psíquica hubiese ocasionado un perjuicio patrimonial o si serían indemnizables, incluso, los perjuicios morales puros.

3. Reglas previstas en el Libro IV

Los preceptos contenidos en esta parte de la norma coincidían también con la regulación del primer proyecto.

Como se infiere de la normativa transcrita, los trabajos que precedieron al Código Penal de 1848 presentaban los mismos escollos que el 1822: las únicas previsiones relacionadas con la víctima eran las relativas a la responsabilidad civil, sin que, por otra parte, existiera una regulación sistemática que precisara el contenido concreto de esta obligación.

6. EL CÓDIGO PENAL DE 1848

I. Cuestiones preliminares

El Código Penal de 1848 (promulgado el 19 de marzo de dicho año) supuso la ruptura con la regulación extemporánea del Antiguo Régimen. Fruto de un gobierno autoritario-liberal,

combinó la protección de los derechos de la persona con la represión rigurosa de los delitos políticos¹¹⁰.

En su aspecto técnico ha merecido los elogios de nuestra doctrina¹¹¹, llegando a decir Rodríguez Devesa que “técnicamente, sin entrar en cuestiones de fondo, es superior a todos los que le han sucedido en cuanto a la congruencia y redacción de los tipos delictivos”¹¹². De este modo, la estructura¹¹³ del denominado “Código Pacheco”¹¹⁴ iba a ser adoptada por los textos punitivos posteriores.

110 En este sentido, decía Antón Oneca que “se dio el caso paradójico de que nuestro primer Código estable, sustitutivo de la terrorífica legislación del Antiguo Régimen, en vez de darse para dulcificar la represión se dio en buena parte para asegurarla frente a la delincuencia política, cohibiendo el arbitrio judicial que podía ser peligroso para el Gobierno”. ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal*, cit., pág.74; y ANTÓN ONECA, J.: “El Código Penal de 1848...”, en *A.D.P.C.P.*, cit., pág.488.

111 La Comisión encargada en 1856 de preparar la reforma del texto punitivo calificó el Código de 1848 como “uno de los mejores Códigos de Europa, y en España una de sus leyes más perfectas”. *Id.*, CÁRDENAS, F.: “Memoria histórica de los trabajos de la Comisión General de Codificación”, en *R.G.L.J.*, 1871, pág.178.

112 RODRÍGUEZ DEVESA, J.M./ SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal español. Parte general*, décimo-octava edición, Madrid, 1995, pág.101.

113 La estructura que el Código presenta fue propuesta por Seijas Lozano, quien además redactó los libros I y III (“Disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables y las penas”, y “De las faltas”, respectivamente) y las bases del Código. Seijas consultó para ello, los Códigos americanos y europeos, especialmente los de Brasil y Nápoles (“en el de Brasil me entusiasmó su estructura -decía Seijas-, en el de Nápoles su precisión”). *Id.*, LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la codificación...*, vol.I, cit., págs.261 y 270; y GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Introducción a la parte general del Derecho Penal*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1979, pág.19. Teruel Carralero niega, sin embargo, que la influencia de los Códigos extranjeros señalados fuese tan importante como se ha señalado, especialmente la del texto brasileño. Para él “el influjo mayor no confesado fue el de los proyectos anteriores”. *Id.*, TERUEL CARRALERO, D.: “El Código Penal de 1848 en su centenario”, en *R.E.P.*, núm.40, 1948, pág.8.

114 Dicha denominación fue atribuida por un sector de nuestra doctrina, que consideró la influencia de Pacheco en el proceso de elaboración del Código como la más importante de todos los miembros que compusieron la

II. La reparación privada en el código

1. Introducción

A continuación, y antes de analizar los preceptos concretos relativos a nuestro tema, señalaremos a grandes rasgos las modificaciones más importantes que separaron al presente texto del que le precedió.

A) *Modificaciones formales*

La ley que nos ocupa introdujo por primera vez una regulación de carácter sistemático en materia de responsabilidad civil.

Recordemos que el Código de 1822 no destinó ningún apartado específico a la reparación privada. En él el legislador concibió la responsabilidad civil como una consecuencia del delito accesoria a la pena, y reguló tan sólo aquellos aspectos de la misma que por su conexión con la responsabilidad penal debían preverse conjuntamente con ella. Lo importante para el legis-

Comisión. *Vid.*, en este sentido, QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Compendio...*, vol.I, *cit.*, pág.89; y REVUELTA BENITO, R.: "El Código Penal de 1848 y su gran comentarista don Joaquín Francisco Pacheco", en *R.E.P.*, núm.6, 1945, pág.30. Sin embargo, un amplio sector de nuestra doctrina ha destacado como fundamental la intervención de SEIJAS LOZANO. *Vid.*, ANTÓN ONECA, J.: "El Código Penal de 1848...", en *A.D.P.C.P.*, *cit.*, pág.491; LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la codificación española*, vol.II, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, 1970, págs.261, 263, y 268; BARBERO SANTOS, M.: *Política y Derecho Penal en España*, ediciones Tucur, Madrid, 1977, pág.31; SAINZ CANTERO, J.A.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, tomo I, editorial Bosch, Barcelona, 1982, págs.225 y 226; y CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal...*, *cit.*, pág.122 (en nota al pie 42), entre otros. Sobre el origen de la discusión, *Vid.*, especialmente CANDIL JIMÉNEZ, F.: "Observaciones sobre la intervención de don Joaquín Francisco Pacheco en la elaboración del Código penal de 1848", en *A.D.P.C.P.*, tomo XXVIII, 1975, págs.433 y 434. *Vid.*, respecto a la labor desempeñada por Pacheco en el proceso codificador, TOMÁS y VALIENTE, A.: *Códigos y Constituciones*, en *Obras completas*, tomo III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, págs.1925 y ss.

lador fue la previsión exhaustiva del castigo penal. De esta forma, las escasas normas que el primer texto punitivo dedicó a nuestro tema las hallábamos dispersas a lo largo de su articulado.

Por el contrario, basta echar un vistazo al índice de materias que comprendían el Código que analizamos para comprobar que en él la responsabilidad civil fue regulada como una consecuencia del delito paralela, no subordinada, a la de carácter penal. El texto dedicó ya diversos apartados específicos a la reparación privada, acabando, así, con la regulación asistemática que había caracterizado a la legislación histórica. Esa normativa específica se hallaba ubicada en los apartados siguientes:

- en el capítulo II, título II, libro I, bajo el epígrafe “De las personas responsables civilmente de los delitos y faltas” (artículos 15 a 18); y,
- en el título IV del libro I, “De la responsabilidad civil” (artículos 115 a 123)¹¹⁵.

115 Antes de que el texto alcanzara su configuración definitiva se sucedieron numerosas modificaciones en su estructura. En un principio, Seijas, encargado de la redacción del libro I, lo distribuyó en tres títulos, bajo los epígrafes “De las infracciones”, “De los infractores”, y “De las penas en general”, respectivamente. Posteriormente, añadió, además, un título IV, relativo a la reiteración y reincidencia; y un título V, regulador “Del fondo de indemnizaciones judiciales”, en el que preveía que el estado sufragara la reparación de los daños privados ocasionados por el delito, en caso de que no pudiera hacerlo el culpable. Sin embargo, esta segunda división fue posteriormente modificada en el seno de la Comisión. En primer lugar, se suprimió el título IV, recientemente creado, pasando a constituir la reincidencia una circunstancia agravante más, ubicada y regulada junto a las demás causas de agravación. En segundo lugar, se acordó asimismo la extinción del nuevo título V, remitiendo la regulación de la materia contenida en él a una ley especial posterior; únicamente se dejó en el texto punitivo una proclamación genérica del principio de solidaridad estatal citado. Y, sustituyendo a los dos artículos suprimidos, se creó un nuevo título, el título IV, relativo a “La indemnización del daño causado”. Para averiguar la génesis de los distintos artículos del Código hemos recurrido a las Actas de las sesiones de la Comisión General de Codificación en que fueron discutidos y aprobados aquéllos, aunque, como se desprende de dichas Actas, se produjo una refor-

B) Reformas sustantivas

- En primer lugar, la ley que comentamos vino a suprimir, con carácter definitivo, las cláusulas del Código anterior que suponían todavía cierta confusión entre responsabilidad civil y sanción penal. El nuevo Código delimita perfectamente ambos tipos de obligaciones¹¹⁶.

- En segundo lugar, se declara con carácter general la obligación que corresponde al culpable de reparar los daños privados ocasionados por el delito (art.15).

- Se introducen, también, modificaciones en materia de responsabilidad por actos ajenos. Estas reformas afectarán tanto al número de supuestos previstos como a la configuración de sus presupuestos.

- Se modifica y amplía la regulación referente a la distribución de la obligación privada entre los diferentes responsables penales.

ma posterior en algunos de los preceptos a consecuencia de la revisión del articulado llevadas a cabo por una sección especial nombrada al efecto. Tales Actas, depositadas en el Archivo General del Ministerio de Justicia, fueron publicadas por Lasso Gaité. *Vid.*, LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la codificación...*, vol.I, *cit.*, págs.266 y ss; y vol.II, Acta núm.1 de la Comisión (sesión de 2 de octubre de 1849, págs.461 y ss, Acta núm.17 (sesión de 14 de noviembre de 1844), págs.598 y ss, y Acta núm.18 (sesión de 16 de noviembre de 1844), págs.608 y ss.

116 Se da la circunstancia paradójica de que en el proceso de elaboración del Código la responsabilidad civil fue recogida en el catálogo de penas. En concreto fue Seijas quien dio lugar a la confusión al incluir la responsabilidad civil entre las posibles penas a aplicar, en las "cuestiones" que elevó a la Comisión General de Codificación; cuestiones que una vez aprobadas por ésta constituyeron las bases para el nuevo Código. De dicha discusión deja constancia la base 2ª. Curiosamente, ambas clases de sanciones aparecen diferenciadas en todas las Actas de sesiones de la Comisión sobre la discusión del texto; diferenciación que, afortunadamente, se mantuvo también en el proyecto de Código aprobado por aquélla. *Vid.*, al respecto, CANDIL JIMÉNEZ, F.: "Observaciones sobre la intervención de don Joaquín Francisco Pacheco...", en *A.D.P.C.P., cit.*, págs.407 y ss.

- Igualmente, se determina de modo expreso qué modalidades reparadoras integran legalmente la responsabilidad civil, así como la forma de hacer efectiva cada una de ellas.

- Unida a estas innovaciones, destaca por su importancia la contenida en el artículo 123. Esta disposición prevé, por primera vez, la responsabilidad subsidiaria del estado para el caso de que los responsables civiles sean insolventes. Pero... dejemos el comentario de este artículo para su lugar oportuno.

2. El articulado de la ley en materia de reparación del daño

A continuación analizaremos los preceptos concretos en que se materializaron las reformas mencionadas. Estas disposiciones estaban ubicadas en dos lugares distintos del Código: en el capítulo II, del título II, del libro I, y en el título IV, del libro I.

A) Disposiciones relativas a los sujetos responsables civilmente de los delitos y faltas (capítulo II, título II, libro I)

Comenzaba el capítulo con una proclamación que no hallábamos en el Código anterior: “toda persona, responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente” (art.15).

El fundamento de esta disposición se hallaba, para los autores de la época, en la necesidad de que se reparase la totalidad del daño causado por el delito para que quedara restablecida la paz social: “el más poderoso motivo —decía Groizard—, la causa principal de la alarma que ocasiona el delito, está en que impresiona fuertemente nuestra imaginación, figurándonos todos expuestos a ser víctimas de ataques iguales o semejantes; y si bien el castigo disminuye aquélla —alarma—... lo que tranquiliza en todo nuestro ánimo agitado, es la idea de que ha sido separado completamente el mal consecuencia del delito”¹¹⁷.

¹¹⁷ Vid., GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870...*, tomo I, cit., págs.686 y ss.

La preocupación exacerbada por fijar los límites de la responsabilidad penal, que en los últimos años había llevado a descuidar los derechos de los perjudicados dejaba paso, así, a una nueva concepción de las consecuencias jurídicas del delito en la que la responsabilidad civil adquiriría sustantividad propia.

El precepto, en su forma originaria, es decir, en la redacción dada al mismo por Seijas Lozano, hablaba de persona responsable de un “hecho penado por la ley”, expresión que fue posteriormente sustituida por la de “delito o falta”¹¹⁸. Tal modificación, de apariencia puramente terminológica, iba a desatar una amplia discusión doctrinal, que llegaría hasta nuestros días y llevaría a cuestionar, incluso, la propia esencia, la naturaleza, de la denominada responsabilidad civil delictual.

La terminología empleada en el nuevo tenor de la norma era más precisa para denotar la responsabilidad criminal que la propuesta por Seijas, pero iba a suscitar dudas respecto al origen de la responsabilidad civil derivada de la infracción. Con tal declaración el legislador quiso hacer patente que además de la responsabilidad penal, y como una obligación diferente de ésta, puede surgir otra de carácter privado, a cuyo cumplimiento queda también compelido el culpable. Sin embargo, la nueva redacción del precepto parecía sugerir una idea bien distinta, que todo delito lleva inexorablemente unida una prestación civil que nace de la propia infracción. Pero como es sabido, la causa de ambas obligaciones, civil y penal, es distinta: de la responsabilidad punitiva, el delito o falta; de la responsabilidad civil, el daño privado. Lo que coincide en ambas no es, pues, su causa inmediata, delito - daño privado, sino el hecho, o mejor, el acto humano, causante de los esos males. De este modo, el hecho podrá dar lugar a responsabilidad penal y no generar responsabilidad civil por no existir ningún daño privado¹¹⁹. La variación

118 *Id.*, LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la codificación...*, vol.II, *cit.*, Acta núm.11 de la Comisión (sesión de 26 de octubre de 1844), pág.547.

119 Los comentaristas del Código se pronunciaron, también, en este sentido, señalando que la responsabilidad civil no nace del delito mismo. *Id.*, VIZ-

terminológica señalada suponía, pues, preterir la mención expresa al origen de esas dos responsabilidades, el hecho, y aludir únicamente a la causa inmediata de la obligación penal.

Tras dicha declaración genérica, el artículo 16 regulaba los supuestos de exención criminal en que la responsabilidad civil seguía siendo exigible, bien al sujeto culpable, bien a otra persona directamente vinculada con él. Y, como vamos a ver, esta normativa presentaba también algunos escollos.

Las personas que según el citado artículo debían responder civilmente por actos ajenos quedaban obligadas normalmente con carácter subsidiario¹²⁰. A pesar de ello, en la regla primera hallábamos una excepción a ese principio: por los actos que ejecutare el loco o demente serían responsables las personas que los tuvieran bajo su guarda legal, y sólo en su defecto respondería el propio loco o demente¹²¹.

MANOS, T.M./ ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C.: *Comentarios al Código Penal*, tomo I, Madrid, 1848, pág.187; ARAMBURU Y ARREGUI, J.D.: *Instituciones de Derecho Penal español* (arregladas al Código reformado en 30 de junio de 1850), Oviedo, 1860, pág.50; y GÓMEZ DE LA SERNA, P./ MONTALBÁN, J.M.: *Elementos del Derecho Civil y Penal*, Madrid, 1865, pág.75. La separación entre intereses públicos e intereses privados llevó a algunos autores a señalar determinadas categorías de delitos que por su naturaleza no podían, a su juicio, dar lugar a responsabilidad civil, en la medida en que no causaban daño a individuo alguno. Como ejemplos, dichos autores citaban los delitos de rebelión y sedición. *Vid.*, ARAMBURU Y ARREGUI, J.D.: *Instituciones de Derecho Penal español...*, *cit.*, pág.50; y PACHECO, J.F.: *El Código Penal concordado...*, tomo I, *cit.*, pág.277. Sin embargo, como veremos en otro lugar, esta opinión no sería compartida por la doctrina posterior.

120 Seijas siguió aquí el modelo del Derecho de Brasil, cuyo Código Civil, al que remitía el artículo 70 de su texto punitivo, establecía la regla de la subsidiariedad. *Vid.*, GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870...*, tomo I, *cit.*, pág.701; y LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la codificación...*, vol.II, *cit.*, Acta núm.11 de la Comisión (sesión de 26 de octubre de 1844), pág.548.

121 Art.16.1:

“la exención de responsabilidad criminal declarada en los números 1º, 2º, 3º, 7º y 10º del art.8º, no comprende la de la responsabilidad civil, la cual se hará efectiva con sujeción a las reglas siguientes: 1º. En el caso del

La responsabilidad de los locos o dementes se fundó en razones de justicia: “en igualdad de circunstancias, dijo el señor Vila —miembro de la Comisión—¹²² es más justo que el daño caiga contra el mismo que lo causa que contra la persona a quien se infiere, que no tiene culpa alguna”¹²³.

En lo que respecta a los guardadores, la disposición apuntada presentaba, sin embargo, algunas deficiencias: en primer lugar, no exigir ningún tipo de negligencia por su parte para que quedaran sujetos a responsabilidad; en segundo lugar, no haber tenido en cuenta la posibilidad de que dichos responsables principales fueran insolventes. Aun cuando ambos defectos trataron de salvarse por algunos miembros de la comisión, sus propuestas no se mantendrían en la redacción definitiva del precepto¹²⁴.

núm. 1º son responsables civilmente, por los hechos que ejecuten los locos o dementes, las personas que los tengan bajo su guarda legal. No habiendo guardador legal, responderá con sus bienes el mismo loco o demente, salvo el beneficio de competencia en la forma que establece el Código Civil.”

122 Vid., LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la codificación...*, vol.II, *cit.*, Acta núm. 11 de la comisión (sesión de 26 de octubre de 1844), pág.549.

123 También en sentido favorable a la vinculación de los bienes del demente se pronunciaron la mayor parte de los autores de la época: “la demencia en efecto es una desgracia, decía Álvarez Martínez, pero la desgracia, como la fortuna, es de quien la tiene”. VIZMANOS, T.M./ ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C.: *Comentarios al Código Penal*, tomo I, *cit.*, pág.194. También a juicio de Gómez de la Serna y Montalbán el principio de que “cada uno debe reparar el mal causado por su propio hecho” conducía ineludiblemente a la obligación prevista. “Esta es una deuda -según diciendo estos autores- que debe satisfacer el loco o demente por la misma razón que paga los vestidos y los muebles de uso que destruya en su delirio”. GÓMEZ DE LA SERNA, P./ MONTALBÁN, J.M.: *Elementos del Derecho Civil y Penal*, *cit.*, pág.76. De Castro y Ortiz de Zúñiga se mostraron, sin embargo, contrarios a esta opinión: “los perjuicios causados por un loco, son realmente un mal fortuito... que sólo sirve en este caso para destruir, como podía haberlo sido el fuego del cielo, la casualidad ciega o cualquier otro agente devastador”. En consecuencia calificaban de “injusta” la responsabilidad civil sancionada en el artículo. Vid., DE CASTRO Y OROZCO, J./ ORTIZ DE ZUÑIGA, M.: *Código Penal explicado...*, *cit.*, págs.119 y 120.

124 Al respecto, por ejemplo, dijo el Sr.Vila: “así que sí admito que de los bienes del loco se indemnice, no hago lo mismo con los de los parientes, aun-

A continuación, la regla segunda contenía la regulación de la responsabilidad civil del exento de sanción penal por minoría de edad (el precepto se refería al menor de nueve años, y al mayor de esta edad y menor de quince). En ella había dos notas que separaban a este supuesto del anterior: en primer lugar, la responsabilidad del menor no era, como la del demente, de carácter subsidiario sino principal; en segundo lugar, los padres y tutores podrían liberarse de su obligación acreditando que no incurrieron en culpa o negligencia¹²⁵.

Los miembros de la Comisión fundaron la mayor lenidad de la responsabilidad del loco, en relación con la del menor, en el “fondo de perversidad” que éste denota al cometer el delito¹²⁶. Y entendieron que la obligación de los padres o tutores surgía,

que aquél nada tenga, si en éstos no ha habido descuido”. Por su parte, señaló Pacheco: “considero como obligación de todo el que causa mal el indemnizar o resarcir tenga juicio o no lo tenga; admito la responsabilidad de los guardadores del loco, pero en caso que éstos no tengan bienes que pague aquél”. Vid., LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la codificación...*, vol.II, cit., págs.546 y ss. Estas modificaciones pudieron ser introducidas por la Sección encargada de revisar el texto, o por el Gobierno durante el amplio intervalo transcurrido desde la elevación del proyecto al mismo (24 de diciembre de 1845) hasta su presentación al senado (13 de febrero de 1847). En este sentido, De Castro y Ortiz de Zuñiga, miembros ambos de la Comisión, dijeron, refiriéndose a la revisión introducida en el texto por el Gobierno: “artículos hay que son completamente nuevos para nosotros, y otros figuran tan desfigurados que difícilmente podemos reconocerlos”. DE CASTRO y OROZCO, J./ ORTIZ DE ZUÑIGA, M.: *Código Penal explicado para la común inteligencia y fácil explicación*, Granada, 1848, págs.XIV y XV. Vid., también, LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la codificación...*, vol.I, cit., págs.265 y 303.

125 Art.16.2:

“en los casos de los números 2º y 3º -del art.8- (es decir, cuando el culpable fuese menor de nueve años, o mayor de esta edad y menor de quince, respectivamente) responderán con sus propios bienes los menores de 15 años que ejecuten el hecho penado por la ley. Si no tuvieran bienes, responderán sus padres o guardadores, a no constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia”.

126 Vid., LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la codificación...*, vol.II, cit., Acta núm.11 (sesión de 26 de octubre de 1844), pág.549. La diferencia entre ambos estaba, según los autores de la época, en que los locos carecían del

no de un acto ajeno, el delito cometido por el menor, sino de un hecho propio, su no actuación en aras de evitar el daño¹²⁷.

Así pues, la responsabilidad de los guardadores era directa y objetiva si el sometido a su custodia era un demente; era, por el contrario, subsidiaria, y admitía prueba de haber observado la diligencia debida, si el tutelado era un menor. No creemos, sin embargo, que fuera el diferente deber de diligencia de los guardadores, en uno y otro caso, lo que llevara al legislador a instaurar un régimen jurídico tan dispar. Más bien parece que la Sección encargada de la revisión del texto, en algunos casos, en lugar de armonizarlo introdujo reformas que, en lo que concierne a esta materia, dieron lugar a incoherencias como la que acabamos de apuntar¹²⁸.

Tras los supuestos anteriores el artículo 16 preveía otras dos reglas. La primera, sancionaba la responsabilidad civil del que hubiere obtenido algún beneficio del mal causado en situación de necesidad¹²⁹. La segunda, regulaba la obligación privada

“instinto del bien”, instinto que sí poseían, por el contrario, los menores. Vid., VIZMANOS, T.M./ ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C.: *Comentarios al Código Penal*, tomo I, cit., pág.195; GÓMEZ DE LA SERNA, P./ MONTALBÁN, J.: *Elementos del Derecho Civil y Penal*, cit., pág.77; y GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870...*, tomo I, cit., pág.708.

127 Vid., LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la codificación...*, vol.II, cit., Acta núm.11 (sesión de 26 de octubre de 1844), pág.550.

128 Después de aprobar estos dos párrafos, la Comisión discutió dos propuestas formuladas en su seno, relativas a la incorporación de la responsabilidad del marido por los actos delictivos cometidos por su mujer, y del fiador por los del fiado, supuestos que habían sido recogidos en el artículo 27 del Código Penal de 1822. Ambas propuestas fueron rechazadas. Vid., LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la codificación...*, vol.II, cit., Acta núm.11 (sesión de 26 de octubre de 1844), págs.550 y 551.

129 Art.16.3:

“en el caso del núm.7 -del artículo 8- (es decir, cuando concurra estado de necesidad como causa del delito) son responsables civilmente las personas en cuyo favor se haya precavido el mal a proporción del beneficio que hubieren reportado.

Los Tribunales señalarán, según su prudente arbitrio, la cuota proporcional de que cada interesado debe responder.

derivada de la infracción cometida por miedo insuperable, haciendo responder en este caso, con carácter principal al causante del miedo, y en su defecto, al que hubiere ejecutado el hecho¹³⁰. En consecuencia, no se equiparaba el miedo, o *vis psíquica*, a la fuerza física; siempre que fuera irresistible, ésta conllevaba tanto la exención de responsabilidad penal como civil. La base de la distinción se hallaba, según indicaron los comentaristas de la época, en que la violencia acaba con la personalidad (“el hombre se convierte en instrumento”) mientras que en el delito cometido por miedo insuperable la voluntad subsiste, de modo que el sujeto pudo actuar de otra forma¹³¹.

Siguiendo con la regulación de la responsabilidad civil por actos delictivos ajenos, debemos referirnos también a los artículos 17 y 18 del texto punitivo. El primero preveía, en su párrafo primero, la responsabilidad civil subsidiaria de posaderos, taberneros o personas que estuvieren al frente de establecimientos semejantes, por los delitos que se cometieran en ellos, y siempre que concurriera infracción de reglamentos de policía por su parte. A continuación, el párrafo segundo regulaba la responsabilidad de los mismos sujetos por los efectos robados o

Cuando no sean equitativamente asignables, ni aun por aproximación, las personas responsables o sus cuotas respectivas, o cuando su responsabilidad se extienda al estado o a la mayor parte de la población, y en todo caso siempre que el daño se hubiere causado con intervención de la autoridad, se hará la indemnización en la forma que establezcan las leyes o reglamentos especiales”.

130 Sin embargo, aunque en la redacción inicial del artículo figuraban ambos supuestos, el propio Seijas propuso su supresión antes de someter a votación el precepto, con lo cual el anteproyecto no contenía referencia alguna a aquéllos. Volvemos a presumir, de nuevo, que fue la sección que efectuó la revisión del texto la que debió incorporarlos.

131 Decía Silvela que el que actúa violentado por fuerza irresistible se convierte en instrumento en manos de otro, y que por lo tanto “no es responsable de los males que ocasiona, como no lo es el puñal o la bala que mata o hiere”. SILVELA, L.: *El Derecho Penal estudiado en principios...*, 1879, cit., pág.245.

hurtados en sus establecimientos¹³². Por su parte, el artículo 18 declaraba extensiva la responsabilidad del precepto anterior a los amos, maestros y personas dedicadas a cualquier género de industria, por los delitos o faltas en que incurrieren sus criados, discípulos, oficiales, aprendices o dependientes, en el desempeño de su obligación o servicio¹³³.

132 Art.17:

“son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente, los posaderos, taberneros o personas que estén al frente de establecimientos semejantes por los delitos que se cometieren dentro de ellos, siempre que por su parte intervenga infracción de los reglamentos de policía.

Son además responsables subsidiariamente los posaderos de la restitución de los efectos robados o hurtados dentro de sus casas a los que se hospedaren en ellas, o de su indemnización, siempre que éstos hubieren dado anticipadamente conocimiento al mismo posadero, o a sus dependientes, del depósito de aquellos efectos en la posada. Esta responsabilidad no tendrá lugar en caso de robo con violencia o intimidación en las personas, a no ser ejecutado por los dependientes del posadero”.

133 Los dos artículos recogían supuestos diferenciados, pero relacionados entre sí en cuanto a su fundamento. Así, separaban a dichos preceptos las siguientes diferencias:

- en cuanto al objeto de la responsabilidad: el párrafo primero del artículo 17 hacía responder al posadero, tabernero, y demás sujetos previstos en él, de cualesquiera delitos cometidos en sus establecimientos. El párrafo segundo circunscribía la obligación del responsable subsidiario únicamente a dos delitos: robo y hurto. El artículo 18 extendía también la responsabilidad civil a todas las infracciones.

Por otro lado, el párrafo primero del artículo 17 mentaba sólo los delitos, mientras el párrafo siguiente y el artículo 18 hacían también referencia, explícita o implícita, a las faltas.

- en cuanto al ámbito espacial en que podían tener lugar las infracciones: el artículo 17 (párrafos 1º y 2º) prestaba especial atención al lugar de comisión del delito, ocupándose únicamente de los realizados en lugares de hospedaje o establecimientos análogos. El artículo 18 reparaba sólo en el vínculo causal que unía al principal con la infracción, sin circunscribirse como aquél a los delitos cometidos en un emplazamiento determinado.

- respecto al elemento personal: en el primero de los tres supuestos (art.17.1) la responsabilidad civil surgía sólo en caso de falta de diligencia del propio obligado. En los dos siguientes aquélla se extendía también a las infracciones cometidas por sus dependientes, o por terceros concurriendo negligencia de aquéllos.

En los tres supuestos se señaló como cimiento de la obligación del principal la falta de diligencia de éste o de sus dependientes. Así, el fundamento de la responsabilidad prevista en el artículo 17.1 estaría en la “infracción de los reglamentos de policía” por parte del posadero, tabernero o demás personas que estuvieren al frente del establecimiento. Sin embargo, aunque con dicha cláusula los miembros de la Comisión quisieron limitar la responsabilidad a los supuestos de incumplimiento de los reglamentos sobre horario de cierre¹³⁴, en su redacción definitiva el artículo no requeriría que la norma infringida guardara ningún tipo de relación causal con el delito cometido. La inobservancia de cualquier reglamento de policía ocasionaría la responsabilidad civil de aquéllos, lo que, llevado a sus últimos extremos podría dar lugar a situaciones tan inverosímiles como la que puso de manifiesto Groizard: habría que castigar al dueño del establecimiento si, tras cometerse en éste algún delito se comprobara que se habían infringido reglamentos de policía tales como los relativos a la capacidad de las medidas en las tiendas de vino¹³⁵. La pretendida obligación culposa se convertía, de esta forma, en una responsabilidad objetiva.

Igualmente se hizo referencia a la culpa *in vigilando* o *in eligendo* como fundamento de la responsabilidad civil prevista en el párrafo segundo de la disposición indicada, relativo a la obligación de los posaderos por los robos y hurtos cometidos en sus establecimientos. Sin embargo, el precepto establecía una presunción *iuris et de iure* respecto al responsable subsidiario, de modo que no le exoneraría de su obligación la prueba de haber observado la diligencia debida¹³⁶. Se trataba, también, de

134 Vid., LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la codificación...*, vol.II, cit., Acta núm.11 (sesión de 26 de octubre de 1844), págs.551.

135 Vid., GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870...*, tomo I, cit., págs.727 y ss. Vid., en el mismo sentido, VIZMANOS, T.M./ ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C.: *Comentarios al Código Penal*, tomo I, cit., pág.202.

136 Vid., ANTÓN ONECA, J./ RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A.: *Derecho Penal. Parte general*, tomo I, Madrid, 1949, pág.614.

una responsabilidad de índole objetiva. Y lo mismo cabe decir respecto del artículo 18. Este precepto establecía de nuevo una presunción de aquella naturaleza.

El verdadero fundamento de ambos artículos se hallaba, en nuestra opinión, en la protección de la confianza y seguridad que todo establecimiento público debe ofrecer a sus clientes, como contrapartida al beneficio que de él obtiene su dueño.

Después de estas breves notas acerca de la regulación contenida en el texto respecto a los obligados civiles, podemos apuntar algunas diferencias que lo separan del Código anterior:

- en primer lugar, la responsabilidad por actos ajenos queda limitada a la obligación estrictamente civil, dejando fuera las multas impuestas en concepto de pena, lo que sin duda es digno de encomio;
- por otra parte, se unifica adecuadamente el complejo sistema anterior de responsabilidad de los ascendientes por infracciones cometidas por descendientes que estuvieren a su cargo, estructurado en función del sexo del ascendiente y la edad del descendiente. El nuevo artículo 16 habla ya de “padres o guardadores”, aplicando un régimen uniforme a todos ellos. Especialmente positiva resulta, en este punto, la incorporación de la cláusula final de la regla segunda del artículo 16: “...responderán —subsidiariamente— sus padres o guardadores a no constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia”, es decir, cuando se desprenda del proceso que no existió falta de diligencia por su parte¹³⁷. Aun así, resulta criticable la inversión de la carga de la prueba que en este precepto se realiza en perjuicio de los responsables subsidiarios;

137 En este sentido interpretan la expresión “a no constar que no hubo culpa ni negligencia por su parte” Vizmanos y Álvarez Martínez. *Vid.*, VIZMANOS, T.M./ ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C.: *Comentarios al Código Penal*, tomo I, *cit.*, pág.197.

- asimismo, es loable la supresión de la responsabilidad subsidiaria del marido por los actos delictivos cometidos por la mujer, y la del fiador por su fiado;
- merece también un juicio favorable la exigencia de responsabilidad civil en los casos en que concurra miedo insuperable en la comisión del delito, teniendo en cuenta que no se trata de una causa de justificación¹³⁸;
- más discutible podría resultar la regla relativa a la obligación de reparar en todo caso el daño derivado de una situación calificada de “estado de necesidad”, incorporada de modo novedoso por el texto¹³⁹, y que los autores de la época intentaron fundamentar en razones de justicia material. Como ya señalara entonces la doctrina, dicha previsión resultaba inadecuada en los casos de estado de necesidad justificante¹⁴⁰;
- por otra parte, la estructuración del régimen de responsabilidad civil subsidiaria en varios artículos ha contribuido a su esclarecimiento formal;
- creemos, no obstante, que la regulación del texto punitivo anterior era superior a la del Código que comentamos en algunos puntos. Así, por ejemplo, en materia de responsabilidad civil derivada de infracciones

138 Sobre la naturaleza de esta eximente, *Vid.*, COBO DEL ROSAL, M./ VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte general*, editorial Tirant lo Blanch, quinta edición, Valencia, 1999, págs.696 y ss.

139 Quintano Ripollés entendió que tal previsión podría resultar contraria al principio de impunidad total de las causas de justificación. *Vid.*, QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Comentarios al Código Penal*, vol.I, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946, pág.309.

140 Así lo entendieron VIZMANÓS, T.M./ ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C.: *Comentarios al Código Penal*, tomo I, *cit.*, pág.198; ARAMBURU Y ARREGUI, J.D.: *Instituciones de Derecho Penal español...*, *cit.*, pág.53; GÓMEZ DE LA SERNA, P./ MONTALBÁN, J.M.: *Elementos del Derecho Civil y Penal*, *cit.*, pág.78; PACHECO, J.F.: *El Código Penal concordado...*, tomo I, *cit.*, pág.284; y AZCUTIA, M.: *La ley penal* (estudios prácticos sobre la interpretación, inteligencia y aplicación del Código Penal de 1870), Madrid, 1876, pág.312.

cometidas por dementes o locos, el primero requirió, para que quedara obligado el guardador, que el daño se hubiese causado “por falta del debido cuidado y vigilancia en su custodia”, requisito que es inexplicablemente suprimido en el texto que analizamos.

B) Normas relativas al contenido y distribución de la responsabilidad civil (título IV del libro I)

Sistemáticamente, partimos ya de un título correctamente ubicado, a continuación, pero independiente del relativo a la sanción penal. Por otra parte, su epígrafe¹⁴¹ deja sentado que en él nos vamos a encontrar con una normativa estrictamente civil. La delimitación entre sanción privada y sanción pública queda perfectamente delimitada.

Veamos cual era el contenido de su articulado¹⁴².

El primer precepto del título (art.115) determinaba el contenido de la obligación privada:

“la responsabilidad civil establecida en el capítulo II, del título II de este libro, comprende: 1º. La restitución; 2º. La reparación del daño causado; 3º. La indemnización de perjuicios.

Los comentaristas del Código fueron unánimes al interpretar estos conceptos: la restitución y la reparación procederí-

141 El epígrafe con que se encabeza el título en el texto, “De la responsabilidad civil”, es más adecuada que la que en principio había propuesto Seijas Lozano, “De la indemnización del daño causado”, expresión que suponía, como vemos, una excesiva ambigüedad en el tratamiento de los conceptos que integran la obligación privada. *Vid.*, en relación con la redacción dada al título en el anteproyecto, LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la codificación...*, vol.II, *cit.*, Acta núm.18 (sesión de 16 de noviembre de 1844), pág.610.

142 *Vid.*, respecto al proceso de elaboración en la Comisión General de Codificación, de los preceptos que vamos a ver a continuación, LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la codificación...*, vol.II, *cit.*, Acta núm.18 (sesión de 16 de noviembre de 1844), págs.608 y ss. En estas normas se produjeron también modificaciones con posterioridad a su aprobación por la Comisión.

an únicamente en los delitos contra la propiedad, la indemnización de perjuicios en los delitos contra las personas¹⁴³. Esta interpretación se iba a mantener también en la doctrina posterior, con algunas variaciones (así, por ejemplo, se incluirían en la indemnización algunos perjuicios derivados de los delitos contra la propiedad, en concreto, el lucro cesante).

Por otra parte, las tres modalidades de responsabilidad civil señaladas podían ser aplicadas de consuno, teniendo en cuenta que sólo se decretaría la reparación cuando no fuera posible la restitución¹⁴⁴.

El artículo 116 se ocupaba del primer concepto indicado en el artículo anterior, la restitución:

143 Vid., VIZMANOS, T.M./ ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C.: *Comentarios al Código Penal*, tomo I, cit., pág.373; ARAMBURU Y ARREGUI, J.D.: *Instituciones de Derecho Penal español...*, cit., pág.140. ("La restitución procede en los delitos contra la propiedad; la reparación en estos mismos, cuando no pueda hacerse aquella en todo o en parte; y la indemnización de perjuicios tiene lugar principalmente en los delitos contra las personas, pudiendo también tenerla alguna vez en los que atacan la propiedad, pero entonces se la suele llamar reparación"). El propio autor ponía de manifiesto la similitud que existe entre los conceptos "reparación" e "indemnización", el carácter de resarcimiento económico que ambos presentan, justificando la diferencia nominativa precisamente en la distinta naturaleza de los delitos a que cada uno de aquéllos se aplica; PACHECO, J.F.: *El Código Penal concordado...*, tomo I, cit., pág.491. ("El que ha robado, deberá ante todo restituir, y sólo cuando la restitución no pueda verificarse, es cuando tendrá efecto la reparación para reemplazarla. El que ha causado una lesión, una muerte, un daño material cualquiera, deberá indemnizar los perjuicios: éste no tiene que reparar ni restituir". La referencia que hace al final el autor al daño material podría dar lugar a confusión. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que durante mucho tiempo se consideró que los daños morales no eran indemnizables, por lo que con tal expresión se estaba, sin duda, haciendo alusión a "las demás lesiones corporales", que eran los únicos perjuicios personales entonces indemnizables); y GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, tomo II, segunda edición, Madrid, 1903, págs.613 y 621.

144 Vid., en este sentido, GÓMEZ DE LA SERNA, P./ MONTALBÁN, J.M.: *Elementos del Derecho Civil y Penal*, cit., pág.204; y PACHECO, J.F.: *El Código Penal concordado...*, tomo I, cit., pág.491.

“la restitución deberá hacerse de la misma cosa, siempre que sea posible, con abono de los deterioros y 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 medio legal, salva su repetición contra quien corresponda.

Esta disposición no es aplicable en el caso de que el tercero haya prescrito la cosa, con arreglo a lo establecido por las leyes civiles”.

La norma contiene un inciso, en cierta medida extraño a la regulación del precepto, que pone de manifiesto la compatibilidad, o aun la obligatoriedad, de conjugar la restitución del objeto con el resarcimiento de los daños causados por el delito. Nos referimos a la locución “con abono de los deterioros o menoscabos”¹⁴⁵, términos, éstos, que fueron interpretados en sentido amplio, considerando englobadas en ellos las pérdidas derivadas de la privación de los productos o servicios de los bienes sustraídos¹⁴⁶. Por lo demás, el último párrafo del artículo¹⁴⁷

145 La justicia del inciso señalado ha sido reconocida de forma unánime por nuestra doctrina, pero no ha ocurrido lo mismo con su ubicación sistemática. Vid., QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Comentarios...*, cit., pág.446; ANTÓN ONECA, J./ RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A.: *Derecho Penal. Parte general*, tomo I, cit., pág.621. (“La restitución de la cosa se completará... con el abono de deterioros y menoscabos. Lo cual equivale a decir que cuando la cosa se restituya dañada, procederá acompañar su reparación. Y entonces nos encontraremos dentro del concepto siguiente, por lo cual no haría falta aquella previsión”); GÓMEZ ORBANEJA, E.: “La acción civil del delito”, en *R.D.Priv.*, 1949, pág.204; y DÍAZ VALCÁRCCEL, L.M.: “Responsabilidad civil derivada del delito”, en *R.D.J.*, 1961, pág.27.

146 Vid., ARAMBURU Y ARREGUI, J.D.: *Instituciones de Derecho Penal español...*, cit., pág.141; y GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870...*, tomo II, cit., pág.616.

147 Este párrafo no debe tampoco su origen a Seijas, puesto que en el anteproyecto no se hizo ninguna alusión a esta excepción. El artículo 25 del meritado texto decía: “cuando la cosa que se mande devolver a su dueño estu-

venía a resolver la controversia doctrinal suscitada en torno a la posibilidad de prescribir objetos robados¹⁴⁸. El nuevo texto no dejaba lugar a dudas: el tercero podría adquirir tal clase de bienes con arreglo a las normas civiles reguladoras de la prescripción adquisitiva.

A pesar de los elogios formulados a este último párrafo¹⁴⁹, iba a tener que ser modificado posteriormente para dar cabida a otros supuestos, distintos al de la prescripción, y que también impedían al propietario recobrar el objeto que le había sido sustraído.

A continuación, el artículo 117 se ocupaba de la reparación en los siguientes términos:

*“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”*¹⁵⁰.

viere en poder de un tercero, aunque la haya adquirido por medio legal la restituirá a quien pertenezca, salvo su repetición contra quien deba responderle”. Vid., LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la codificación...*, vol.II, cit., Acta núm.18 (sesión de 16 de noviembre de 1844), pág.610.

148 Tal como explicaba Aramburu, la doctrina se hallaba por entonces dividida, negando algunos autores la posibilidad de admitir la prescripción de tales objetos, basándose en el derecho contenido en la Novísima Recopilación, mientras otros admitían la larga de treinta años, fundándose en las Partidas. Vid., ARAMBURU Y ARREGUI, J.D.: *Instituciones de Derecho Penal español...*, cit., pág.141.

149 A juicio de Álvarez Martínez: “una sola excepción había que hacer al principio contenido en el párrafo segundo del artículo 116 para el caso de que el tercer poseedor hubiera prescrito las cosas con arreglo a las leyes, y esta excepción la tenemos en el párrafo tercero, lo cual prueba que la ley se redactó con tacto y detenimiento”. VIZMANOS, T.M./ ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C.: *Comentarios al Código Penal*, tomo I, cit., pág.374.

150 El precepto, en su redacción originaria no hablaba de “reparación” sino de “indemnización”, término que se empleaba para designar tanto el resarcimiento de daños a cosas como a personas. Los miembros de la Comisión incurrieron en el confusiónismo que, veíamos, caracterizó al legislador de 1822. No obstante, como ya hemos señalado, el propio Pacheco, que no estuvo presente en la sesión de redacción del artículo, delimitó posteriormente el distinto campo de aplicación de cada uno de aquellos términos.

Hemos señalado ya cual era la diferencia entre reparación del daño e indemnización de perjuicios. Réstanos, por tanto, apuntar aquí, únicamente, que la atención a la afección del agraviado que prevé el artículo no fue acogida favorablemente por los jurisconsultos de la época¹⁵¹.

Por su parte, el artículo 118 disponía:

“la indemnización de perjuicios comprende, no sólo los que se causen al agraviado, sino también los que se hayan irrogado por razón del delito a su familia o a un tercero.

Los Tribunales regularán el importe de esta indemnización en los mismos términos prevenidos para la reparación del daño en el artículo precedente”.

Al igual que la reparación, la indemnización se concibió también en términos amplios: cualquier perjuicio económico derivado de un delito contra las personas quedaría comprendido en él; ya fuere daño emergente, o lucro cesante¹⁵². Pese a ello, los perjuicios morales no se consideraban todavía resarcibles.

Los problemas no surgieron, sin embargo, en torno al objeto de la obligación, sino en relación con sus sujetos beneficiarios. A este respecto se cuestionó la interpretación que debía darse a la dicción “tercero” que figuraba en el artículo. En este punto, la preocupación de la doctrina por evitar que el pago de la indemnización sumiera en la miseria a la familia del culpable supuso el rechazo de aquellas posturas que entendieron el derecho al resarcimiento en un sentido ilimitado, bien por su cuantía

151 Vid., por ejemplo, GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870...*, tomo II, cit., pág.623.

152 Así lo entendieron algunos de los más insignes juristas de la época: “El que comete el delito de herir a otro es responsable civilmente de los gastos de la curación, y de los jornales que le hizo perder”. GÓMEZ DE LA SERNA, P./ MONTALBÁN, J.M.: *Elementos del Derecho Civil y Penal*, cit., pág.189.

o por sus beneficiarios¹⁵³. Tuvieron, por ello, mayor acogida las opiniones de los autores que exigieron que el tercero tuviera con el culpable una vinculación análoga a la de la familia de éste¹⁵⁴.

Por otra parte, y como consecuencia de la separación instituida en el Código entre sanción penal y sanción civil, se instauró en su texto un precepto cuyo espíritu estuvo vigente en las Partidas, pero que fue suprimido por el Código de 1822. Nos referimos al artículo 119, que consagraba el principio de transmisibilidad de la obligación civil y de la acción para reclamarla¹⁵⁵.

A continuación, el artículo 120 determinaba que en caso de ser dos o más los responsables civiles de un delito o falta, los Tribunales señalarían la cuota de que debía responder cada uno. A este precepto no cabe oponerle, pues, ningún reparo. Mas, el artículo siguiente matizaba la regla anterior, de un modo, por

153 Pacheco dio al vocablo una extensión inusitada: “supongamos -decía- aún que ese asesinado hacía una obra para un tercero, la cual tenía ya cobrada y cuyo importe no podía devolver: el asesino o el reo de su muerte deberá reintegrar lo que por su delito ha hecho que pierda aquella tercera persona”. PACHECO, J.F.: *El Código Penal concordado...*, tomo I, *cit.*, pág.496. Sin embargo, la doctrina mayoritaria restringió la amplitud dada por el ínclito autor: “Pero entonces, apuntaba Groizard, todos los acreedores, por cualquier concepto del asesinado y que contaban con el trabajo de éste, durante un número más o menos crecido de años, para ser reintegrados de sus créditos se encontrarán igualmente perjudicados con su muerte, y de estos perjuicios responderá el asesino. ¿Se comprende hasta dónde puede extenderse semejante responsabilidad?”. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870...*, tomo II, *cit.*, pág.626.

154 Es representativa, en este sentido, la postura de Groizard: “el tercero ha de hallarse constituido... en condiciones análogas a las que se encontraría en su caso la familia del que fuera víctima del hecho punible; esto es, que por cualquier circunstancia dependiera su subsistencia de aquél”. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870...*, tomo II, *cit.*, págs. 626 y 627.

155 Art.119:

“la obligación de restituir, reparar el daño o indemnizar los perjuicios, se transmite a los herederos del responsable.

La acción para repetir la restitución, reparación o indemnización, se transmite igualmente a los herederos del perjudicado”.

cierto, farragoso e intrincado, distribuyendo la responsabilidad entre los distintos culpables de forma mancomunada, y haciendo responder a cada partícipe, autor, cómplice o encubridor, por las cuotas de los demás obligados, cuando fueran insolventes¹⁵⁶. Como vemos, el legislador vuelve a incurrir de nuevo en la contradicción terminológica que hemos señalado en otros lugares, empleando el término “mancomunidad” para referirse al régimen de solidaridad. La intención del legislador de que rigiera este último principio se deduce, en este caso, de las intervenciones de los miembros de la Comisión de elaboración del texto¹⁵⁷.

Tras este confuso precepto el legislador introdujo una disposición, paralela al artículo 16, y cuya precisión y justicia haría que fuese mantenida en los sucesivos textos punitivos:

“el que por título lucrativo participe de los efectos de un delito o falta, está obligado al resarcimiento hasta la cuantía en que hubiese participado” (art.120).

156 Por su parte, el reo insolvente sería privado de libertad cuando no pudiera satisfacer la multa o la responsabilidad civil:

Art.48:

“en el caso de que los bienes del culpable no sean bastantes para cubrir las responsabilidades pecuniarias, se satisfarán éstas por el orden siguiente: 1º. La reparación del daño causado; 2º. La multa; 3º. El resarcimiento de gastos ocasionados por el juicio y las costas procesales”.

Art.49:

“si el sentenciado no tuviere bienes para satisfacer las responsabilidades pecuniarias comprendidas en los números 1º y 2º del artículo anterior, en que se le condenare, sufrirá la prisión correccional, por vía de sustitución y apremio, regulándose a medio duro por día de prisión, pero sin que ésta pueda exceder nunca de dos años.

El sentenciado a pena de cuatro años de prisión, u otra más grave, no sufrirá este apremio”.

157 Así, el señor Pérez Hernández, en una de las sesiones de la Comisión, dijo que la mancomunidad suponía “responder del todo”, afirmando que “la división en cuotas es lo contrario a la mancomunidad”. Vid., LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la codificación...*, vol.II, cit., pág.1047. En este sentido interpretó también el precepto Groizard. Vid., su obra, *El Código Penal de 1870...*, tomo II, cit., pág.633.

Pocos comentarios precisa el precepto, si bien no es ocioso señalar algunos aspectos que deben tenerse en cuenta a la hora de interpretarlo:

- en primer lugar, resulta indispensable diferenciar este supuesto del encubrimiento¹⁵⁸, quedando incluidos en este último concepto aquellos casos en que el sujeto se hubiese beneficiado de los efectos del delito conociendo su origen delictivo.
- en segundo lugar, convino la doctrina en señalar que para exigir la restitución prevista en la norma sería necesario que se hubiere producido lucro o provecho positivo para el adquirente a título lucrativo¹⁵⁹.

158 En este Código quedaban comprendidos en el concepto de encubridor los que “con conocimiento de la perpetración de un delito, y sin haber tenido participación en él en concepto de autores ni cómplices... se aprovechan por sí mismos... de los efectos de aquél” (art.121). Por lo tanto, cuando el tercero se sirviera de esos efectos conociendo su procedencia delictiva, se debería aplicar este precepto y no el artículo 120. Este último quedaría, pues, únicamente para los casos en que el tercero se aprovechara de dichos bienes sin tener constancia de su origen delictivo.

159 Vid., VIZMANOS, T.M./ ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C.: *Comentarios al Código Penal*, tomo I, cit., pág.380; AURIOLES MONTERO, I.: *Instituciones del Derecho Penal en España*, Madrid, 1849, pág.60; ARAMBURU Y ARREGUI, J.D.: *Instituciones de Derecho Penal español...*, cit., pág.144; PACHECO, J.F.: *El Código Penal concordado...*, tomo I, cit., pág.502; VIADA Y VILASECA, S.: *Código Penal reformado de 1870*, tomo I, Madrid, 1890, pág.17; y GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870...*, tomo II, cit., pág.635. Igual presupuesto exigió también la doctrina posterior, por lo que indicaremos aquí algunos de los autores que se pronunciaron ulteriormente en el mismo sentido, en lugar de reiterar este requisito doctrinal al comentar cada Código. Vid., pues, al respecto, LANGLE RUBIO, E.: *Código Penal de 17 de junio de 1870*, Madrid, 1915, pág.202; LUZÓN DOMINGO, M.: *Derecho Penal del Tribunal Supremo. Parte general*, tomo II, Barcelona, 1964, pág.332; NAVAJAS LAPORTE, A.: “Algunas consideraciones en torno a la responsabilidad civil derivada del hecho punible”, en *R.G.D.*, 1977, pág.635; y RUIZ VADILLO, E.: “Algunas consideraciones sobre la responsabilidad civil procedente del delito, con especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *A.P.*, 1987-2, págs.1874 y ss.

Finalmente, y como corolario de la regulación consagrada al patrocinio de la víctima, el legislador introdujo un precepto, el artículo 123, encomiable sin lugar a dudas, pero que por la forma en que fue finalmente redactado, quedaría reducido a una mera proclamación de principios, sin aplicación práctica alguna. La ley especial a que aludía el precepto nunca llegaría a ser aprobada¹⁶⁰. Decía el citado artículo:

“una ley especial determinará los casos y forma en que el estado ha de indemnizar al agraviado por un delito o falta, cuando los autores y demás responsables carecieren de medios para hacer la indemnización”.

Como se desprende de la fase de gestación de esta norma, fueron exclusivos motivos prácticos los que llevaron a los miembros de la Comisión a aprobar el artículo en la forma consignada. En un principio, Seijas Lozano había propuesto dedicar un título en el texto punitivo, bajo el epígrafe “Del fondo de indemnizaciones judiciales”, a la compensación estatal, basándose para ello en la doctrina del contrato social: “es hasta cierto punto una verdad inconcusa la de que sólo a causa del abandono del poder se cometen las infracciones... y si al entrar en la asociación —sociedad— depositamos una gran parte de nuestra libertad y de nuestra fortuna... justo y natural parece que en cambio de ellos el ciudadano tenga como inmediata consecuencia la seguridad de su persona y bienes...”. La inclusión de esta institución en el Código, que el propio Seijas reconocía utópica, serviría, según este autor, para cambiar los principios de una legislación que hasta entonces se había ocupado tan solo de la *vindicta pública*, descuidando la reparación del ofendido. Mas, serían las observaciones formuladas por Luzuriaga las que persuadirían a la Comisión a abandonar la idea inicial de regular el resarcimiento en el propio texto punitivo. Como señalara dicho

160 No le faltaba razón a Auriolés Montero cuando afirmaba: “tan bello principio tarde o nunca llegará a realizarse, y nuestros legisladores no habrán hecho mas que manifestarnos un deseo”. *Vid.*, AURIOLÉS MONTERO, A.J.: *Instituciones de Derecho Penal en España*, cit., pág.61.

autor, la oposición del Ministerio de Hacienda habría supuesto, en ese caso, que el Código no hubiese visto nunca la luz¹⁶¹.

No obstante, la proclamación de tal principio, en la línea que en su día señalara Bentham¹⁶², constituye el precedente legal de las ayudas públicas que en los últimos años se han reconocido en nuestro Derecho a las víctimas de determinados delitos, basándose, no ya en una presunta responsabilidad estatal, sino en motivos de solidaridad social.

C) Otras disposiciones de la parte general relacionadas con nuestro tema

En primer lugar, el artículo 21 introducía la institución del perdón del ofendido como posible causa de extinción de la responsabilidad civil¹⁶³. En segundo lugar, el artículo 48 deter-

161 "En España, argüía Seijas, es donde más se necesita asentar este principio porque jamás se ha atendido al individuo perjudicado... había necesidad de cambiar de principios de legislación en este punto, y me pareció que no bastaba consignar el de la indemnización, sino que era preciso atender a que la clase de los delincuentes es por lo general entre nosotros la menos acomodada, la que nada tiene, la que carece de medios de indemnizar". Pero el propio autor reconocía que "esta teoría -indemnización estatal- absolutamente considerada es utópica". No obstante, debemos tener bien presente la argumentación reproducida por cuanto que constituye el origen legislativo de la lucha por lograr la implicación de los poderes públicos en la reparación de la víctima". *Vid.*, LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la codificación...*, vol.II, *cit.*, Acta núm.1 (sesión de 2 de octubre de 1844), págs.464 y ss; Acta núm.18 (sesión de 16 de noviembre de 1844), págs.602 y 608; y Acta núm.1 (sesión de 1 de febrero de 1845), pág.618.

162 En su obra "Tratados de legislación civil y penal", Bentham dedicó un capítulo (el capítulo XII de la Parte Cuarta, bajo el epígrafe "De las medidas que deben tomarse contra un delito ya cometido") a las vías que, según el autor, deberían seguirse para lograr la reparación efectiva del daño causado a los perjudicados por el delito. Además de la constitución de fondos de compensaciones, financiados por los propios delincuentes, y de los seguros privados, Bentham consideraba necesario instaurar un sistema de compensación estatal. Este sistema hallaba su fundamento en la falta de protección debida por el estado ("sociedad") a sus integrantes. *Vid.*, BENTHAM, J.: *Tratados...*, tomo III, *cit.*, pág.312.

163 Acerca de la justicia de la institución tal como está configurada, *Vid.*, ARENAL, C.: "Carta a los delincuentes", tomo III de sus *Obras completas*, Madrid, 1894, pág.121.

minaba el orden de prelación que debía observarse para la satisfacción de las responsabilidades de carácter económico, situando en primer término la responsabilidad civil. Mantenía, pues, el criterio del Código anterior.

A continuación, el artículo 49 aplicaba al reo insolvente la pena de prisión correccional, entre otros casos, cuando aquél no tuviere bienes bastantes para cubrir la responsabilidad civil¹⁶⁴; en consecuencia, la “prisión por deudas” seguía estando vigente. Ahora bien, el artículo 105 mejoraba sensiblemente la regulación del Código de 1822, al disponer que el producto del trabajo de los presidiarios se destinaría, con carácter prioritario, a hacer efectiva la obligación privada derivada del delito. Con ello se ofrecía al reo la posibilidad de satisfacer la obligación civil al tiempo de cumplir la pena de prisión, facultad que en el anterior texto les había sido negada.

Después de este somero análisis de la normativa general contenida en el Código en materia de responsabilidad civil, sólo nos resta señalar aquí que dicha regulación, y no la del texto punitivo anterior, fue la que fijó la pauta a seguir por los Códigos Penales posteriores¹⁶⁵, si bien algunas de las instituciones que aquí hemos elogiado serían posteriormente suprimidas.

164 Prisión que no se extendería a los responsables civiles subsidiarios. *Vid.*, las manifestaciones que en este sentido hizo la jurisprudencia de la época en, HIDALGO GARCÍA, J.: *El Código Penal* (conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo), tomo I, Madrid, 1908, págs.327 y 328.

165 Pocas comparaciones cabe hacer aquí con relación al Código anterior. Éste sólo contenía algunas normas que regulaban, de modo ambiguo y circunstancial, determinados aspectos de la obligación privada. Por el contrario, el presente Código dedicó un título a regular el contenido de la meritada obligación. Tanto los conceptos que integraban la responsabilidad civil, como su contenido, reparto y régimen de transmisibilidad aparecían ya delimitados.

D) Referencias a la reparación privada en la parte especial del Código

En primer lugar, el artículo 233 declaraba exentos de pena a aquellos que habiendo realizado cualquier falsificación lo revelasen a la autoridad antes de iniciarse el procedimiento, exigiendo como presupuesto para ello que la falsificación no hubiera causado perjuicio a tercero, o que se hubiese indemnizado a éste cumplidamente. En consecuencia, se favorecía el arrepentimiento del culpable siempre que ello no comportare quebranto alguno para la víctima.

Por su parte, los artículos 361 y 362 regulaban la reparación del daño procedente para los delitos de violación, estupro y raptó. El primero, atribuía a dichas infracciones el carácter de delitos privados, determinando que no podrían ser penados “sino a instancia de parte”. A continuación, la propia norma contenía una disposición que recordaba todavía la regulación que veíamos en la legislación histórica: “el ofensor quedará relevado de la pena impuesta, casándose con la ofendida”¹⁶⁶. Como vemos, pena y reparación privada no han sido aún plenamente deslindadas en esta clase de delitos; tal previsión constituye, pues, una excepción a la delimitación de responsabilidades que caracteriza al Código. A continuación, añadía el artículo 362 que en estos delitos la reparación privada comprendería la dote de la ofendida, y el reconocimiento y mantenimiento de la prole.

Como modalidad no resarcitoria de reparación, el artículo 368 preveía la que sigue: “la sentencia en que se declare la calumnia se publicará en los periódicos oficiales, si el calumniado lo pidiere”. En sentido similar, decía también el artículo 377 que los editores de periódicos en que se hubiesen propagado las calumnias o injurias, debían insertar en ellos dentro del término que señalasen las leyes, o el Tribunal en su defecto, la

¹⁶⁶ Casamiento que según Pacheco debía ser efectivo, es decir, no bastaría el ofrecimiento del ofensor si la víctima no aceptaba el matrimonio, pues el perdón no se habría producido. *Vid.*, PACHECO, J.: *El Código Penal concordado...*, tomo III, *cit.*, págs. 157 y 158.

satisfacción o sentencia condenatoria, si lo reclamase el ofendido. A las formas de responsabilidad civil contenidas en el artículo 115 había que añadir, pues, en los delitos contra el honor, la publicación de la sentencia en que se condenase el hecho deshonroso. Y, precisamente, esta forma de reparación era la única con que contaban quienes hubieren sufrido este tipo de agravios, dado que los perjuicios morales no se estimaban susceptibles de indemnización económica.

Los artículos 393 y 394 decretaban que en los matrimonios celebrados ilegalmente se debería dotar a la mujer que hubiera contraído matrimonio de buena fe. Y, para el caso de defraudación de alguna propiedad literaria o industrial, disponía el artículo 446 que los elementos obtenidos fraudulentamente serían entregados al perjudicado. En caso de no poderse realizar dicha entrega, se le atribuiría la multa impuesta al culpable.

Por último, el artículo 468 preveía una exención de pena por razón de parentesco para los delitos de hurto, defraudaciones o daños, pero disponía que los culpables estarían, no obstante, sujetos a responsabilidad civil.

Como vemos, también la parte especial del texto se aparta del Código anterior, en materia de reparación del daño. La regulación casuística que, respecto a la obligación privada, contenían los distintos tipos del anterior Código es suplida ahora por una normativa general y sistemática sobre responsabilidad civil *ex delicto*. La parte especial del presente texto sólo contiene ya algunas referencias a la reparación del perjudicado en los casos en que ésta adopta una forma distinta a la restitutoria o resarcitoria.

7. LA REFORMA DE 1850

Esta reforma¹⁶⁷ introdujo escasas variaciones en materia de resarcimiento del daño derivado del delito. Realizada con la finalidad de afianzar la estabilidad social y política en el país, acentuó en el texto su cariz autoritario¹⁶⁸, pero mantuvo la regulación del mismo en lo que no afectaba a dicho objetivo¹⁶⁹.

En nuestro tema efectuó sólo una precisión, respecto a la responsabilidad civil de los padres y guardadores por los hechos delictivos cometidos por el loco o demente. Dichos responsables quedarían exonerados de su obligación probando que no incurrieron en culpa o negligencia¹⁷⁰ en la custodia del culpable. Se

167 Al hablar de la reforma de 1850 nos referimos a la edición oficial reformada del texto punitivo de 1848, que fue aprobada por Real Decreto de 30 de junio de aquel año. No obstante, no fue ésta la única modificación que sufrió el Código desde su aprobación. A ella precedieron numerosas aclaraciones, modificaciones y rectificaciones propuestas por el Gobierno. Basándose el Ejecutivo en la propia Ley de promulgación del Código, que preveía que aquél propusiera a las Cortes las reformas convenientes en vista de los informes anuales de los Tribunales, promulgó una serie de decretos para la rectificación del texto, que se sucedieron hasta la aprobación de la reforma global de 30 de junio de 1830. *Vid.*, sobre el tema, SANTAMARÍA DE PAREDES, V.: *Principios de Derecho Penal*, Madrid, 1872, pág.78; VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, (traducido de la décimo-octava edición alemana y adicionado con la historia del Derecho Penal en España por Q.Saldaña), editorial Reus, Madrid, 1914, pág.462; LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la codificación...*, vol.I, *cit.*, págs.316 y ss; DEL ROSAL, J.: *Tratado de Derecho Penal español. Parte general*, editorial Darro, segunda edición, Madrid, 1976, pág.211; y RODRÍGUEZ DEVESA, J.M./ SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho penal español. Parte general*, *cit.*, pág.103.

168 *Vid.*, en tal sentido, QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Compendio...*, vol.I, *cit.*, pág.89; y ANTÓN ONECA, J.: "El Código penal de 1870", en *A.D.P.C.P.*, tomo XXIII, 1970, pág.34.

169 Respecto a las reformas que se insertaron en el texto, *Vid.*, ANTÓN ONECA, J./ RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A.: *Derecho Penal. Parte general*, tomo I, *cit.*, pág.103; ANTÓN ONECA, J.: "El Código Penal de 1870", en *A.D.P.C.P.*, *cit.*, pág.235; y BARBERO SANTOS, M.: *Política y Derecho Penal...*, *cit.*, pág.37.

170 La culpa a la que se refería el precepto era la culpa levisísima; es decir, el guardador del demente tendría que responder, incluso, por las omisiones

salvaba, así, la disfunción que, como vimos, se producía en el texto de 1848, entre el régimen jurídico del guardador del loco, al que no eximía de responsabilidad la prueba indicada, y la de los padres o guardadores del menor, que podían liberarse de su obligación probando su actuar diligente¹⁷¹.

más livianas. Su obligación difería, así, de la del guardador del menor, prevista en el artículo 16.2, quien quedaba obligado sólo cuando concurría culpa leve de su parte. Este fue el sentido que dieron los autores de la época a la regulación que, sobre la materia, contenía el texto punitivo, si bien para ello se basaron más en su idea de justicia que en la literalidad de los preceptos. Así, los términos “culpa o negligencia” fueron interpretados de forma distinta, e incluso contradictoria, para poder mantener la diferencia de régimen jurídico apuntada. En este sentido, se entendió que el hecho de que en el Código de 1848 se otorgara al guardador del menor la posibilidad de liberarse de responsabilidad probando la inexistencia de “culpa o negligencia” de su parte, y que no se reconociera la misma posibilidad al guardador del demente, respondía a la intención del legislador de hacer menos gravosa la obligación del primero con respecto a la del segundo. Esa mayor lenidad consistía, a juicio de la doctrina, en que el guardador del menor quedaría exonerado mediante la prueba de no haber incurrido en culpa leve en la custodia del menor. Los términos “culpa o negligencia” eran, a su juicio, equivalentes, e identificables, ambos, a la culpa leve. Así, el guardador del menor quedaría liberado de responsabilidad mediante la prueba de no haber existido culpa leve de su parte. *Vid.*, AURIOLES MONTERO, A.I.: *Instituciones de Derecho Penal en España*, cit., págs.52 y ss. Por el contrario, al comentar el texto reformado de 1850, en el que se eximía de responsabilidad no sólo al guardador del menor sino también al guardador del demente, cuando probaran no haber incurrido en “culpa o negligencia”, la doctrina equiparó “culpa” a “culpa leve” y “negligencia” a “culpa levísima”, criticando que se exigiera al guardador del menor la prueba de no haber incurrido en esta última para poder liberarse de su obligación. *Vid.*, ARAMBURU Y ARREGUI, J.D.: *Instituciones de Derecho Penal español*, cit., pág.52; y GÓMEZ DE LA SERNA, P./ MONTALBÁN, J.M.: *Elementos del Derecho Civil y Penal*, cit., pág.78.

171 En la parte especial del texto se mantiene la regulación anterior (los artículos 372, 378, 387, 388, 403, 404, 457 y 468, reproducen, respectivamente, lo dispuesto en los artículos 362, 368, 377, 378, 393, 394, 446 y 468). Únicamente existe una pequeña variación en cuanto a los efectos del perdón en los delitos de injuria y calumnia. En el Código Punitivo de 1848 el perdón del ofendido extinguía la pena en todo caso (art.381). En el texto de 1850 dicha institución únicamente tendría efecto cuando aquéllos delitos afectaran sólo a particulares, no así cuando el afectado fuese un ente público (art.391).

8. EL CÓDIGO PENAL DE 1870

I. Generalidades

El triunfo de la revolución de 1868 y la promulgación de la Constitución de 1869 hicieron necesaria una reforma que atemperase la legislación vigente a la nueva Norma Fundamental¹⁷². En el ámbito punitivo la ineludible observancia de los derechos consignados en el texto constitucional llevó a elaborar un Código que, respetando la estructura y principios del de 1848, establecía un sistema de penas caracterizado por su humanización¹⁷³.

172 Vid., "Dictamen de la Comisión General de Codificación", en *R.G.L.J.*, 1870, pág.49.

173 El objetivo de la reforma fue básicamente político. No obstante, se aprovechó también la ocasión para corregir los numerosos defectos y omisiones que, respecto al Código Penal de 1848, había introducido el texto de 1850: "el espíritu que a esta tarea -la reforma del Código Penal- presidía no era de modo alguno alterar sustancialmente ni en sus principios ni en su economía, la obra más perfecta de nuestra legislación. No obstante, la experiencia señalaba algunos defectos en los pormenores del Código, sobre todo después de la desgraciada reforma de 1850, cuya mayor parte había sido objeto de su más justa crítica. Se necesitaba, pues, una revisión de toda la obra para purgarla de tales vicios, suplir algunas omisiones, corregir o ampliar algún concepto dudoso, proveer a la ejecución de ciertas penas, suprimir alguna por ineficaz y excesiva, y fijar el sentido de tal cual disposición, que no había sido interpretada uniformemente por los Tribunales. Creía también la Comisión que debería darse por lo general alguna más latitud al arbitrio judicial en la aplicación de las penas, pero sin alterar el nivel de su proporcionalidad de los delitos, según se establecía en el Código primitivo antes de ser reformado". CÁRDENAS, F.: "Memoria histórica de los trabajos de la Comisión General de Codificación", en *R.G.L.J.*, *cit.*, pág.178. Vid., en relación con las reformas introducidas en el texto, BERNALDO DE QUIRÓS, C.: *Alrededor del delito y de la pena*, Madrid, 1904, pág.123; VALDÉS RUBIO, J.M.: *Derecho Penal (su filosofía, historia y legislación)*, Madrid, 1909, págs.229 y 230; SALDAÑA, Q., en VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, *cit.*, págs.463 y ss; ANTÓN ONECA, J.: "Los antecedentes del nuevo Código Penal", en *R.G.L.J.*, 1929, pág.35; JIMÉNEZ DE ASUA, L.: *Temas penales*, Córdoba, 1931, págs.24 y ss; ANTÓN ONECA, J./ RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A.: *Derecho Penal. Parte general*, tomo I, *cit.*, págs.63 y ss; QUINTANO RIPOLLÉS, A.:

En materia de reparación del daño la nueva ley mantuvo en líneas generales la regulación prevista en la edición reformada de 1850¹⁷⁴. No obstante, el legislador subsanó algunos defectos que, respecto a su articulado, habían sido denunciados por los prácticos del Derecho¹⁷⁵.

II. La normativa del texto sobre reparación

1. Los obligados civiles (Cap. II, Tit.II, L.I)

La responsabilidad civil del obligado penalmente quedaba inalterada en el nuevo Código. Fue en sede de responsabilidad subsidiaria donde se introdujeron algunos cambios. En primer lugar, se equiparó la responsabilidad civil de los padres y

Compendio..., vol.I, *cit.*, pág.89; NUÑEZ BARBERO, R.: *La reforma del Código Penal de 1870*, Universidad de Salamanca, 1969, pág.17; ANTÓN ONECA, J.: "El Código Penal de 1870", en *A.D.P.C.P.*, *cit.*, pág.237 y ss; DEL ROSAL, J.: *Tratado de Derecho Penal español. Parte general*, *cit.*, pág.112; BARBERO SANTOS, M.: *Política y Derecho Penal...*, *cit.*, págs.37 y ss; SAINZ CANTERO, J.A.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, tomo I, *cit.*, págs.223 y ss; y CERESO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal...*, *cit.*, pág.126.

174 Las disposiciones sobre la materia se hallaban reguladas en dos lugares del Código. En el capítulo II del título II, bajo el epígrafe "De las personas responsables civilmente de los delitos y faltas", y en el título IV, "De la responsabilidad civil"; ambos del libro I. Se mantenía, pues, también en este tema, la misma estructura del texto punitivo de 1848.

175 Para llevar a efecto la reforma, la Comisión General de Codificación, que modificó la parte general del texto, y por lo tanto, también la responsabilidad civil, y la Comisión legislativa que le sucedió, redactora de la parte especial, tuvieron en cuenta los informes aportados por los Tribunales y Colegios de Abogados, sobre diferentes cuestiones jurídicas que les fueron consultadas. *Vid.*, sobre el procedimiento de elaboración del texto, LLOPIS Y DOMÍNGUEZ, J.M.: *Apuntes de Derecho Penal*, primera parte, Valencia, 1886, págs.22 y ss; RAMIRO RUEDA, R.: *Elementos de Derecho penal*, Universidad de Santiago, 1886, págs.20 y ss; SALDAÑA, Q., en VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, *cit.*, pág.463; NUÑEZ BARBERO, R.: *La reforma del Código Penal de 1870*, *cit.*, págs.17 y ss; LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la codificación...*, vol.I, *cit.*, págs.418 y ss; y CERESO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal...*, *cit.*, págs.125 y ss.

guardadores del menor, antes subsidiaria, a la del guardador legal del loco o demente, de carácter directo¹⁷⁶, haciéndola directa en ambos casos (art.19, regla 1ª)¹⁷⁷. Por otra parte, se incluyó como posible motivo para el nacimiento de la responsabilidad subsidiaria la insolvencia del obligado principal, salvando así una laguna del texto anterior. Pese a ello, quedaba sin determinar el régimen jurídico aplicable a los casos en que el obligado subsidiario probara no haber incurrido en culpa o negligencia¹⁷⁸.

A continuación, los artículos 20, párrafo 1º, y 21, extienden, por primera vez, la condición de responsables civiles subsidiarios a las personas jurídicas, “empresas”. Estas deberían

176 Esta modificación fue propuesta por Gómez de la Serna, que elaboró la Parte general del texto. Vid., LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la codificación...*, vol.I, cit., pág.424.

177 Como fundamento del diferente régimen jurídico aplicado a los responsables por actos del menor y del loco se había aducido, como vimos, que el menor poseía cierto “instinto del bien” del que carecía el loco. Por otra parte, la diferente responsabilidad se fundó también en el mayor deber de diligencia que correspondía al guardador del menor respecto al del demente. Sin embargo, Groizard niega estos fundamentos. La responsabilidad del guardador del menor sólo surgirá cuando el sometido a su custodia tenga menos de 12 años, o siendo mayor de esta edad, y menor de 15, se haya declarado judicialmente su falta de discernimiento (art.19.1). Por lo tanto, el presunto “instinto del bien” al que aludían algunos autores estará ausente en aquéllos al igual que lo está en los locos. Por otra parte, el cuidado que habrán de tener los guardadores de personas de tan corta edad, o sin discernimiento, deberá ser tan estricto como el que se ha de observar con el demente. Vid., GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870...*, tomo I, cit., pags.707 y ss. Castillo García consideró, incluso, que la responsabilidad de los padres y guardadores del menor debería extenderse a la obligación penal. (“Los locos son instrumentos -decía- cuya dirección, cuyo cuidado, cuyos movimientos, están atribuidos a terceras personas”). Justificaba, según el autor, esta postura, el hecho de que en la legislación civil la indemnización del daño no cabía si no mediaba en el hecho culpa o negligencia del agente; requisito que falta cuando una persona carece de sentido. Vid., CASTILLO GARCÍA Y SORIANO, R.: *La reforma del Código penal español*, Ávila, 1896, págs.160 y ss.

178 En estos casos, señalaba Groizard que debía aplicarse la misma solución prevista en el párrafo 2º de esta regla para los casos de inexistencia o insolvencia del responsable civil principal. Vid., GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870...*, tomo I, cit., pág.711.

responder, en primer lugar, por los delitos cometidos por terceros en sus establecimientos, cuando concurriese infracción de reglamentos generales o especiales de policía por parte de la empresa o de sus dependientes¹⁷⁹. En segundo lugar, responderían también cuando el culpable fuese aprendiz, criado, discípulo, oficial o dependiente suyo, y hubiera llevado a cabo la infracción en el desempeño de su obligación o servicio¹⁸⁰.

Por último, el artículo 20 establecía un presupuesto nuevo para que surgiera la obligación subsidiaria de los posaderos o taberneros por los robos y hurtos realizados dentro de sus casas: los que se hospedaren en ellas sólo tendrían derecho a obtener el resarcimiento cuando “hubiesen observado las prevenciones que los dichos posaderos o sus sustitutos les hubiesen hecho sobre el cuidado y vigilancia de sus efectos”.

2. *El contenido de la responsabilidad civil* (Tit. IV, L.I)

El título IV (“De la responsabilidad civil”) introdujo escasas modificaciones en la materia.

179 Como vemos, la norma especificaba el tipo de reglamento, “general o especial”, cuya infracción daría lugar a la responsabilidad prevista en el artículo. Pero dicha modificación dejaba todavía sin resolver el defecto primordial que, como vimos, encerraba el artículo: seguía sin requerirse que el reglamento infringido guardase relación causal con el hecho delictivo.

180 Íntimamente relacionado con estas normas, el artículo 3º del Reglamento para la ejecución de la Ley de 14 de noviembre de 1855, sobre policía de las líneas férreas disponía que todo viajero que llevase objetos de valor en su equipaje debería hacerlos constar y exhibirlos antes del registro. La falta de este requisito relevaría de responsabilidad a la empresa en caso de sustracción o extravío. Pero esta norma debía entenderse aplicable únicamente a los delitos cometidos en el establecimiento del principal por terceras personas, es decir, a las infracciones previstas en el artículo 20.1, no a los delitos cometidos por los propios dependientes del obligado subsidiario (art.21). Este precepto establecía como único presupuesto que la infracción guardase relación con la obligación o servicio desempeñado. *Vid.*, en favor de esta interpretación, AZCUTIA, M.: *La ley penal...*, cit., pág.320; y ÁLVAREZ CID, J./ ÁLVAREZ CID, T.: *El Código Penal de 1870*, tomo I, Córdoba, 1908, pág.336.

El artículo 122 mantenía en líneas generales lo dispuesto en el artículo 116 del Código anterior con relación a la “restitución”. Únicamente ampliaba los supuestos exceptuados de la obligación de restituir el objeto sustraído, considerando excluidos no sólo los casos en que el poseedor hubiese prescrito la cosa, sino todos aquellos en que hubiera adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por la ley para hacerla irreivindicable. Se trataba, pues, de incorporar a la norma algunas formas de adquisición legal y definitiva del objeto por parte de un tercero, diferentes a la prescripción, y que habían sido previstos por leyes posteriores a la entrada en vigor del anterior texto punitivo¹⁸¹.

El artículo 123 contenía también una pequeña variación: el valor a tener en cuenta para determinar la cuantía de la reparación sería el “precio de la cosa”. Se suprimía, así, el término “natural” utilizado en la redacción anterior. Como vemos, se trataba sólo de una modificación formal.

181 En el momento de aprobación del Código estos supuestos eran, en primer lugar, los previstos en la Ley de 30 de marzo de 1861: los efectos al portador que hubieran sido negociados según lo dispuesto en la Ley de 29 de agosto de 1873 y los billetes de banco. A ellos había que añadir el supuesto establecido en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, referido al adquirente de buena fe, a título oneroso, que hubiese inscrito su derecho en el Registro. Una vez se aprobaran la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Código de Comercio, y el Código Civil, habría que añadir, también, el artículo 688.2 de la primera ley; los artículos 32, 85, 86, 545.3, 547 y 556 del Código de Comercio; y el 1940 del Código Civil. *Vid.*, al respecto, MARTÍN LOSANTOS, P.: *Prolegómenos de Derecho Penal*, Palma, 1871, pág.312; GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870...*, tomo II, *cit.*, pág.620; ESCRICHE, J.: *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, tomo IV, Madrid, 1876, pág.927; AZCUTIA, M.: *La ley penal...*, *cit.*, págs.320 y ss; SILVELA, L.: *El Derecho Penal estudiado en principios...*, 1879, *cit.*, págs.383 y ss; LLOPIS Y DOMÍNGUEZ, J.M.: *Apuntes de Derecho Penal*, *cit.*, pág.293; VIADA Y VILASECA, S.: *Código Penal reformado de 1870*, *cit.*, págs.8 y ss; RAMIRO RUEDA, R.: *Elementos de Derecho Penal*, *cit.*, págs.675 y 676; LANGLE RUBIO, E.: *Código penal de 17 de junio de 1870*, *cit.*, págs.197 y 198; y NUÑEZ DE CEPEDA, H.: *1870, Código Penal*, 1932, La Coruña, 1932, págs.133 y ss.

Mayor interés presenta, sin embargo, la reforma efectuada en el artículo 127. Dicha norma imponía la obligación privada a autores, cómplices y encubridores con carácter solidario¹⁸². De esta forma se incorporaba al tenor literal del precepto lo que en los textos anteriores se hallaba sólo en su espíritu, la solidaridad como regla de distribución de la responsabilidad privada¹⁸³.

Finalmente, se suprimía del articulado el principio de responsabilidad estatal que había sido proclamado en el artículo 123 del Código anterior. Como ya vaticinara nuestra doctrina, la ley a la que remitía el precepto no pudo promulgarse por falta de recursos económicos por parte del estado¹⁸⁴.

3. Otras disposiciones del Libro I relacionadas con el tema

El texto mantuvo aquí, básicamente, la regulación que vimos al comentar el correspondiente apartado del Código Penal de 1848¹⁸⁵.

182 Como más tarde señalara Ferrer Sama, dicha solidaridad no era incompatible con la fijación de cuotas por parte del Tribunal a los distintos culpables, porque el meritado señalamiento de cuotas "tiene valor respecto a las relaciones entre varios obligados, mientras la solidaridad hará referencia a la relación entre obligados y acreedores". FERRER SAMA, A.: *Comentarios al Código Penal*, Murcia, 1947, págs.373 y ss.

183 "Lo único esencial que se ha hecho ha sido enmendar una inexactitud jurídica que se observaba en el primitivo artículo, llamando mancomunidad a lo que realmente se quería fuese solidaridad". GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870...*, tomo II, *cit.*, pág.620.

184 *Vid.*, los comentarios que sobre el fracaso de tan justo principio hacen LLOPIS Y DOMÍNGUEZ, J.M.: *Apuntes de Derecho penal*, *cit.*, pág.297; y GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870...*, tomo II, *cit.*, pág.632 y 633.

185 *Vid.*, los artículos 24, 49, 50, 51, 52 y 114 del Código. No obstante, se añadieron algunas normas que no recogía el texto de 1850. Así, por ejemplo, el artículo 152 disponía:

4. La responsabilidad civil en la parte especial del texto

Esta normativa constituía también una reproducción del texto citado¹⁸⁶.

9. EL CÓDIGO PENAL DE 1928

I. Notas previas

El presente Código fue precedido de numerosos proyectos¹⁸⁷, e incluso de algún texto punitivo particular, como el que

“la responsabilidad personal que hubiese sufrido el reo por insolvencia, no le eximirá de la reparación del daño causado y de la indemnización de perjuicios, si llegare a mejorar de fortuna”.

Y el artículo 135:

“la responsabilidad civil nacida de los delitos o faltas, se extinguirá del mismo modo que las demás obligaciones, con sujeción a las reglas del Derecho Civil”.

186 Deben señalarse sin embargo, algunas variaciones. El artículo 493 suprime la obligación civil que en el artículo 403 del texto de 1850 se imponía al eclesiástico que hubiese autorizado un matrimonio ilegal, ahora sustituido por el Juez Municipal. Por otra parte, se suprime también el párrafo segundo del artículo 457 anterior (art.552 actual) que disponía que debían ser entregados al perjudicado los utensilios empleados, y ejemplares obtenidos, en el delito de defraudación de propiedad literaria o industrial.

187 Estos proyectos de reforma, que tenían el propósito de armonizar el Código con la Constitución de 1876, fueron los siguientes: Salmerón (1873), Estrada Danvila (1877), proyecto de una Comisión encargado por el ministro Auriolles (1879), Bugallal (1880), Alonso Martínez (1882), Silvela (1884), Alonso Martínez (1886), Villaverde (1891), Montilla (1902), Ugarte (1905), y el de la Comisión de Codificación (1912). No obstante, los antecedentes más inmediatos los constituyeron el anteproyecto de 1912 y las Bases preparadas por Saldaña. De estas últimas destacan, por lo que respecta a la obligación privada, las bases 14 y 16. La primera preveía la formación de una pieza separada de responsabilidad civil en el proceso penal, y establecía como condición para la concesión del beneficio de la libertad condicional, el indulto y el perdón judicial, que el culpable hubiere satisfecho al menos dos terceras partes de la responsabilidad civil. La base 16 pre-

Carlos VII dio a Tolosa en 1875, que en materia de preparación del daño mantuvo la normativa de 1850¹⁸⁸.

Las circunstancias políticas que rodearon al presente Código justifican, en primer lugar, su dureza represiva, y, en segundo lugar, su breve vigencia, coincidente con el citado régimen autocrático¹⁸⁹. En lo que atañe a la reparación privada, se apartó notablemente de los textos anteriores. Formalmente, acabó con la bipartición que había caracterizado a la normativa reguladora de la responsabilidad civil en los Códigos precedentes.

En cuanto a su contenido, reguló con mayor profusión que aquéllos los presupuestos necesarios para el nacimiento de la obligación privada.

veía la formación de un fondo, “caja de multas”, destinado a satisfacer la obligación privada. *Vid.*, SALDAÑA, Q.: *El futuro Código Penal*, editorial Reus, Madrid, 1923, págs.82 y ss; ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal*, cit., pág.78; ANTÓN ONECA, J./ RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A.: *Derecho Penal. Parte general*, cit., pág.65; y ANTÓN ONECA, J.: “Los proyectos decimonónicos para la reforma del Código Penal español”, en *A.D.P.C.P.*, tomo XXV, 1972, págs.249 y ss.

188 Este Código fue dado en Estella el día 2 de marzo de 1875 para que rigiera durante el periodo de la guerra civil. *Vid.*, *Código Penal de don Carlos VII*, Tolosa, 1875, págs.11 y ss; DEL ROSAL, J.: *Tratado de Derecho Penal español...*, cit., pág.212; y SAINZ CANTERO, J.A.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, tomo I, cit., pág.236.

189 *Vid.*, acerca de las circunstancias socio-políticas que rodearon al Código, y su repercusión en el articulado del mismo, JIMÉNEZ DE ASUA, L.: *El nuevo Derecho Penal*, Madrid, 1929, págs.147 y ss; ANTÓN ONECA, J./ RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A.: *Derecho Penal. Parte general*, tomo I, cit., págs.65 y ss; BARBERO SANTOS, M.: *Política y Derecho Penal...*, cit., págs.57 y ss; TOMÁS y VALIENTE, J.: *Manual de historia...*, en *Obras Completas*, tomo II, cit., págs.537 y ss; SAINZ CANTERO, J.A.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, tomo I, cit., págs.240 y ss; y CERREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal...*, cit., págs.130 y ss.

II. La reparación del daño en el articulado del código

1. *Modificaciones formales*

Hasta el presente cuerpo legal, la regulación “De las personas responsables civilmente” y “De la responsabilidad civil”, había sido ubicada en dos lugares diferentes del texto.

La nueva ley, sin embargo, unificaba la materia, regulándola en un capítulo único (Cap.IV-Tít.II-L.I), bajo el epígrafe “De la responsabilidad civil”¹⁹⁰. Por otra parte, la obligación privada derivada de determinados delitos (violación, estupro y rapto, y celebración de matrimonios ilegales), se ubicaba también en el capítulo IV, junto a las materias indicadas.

2. *Variaciones sustantivas*

A) *Reformas introducidas en el capítulo IV*

Como modificaciones sustantivas debemos destacar, en primer lugar, que las costas procesales, conceptuadas hasta entonces como pena, pasaban a formar parte de la responsabilidad civil, junto a los tres conceptos que tradicionalmente la habían integrado (art.72)¹⁹¹.

¹⁹⁰ Así, por ejemplo, el artículo 72, que daba comienzo a la regulación de la materia, determinaba, en primer lugar, que toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo sería también civilmente, y, a continuación, expresaba los distintos conceptos que integraban la obligación privada; es decir, reunía en un solo precepto el contenido de los artículos 18 y 21 del anterior Código.

¹⁹¹ Con ello se quiso poner fin a la controversia doctrinal generada en torno a la naturaleza jurídica de la institución, y salvar los problemas prácticos que la calificación de aquella como pena había ocasionado, fundamentalmente la imposibilidad de aplicarlas a los responsables por actos ajenos. *Vid.*, al respecto, JARAMILLO GARCÍA, A.: *Novísimo Código Penal. Comentado y cotejado con el de 1870* (prólogo de Alamillo Salgado), vol.I, L.I, Salamanca, 1928, pág.187. No obstante, tal modificación dio lugar a interpretaciones contrapuestas respecto a si los responsables por actos aje-

Además, se produjeron también variaciones relevantes en las modalidades de responsabilidad civil ya existentes, especialmente en la indemnización de daños y perjuicios¹⁹². Según el nuevo texto, quedarían comprendidos en ella los perjuicios que en el futuro pudieran derivar del hecho delictivo.

Pero, además, se considerarían también resarcibles los perjuicios morales. El legislador consagraba así la doctrina jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo a partir de la sentencia de 6 de diciembre de 1912. Hasta esta fecha el Alto Tribunal había venido negando el derecho del perjudicado a ser indemnizado por los daños morales sufridos a causa del delito:

“No siendo valorable el honor, en los delitos cometidos contra él no es posible fijar la cantidad en que consista el perjuicio ni imponer al delin-

nos debían quedar obligados también por las costas. *Vid.*, en sentido afirmativo la opinión de Jaramillo García (en su obra *Novísimo Código Penal...*, *cit.*, pág.187). Valentín y Gamazo, sin embargo, se pronunció en sentido negativo, basándose en la interpretación literal de algunos preceptos del Código. (El artículo 76, al regular las costas procesales las impone “a los criminalmente responsables”, el artículo 82 prevé la transmisión de las acciones y obligaciones a los respectivos herederos del perjudicado y del responsable, pero no menciona las costas, sino sólo la reparación, restitución, e indemnización...). *Vid.*, VALENTÍN Y GAMAZO, H.: “La responsabilidad civil en el nuevo Código Penal”, en *R.G.L.J.*, 1929, págs. 631 y ss.

¹⁹² En la regulación de la restitución se introdujo una excepción nueva respecto a la obligación que corresponde al tercero de restituir los bienes sustraídos: la prescripción de la acción reivindicatoria. Se especificaban, así, los dos posibles causas que impedirían al propietario reivindicar el objeto. Como se recordará, el texto anterior sólo preveía el supuesto de irreivindicabilidad por haber adquirido el tercero el objeto en la forma y con las condiciones establecidas por la ley. *Vid.*, una exposición detallada sobre los requisitos establecidos en la legislación civil en relación con la prescripción adquisitiva, y a los plazos de prescripción de la acción reivindicatoria, en JARAMILLO GARCÍA, A.: *Novísimo Código Penal...*, vol.I, L.I, *cit.*, págs.189 y ss. Respecto a la reparación del daño, se mantuvieron los criterios de valoración que ya vimos al comentar el Código anterior, precio de la cosa y afección del agraviado, añadiéndose sólo una precisión de carácter formal: la afección del agraviado se tendría en cuenta “si constare o pudiese apreciarse”.

cuente como responsable civil consiguiente a la criminal que haya contraído, la de pagar una indemnización al ofendido". S.T.S. -Sala 2ª- de 6 de diciembre de 1882 (J.C., tomo 27, 1882, núm.6387, págs.414 y ss).

Pues bien, la precitada sentencia de 1912 vino a admitir, por primera vez, la indemnización por daños morales:

"la honra, el honor, y la fama... constituyen los bienes sociales de mayor estima y su menos-cabo la pérdida de mayor consideración que puede padecer -el agraviado- en una sociedad civilizada... debiendo, por lo tanto, ser apreciados estos daños como unos de los más graves, estableciendo el juzgador una responsabilidad civil..." (S.T.S. -Sala 1ª- de 6 de diciembre de 1912 -J.Civ., tomo 125, 1912-3, núm.95, págs.582 y ss-)¹⁹³.

No obstante, esta resolución limitaba el resarcimiento a los perjuicios morales que tuvieran repercusión económica.

El Código que comentamos vino, pues, a recoger esta doctrina, pero no especificó si, al igual que en la resolución transcrita, los daños objeto de indemnización serían únicamen-

¹⁹³ El Tribunal sentenciador, seguía diciendo la sentencia, al someter el daño moral a compensación pecuniaria, no confunde, como se supone, las atribuciones del Poder Judicial con las del Poder Legislativo, pues para ello sería necesario que se declarase en disposición abstracta o de carácter general algún derecho nuevo; cosa que no ocurre aquí porque el juzgador, valiéndose de las reglas de la equidad se limita, como intérprete de la ley, a explicar mejor principios jurídicos ya preexistentes, que definen el daño en sus diferentes manifestaciones, para justificar, toda vez que es indiferente pedirla por la acción civil o penal, una indemnización económica, que si nunca es bastante como reparación absoluta de ofensas tan graves, al fin es la que más se aproxima a la estimación de los daños morales directamente causados a la joven perjudicada, y que llevan consigo, natural y lógicamente, otros daños, esto es, los materiales y sociales...".

te los que tuviesen repercusión económica o si deberían quedar comprendidos, también, los perjuicios puramente afectivos¹⁹⁴.

El Alto Tribunal, en sentencia de 22 de enero de 1932, puso fin a esta cuestión, limitando la indemnización a los perjuicios morales con trascendencia patrimonial: “para declarar la obligación de indemnizar daños provenientes de un delito de injurias... es requisito esencial que aparezca acreditada la certeza del daño o perjuicio moral generador de quebrantos patrimoniales causados al ofendido o a un tercero...” (S.T.S. -Sala 2ª- 22 de enero de 1932 -J.C., tomo 126, 1932, núm.28, págs.69 y ss-).

Por lo demás, para valorar la indemnización, tanto por perjuicios materiales como morales, y así presentes como futuros, los Tribunales tendrían que atender a los criterios que, de modo novedoso, enumeraba la ley¹⁹⁵.

¡Lejos quedaban ya los tiempos en que algunos de nuestros ilustres juristas calificaron de “repugnante” la indemnización del daño moral...!. La evolución social y jurídica había llevado, nada menos, que a su consagración legal.

194 La doctrina no era unánime en este punto. Así, mientras Antón Oneca y Rodríguez Muñoz, y Cuello Calón se mostraban partidarios de la inclusión de los daños morales puros, Montés entendía que sólo debían ser indemnizados los perjuicios morales con repercusión económica. *Vid.*, CUELLO CALÓN, E.: *El nuevo Código Penal español*, libro I, editorial Bosch, Barcelona, 1929, pág.306; MONTÉS, P.J.: *Derecho Penal español*, vol.II, Madrid, 1929, págs.297 y ss; y ANTÓN ONECA, J./ RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A.: *Derecho Penal. Parte general*, tomo I, *cit.*, págs.621 y ss.

195 Art.75, párr.2º y 3º:

“Para determinar la indemnización, los Tribunales tendrán en cuenta la edad, estado, posición social y económica, profesión y poder adquisitivo de la persona muerta, o que sufra lesiones que dejen inutilidad absoluta o relativa para el trabajo, a fin de capitalizar el producto económico probable de la víctima.

En los delitos contra la honestidad y en los de injuria, calumnia y difamación, se tendrán en cuenta los factores indicados y además, y muy especialmente, lo que represente desprestigio y sufrimiento moral en sí mismo, aunque no repercuta en el patrimonio del ofendido, y siempre en relación con la calidad social de éste”.

Por otra parte, también en sede de responsabilidad por actos ajenos el presente Código merecía el calificativo de “innovador”. Frente a la regulación de carácter genérico que caracterizó a los textos anteriores, la ley de 1928 preveía taxativamente cada uno de los supuestos de responsabilidad¹⁹⁶. Entre las modificaciones articuladas en este punto, además de la minuciosidad señalada, podemos destacar, entre otras, las siguientes¹⁹⁷:

- en primer lugar, se equipara, a efectos de responsabilidad civil, la infracción cometida por fuerza irresistible a la realizada por miedo insuperable, respondiendo en ambos casos el causante de la fuerza o del miedo con preferencia al ejecutor del hecho;
- por otra parte, la reparación derivada de una situación calificada de estado de necesidad pasa a ser regulada en un artículo autónomo¹⁹⁸;

¹⁹⁶ El artículo 78 añadía a los supuestos de responsabilidad subsidiaria recogidos en los artículos 20 y 21 del Código anterior, otros distintos, que, en algunos casos constituían una especificación de la responsabilidad atribuida en el anterior artículo 21 a las “personas y empresas dedicadas a cualquier género de industria”. Así, hacía responder civilmente al estado, provincia, y municipio, por los delitos o faltas que cometieren sus dependientes, en los servicios administrados directamente por aquéllos. A los propietarios de periódicos, revistas y demás publicaciones, y de los establecimientos de impresión y difusión. A las empresas y particulares dedicados a la construcción y reparación de aparatos, motores y vehículos para el transporte. A las sociedades bancarias, de ahorro, de seguros o de cualquier otra clase, y asociaciones, sindicatos y corporaciones análogas; e, incluso, a los presidentes y vocales del consejo de administración, y demás directores o gerentes, cuando en el delito cometido se hubiese aprovechado la deficiente gestión de éstos. Así como también a los médicos y farmacéuticos. En todos estos casos era presupuesto para que surgiera la responsabilidad subsidiaria que el delito se hubiese producido por culpa o impericia de los dependientes del obligado civilmente. Por último, se hacía responder también a los que hubiesen cooperado a la evasión de un detenido o preso, o al quebrantamiento de una condena.

¹⁹⁷ Una referencia a las modificaciones más importantes del texto en este tema la encontramos en SAN MARTÍN LOSADA, L.: *El Código Penal de 1928, su estudio y comparación con el de 1870*, Madrid, 1928, págs.78 y ss.

¹⁹⁸ El artículo 79, que reguló esta materia, mantenía el régimen jurídico que, para estos casos, establecieron los Códigos Punitivos anteriores. Única-

- respecto a la obligación subsidiaria de los fondistas, posaderos, taberneros, y demás personas o empresas, por los delitos cometidos en sus establecimientos (art.78.1), se exige ya que el reglamento infringido guarde relación con el delito cometido. La responsabilidad objetiva prevista en el precepto se convierte así en una obligación que algunos calificarán de culposa y otros de cuasi-objetiva¹⁹⁹;
- además, se incluye entre los posibles responsables subsidiarios al estado, la provincia y el municipio²⁰⁰, reco-

mente había en él una modificación en los supuestos de remisión a lo dispuesto en las leyes o reglamentos especiales: en los textos anteriores se hacía una remisión a tales normas cuando la responsabilidad se extendiera al estado. Ahora se aludía “al estado, la provincia, o el municipio”.

199 Sobre el tema, resulta de interés el planteamiento de la cuestión realizada por Quintano Ripollés. *Vid.*, QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Compendio de Derecho Penal*, vol.I, editorial Edersa, Madrid, 1958, pág.485.

200 La jurisprudencia había venido negando la posibilidad de reclamar frente a la administración, como responsable subsidiaria, la obligación privada derivada de los delitos cometidos por sus funcionarios. “Siendo las leyes de interpretación restrictiva -decía el Alto Tribunal- no puede ampliarse a los ayuntamientos la responsabilidad subsidiaria que el Código Penal establece en los artículos 20 y 21 para los posaderos... en ninguno de cuyos casos se encuentra comprendida la Corporación Municipal, cual era indispensable sucediera, para que fuera procedente la acción intentada contra ella con sujeción a estos artículos...” S.T.S. -Sala 2ª- de 14 de junio de 1886 (J.C., tomo 36, 1888, núm.482, págs.922 y ss). En el mismo sentido, la S.T.S. -Sala 2ª- de 4 de abril de 1919 (J.C., tomo 102, 1919, núm.75, págs.184 y ss). La de 18 de marzo de 1936, siguiendo la pauta fijada por el legislador de 1928, cambió la interpretación que hasta entonces se había dado a los artículos 21 y 22 del Código, en el sentido negativo indicado, y declaró, por primera vez, que las administraciones públicas debían considerarse comprendidas en dichos preceptos: “los ayuntamientos como las demás Corporaciones oficiales, no pueden por menos de encontrarse comprendidas dentro de las prescripciones de los citados artículos del Código sin necesidad de violentar su texto, ya que en el artículo 22 se hace extensiva la responsabilidad subsidiaria “a las personas o empresas” por los delitos o faltas en que hubieren incurrido sus criados o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicios, siendo innegable que dentro de la frase “persona” va incluida no solo la física, sino también la jurídica...” S.T.S. -Sala 2ª- de 18 de marzo de 1936 (Ar.594). *Vid.*, en el mismo sentido, S.T.S. -Sala 2ª- de 22 de noviembre de 1947 (Ar.1414); 22 de diciembre de 1948

giendo la postura mantenida por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 18 de marzo de 1936 (Ar.594);

- finalmente, la responsabilidad civil, hasta hora limitada a los delitos, se extiende también a las faltas²⁰¹.

Además de las reformas apuntadas se introdujeron algunas variaciones que afectaron al régimen jurídico de los propios culpables:

- al igual que en los Códigos precedentes, la distribución entre ellos de la responsabilidad civil se hace de modo solidario. Pero en la presente norma la solidaridad no sólo se da entre los partícipes de cada clase sino entre todos los delincuentes que han contribuido a la infracción;
- además, en caso de fallecimiento del culpable el perjudicado sólo podrá reclamar la reparación privada a los herederos de aquél cuando ya exista sentencia firme condenatoria (art.82).

Debe mencionarse también, como reforma que atañe tanto a los responsables civiles directos como a los subsidiarios, la posibilidad que les otorga el Código de satisfacer su obligación civil de modo aplazado²⁰².

(Ar.1585); 15 de enero de 1949 (Ar. 40); 26 de mayo de 1958 (Ar.1986); 12 de febrero de 1959 (Ar.369); 16 de marzo de 1961 (Ar.860); 25 de noviembre de 1965 (Ar.5238); 5 de febrero de 1968 (Ar.781); 6 de julio de 1970 (Ar.3205); 9 de marzo de 1979 (Ar.1089); 13 de abril de 1981 (Ar.1637); 27 de marzo de 1987 (Ar.2231); 4 de marzo de 1988 (Ar.1561); 21 de febrero de 1991 (Ar.1309); 16 de marzo de 1992 (Ar.2268); y 1 de marzo de 1994 (Ar.2079).

201 Excepción a esta norma era, sin embargo la regla 1ª del artículo 78, relativo a la obligación de fondistas, posaderos, etc.. En este caso el legislador aludió sólo a los delitos, omitiendo la mención de las faltas. Sin embargo, como ponía de manifiesto Jaramillo García, tal ausencia debió responder a un olvido del legislador. *Vid.*, JARAMILLO GARCÍA, A.: *Novísimo Código Penal...*, vol.I., L.I, *cit.*, pág.208.

202 Art.83:

"los Tribunales podrán acordar, a instancia del responsable civilmente, el pago de la indemnización, o de una vez, o a plazos, en la forma establecida para las multas en los artículos 179 a 183 de este Código.

Respecto a la regulación de los delitos de violación, estupro y rapto, cabe apuntar una novedad: los Tribunales tendrían que atender a los nuevos parámetros establecidos por el legislador para fijar la cuantía de la dote que el culpable debía entregar a la víctima²⁰³.

A las innovaciones que acabamos de apuntar había que añadir, además, otra variación, derivada de la reforma llevada a cabo en el artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El mentado artículo preveía, por primera vez, la posibilidad de recurrir en casación la estimación del daño privado hecha por el Tribunal. Se superaba así una línea jurisprudencial que durante largo tiempo había negado al perjudicado todo derecho al recurso²⁰⁴.

B) Otras modificaciones de la parte general relacionadas con la reparación privada

Amén de las disposiciones del capítulo IV, había en esta parte del Código otros preceptos que guardaban conexión con la reparación civil, y, más propiamente, con su efectividad.

En primer lugar, debemos citar el artículo 169. Esta norma, que recogía una propuesta de Alonso Martínez²⁰⁵, dispo-

En los delitos contra las personas, de cuyas resultas sobreviniere la muerte o incapacidad para el trabajo, podrá también acordarse así, o bien que se pague al perjudicado, o a sus herederos, una renta vitalicia proporcionada a dicha indemnización”.

203 Posición social y económica de la víctima y del culpable y demás circunstancias indicadas en los delitos contra la honestidad, y los de injuria, calumnia y difamación (art.84). En el delito de celebración de matrimonio ilegal, se mantenía la obligación del contrayente doloso de dotar a la mujer que hubiese contraído matrimonio de buena fe (art.85).

204 Tras la reforma, el artículo 849 disponía que se entendería infringida una ley en la sentencia definitiva, cuando dados los hechos que se declararen probados, se hubiese incurrido en evidente error de hecho o de derecho al determinar la importancia de la responsabilidad civil directa o subsidiaria. *Vid.*, respecto al régimen jurídico aplicable hasta ese momento, AGUILERA DE PAZ, E.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo VI, editorial Reus, Madrid, 1925, págs.37 y ss.

205 En sus bases –concretamente en la base 6ª-, Alonso Martínez sugería que el trabajo de los penados tuviera carácter obligatorio, y que se destinaran siete

nía que las dos terceras partes del producto del trabajo de los condenados a reclusión o prisión se aplicarían a las responsabilidades civiles del reo²⁰⁶, reduciéndose, de esta forma, la cuantía asignada a este fin en el Código anterior. Por otra parte, el Reglamento Penitenciario realizaría una nueva distribución de las ganancias del interno, restringiendo todavía más aquella suma. Se asignaría a la reparación del daño tan solo dos tercios de la mitad del jornal total (el tercio restante se destinaría a los fondos de ahorro y libre disposición). La otra mitad del salario integraría su “ración de trabajo”.

Mas, destaca especialmente la previsión contenida en el artículo 183. En él se instauraba una institución que, pese a haber sido propuesta por algunos de nuestros insignes juristas, no había sido consagrada hasta ahora en ningún texto punitivo: la “caja general de depósitos”. Este fondo estaría constituido por las multas de los condenados, y se destinaría a cubrir los gastos judiciales no satisfechos, a indemnizar a las víctimas de errores judiciales... y, en lo posible, a los perjudicados que no pudieran ser indemnizados²⁰⁷. El principio de resarcimiento estatal, que el legislador de 1822 pudo tan solo proclamar se regulaba ahora en el propio texto punitivo. No obstante, a diferencia del “fondo de compensación” propuesto por Bentham, o de la “caja de multas” sugerida por Lardizábal, únicamente se destinaría a los perjudicados una pequeña parte, todavía indeterminada, de los ingresos. Pero, de nuevo motivos económicos llevarían a suprimir pronto del Código esta figura, que podría haber supuesto el inicio de una legislación más equitativa.

décimos de su importe a cubrir los gastos ocasionados al estado, la responsabilidad civil, y la multa. *Id.*, ANTÓN ONECA, J.: “Los proyectos decimonónicos...”, en *A.D.P.C.P.*, *cit.*, pág.280.

206 *Id.*, en torno a este tema, RODRÍGUEZ NAVARRO, A.: “Sobre la regulación de la pena de multa y la efectividad de la indemnización civil en el Código Penal”, en *R.G.L.J.*, 1930, págs.521 y ss.

207 *Id.*, BENTHAM, J.: *Tratados...*, tomo III, *cit.*, págs.310 y 311; y SALDAÑA, Q.: *El futuro Código Penal*, *cit.*, pág.84.

Podríamos seguir enumerando otras muchas disposiciones que aseguraban también la eficacia de la responsabilidad civil en situaciones concretas: perturbación mental del culpable (art.95), condena condicional (art.189), rehabilitación (art.210), amnistía (art.193), indulto (art.194), etc.

Parecía, pues, inferirse de este amplio conjunto normativo, que el Código otorgaba al perjudicado mayores garantías que los textos anteriores. Sin embargo, el artículo 18 desvanecía esta apariencia: la responsabilidad civil se equiparaba a la multa en el orden de prelación señalado para el cobro de las distintas responsabilidades pecuniarias²⁰⁸. Perdía, así, el carácter preferente que tradicionalmente le había sido otorgado.

C) Reformas acerca de la responsabilidad civil en la parte especial del texto

Transferidos al capítulo IV los artículos que regulan la responsabilidad civil derivada de los delitos de violación, estupro y rapto, y el de celebración de matrimonio ilegal, son escasos los tipos de la parte especial del Código que aluden a la reparación privada. Por otra parte, las referencias que en ellos encontramos, coinciden, generalmente, con las de la ley anterior²⁰⁹.

En el presente Código el legislador ha continuado la tendencia iniciada en los textos punitivos anteriores: la responsabi-

208 El artículo 182, por su parte, declaraba aplicable lo dispuesto en el artículo anterior para satisfacer lo ya abonado por el responsable civil.

209 Como disposiciones novedosas podemos señalar, sin embargo, las contenidas en los artículos 555 y 709. El primero preveía la responsabilidad de farmacéuticos, drogueros y herbolarios por los daños ocasionados por adulteraciones realizadas por sus dependientes. El segundo establecía una forma especial de responsabilidad para los delitos de usura: "lo sembrado, plantado y edificado, así como los frutos, productos o beneficios obtenidos y mejoras realizadas se considerarán de la pertenencia del legítimo propietario de lo ocupado, utilizado o usurpado y le será entregado, en su caso". *Vid.*, respecto a las reformas introducidas por el texto, CASTEJÓN, F.: *Derecho Penal*, tomo I, editorial Reus, primera edición, Madrid, 1931, págs.486 y ss.

lidad civil y la responsabilidad penal se han ido deslindando hasta constituir obligaciones diferenciadas. Al propio tiempo, un número cada vez mayor de normas se ocupan de definir el contenido de la obligación privada. Por otra parte, la incipiente preocupación por la víctima ha llevado a ampliar su esfera jurídica: los perjudicados tendrán derecho al resarcimiento del daño moral, y el estado asumirá, al menos, una parte de la indemnización cuando el reo sea insolvente. La obligación civil está prácticamente perfilada. Pero, va a comenzar ahora una ardua controversia doctrinal en torno a la legitimidad de esta regulación. En 1889 se ha aprobado el Código Civil, en el que se regula la responsabilidad extracontractual genérica, normativa que presenta sensibles diferencias con la responsabilidad civil prevista en el Código Penal para los supuestos en que el acto causante del daño sea un ilícito penal.

No obstante, esta dualidad normativa, que en un principio pudo parecer disfuncional, encontraría el apoyo de un sector cada vez mayor de nuestra doctrina, en la medida en que la previsión de la responsabilidad civil en el texto punitivo no sólo facilita la labor del Juez penal (teniendo en cuenta que esta pretensión suele resolverse en el proceso punitivo), sino que favorece el recurso a la reparación del daño como instrumento político-criminal, lo que redundaría, en definitiva, en beneficio de los perjudicados. Y estos argumentos son suficientes, a nuestro juicio, para mantener esa ordenación formal.

10. EL CÓDIGO PENAL DE 1932

I. Algunos apuntes introductorios

Como indicábamos antes, el Código de 1928 tuvo una vigencia limitada, la proclamación de la república de 1931 trajo consigo su anulación inmediata y el restablecimiento provisio-

nal del texto punitivo de 1870. Poco después, la promulgación de la Constitución de 1931 haría necesaria la adecuación de la ley sancionadora a la nueva Norma Fundamental, acelerando, de este modo, el proceso de gestación del nuevo Código, que fue aprobado el 27 de octubre de 1932. No obstante, esta ley era una transcripción del Código Penal de 1870²¹⁰, con algunas variaciones de orden técnico, y una mayor humanización de sus preceptos²¹¹.

II. Especialidades del texto en materia de reparación

1. Peculiaridades de la parte general

También en materia de responsabilidad civil ex delicto el legislador de 1932 recuperó la regulación del Código de 1870, incorporando sólo algunas mejoras técnicas, y flexibilizadoras.

Entre las primeras debe situarse la atribución de autonomía propia a las costas, que dejaban de estar conceptuadas como responsabilidad civil, abandonando el criterio del Código anterior, o como pena, naturaleza que le habían atribuido los textos

210 La estructura del Código vuelve a coincidir también con la de 1870: en el cap.II, tít.II, L.I, se regulan las personas responsables civilmente de los delitos y faltas; en el tít.IV, la responsabilidad civil.

211 El legislador justificó la parquedad de la reforma precisamente en la necesidad de elaborar un Código Punitivo realmente nuevo, además de evitar la confusión e inestabilidad que generaría a los Tribunales la aprobación de un nuevo cuerpo normativo en tan breve espacio de tiempo. El legislador, en la exposición de motivos del texto, clasifica las variaciones efectuadas en cuatro grupos: “modificaciones impuestas por la nueva Constitución”, “reformas de errores materiales de técnica, e incorporación de leyes complementarias”, “humanización y elasticidad del Código”, y “casos de reforma excepcional”. Pues bien, las novedades que afectan a la responsabilidad civil figuran entre las reformas técnicas y de humanización. *Vid.*, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J./ RODRÍGUEZ RAMOS, L./ RUIZ DE CORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos Penales españoles* (recopilación y concordancias), editorial Akal, Madrid, 1988, Código Penal de 1932 (exposición de motivos), págs.977 y ss.

punitivos de 1850 y 1870. La nueva ley las regulaba en el título IV del libro I, junto a la reparación privada. Mas, la rúbrica que encabezaba el título (“De la responsabilidad civil y de las costas procesales”) se cuidaba de separar ambos conceptos, indicando con ello que nos hallábamos ante dos instituciones distintas de la pena, pero diferentes también entre sí. Además, el artículo 114²¹², en el que se preveía el orden de prelación en que debían satisfacerse las responsabilidades pecuniarias, se trasladaba también al título IV, quedando así correctamente ubicado, al final de las normas que regulaban las diversas obligaciones de carácter económico (multa, responsabilidad civil, y costas).

Como reforma de carácter humanitario cabe citar la operada en la regla primera del artículo 20. Esta disposición vio modificada su redacción para adecuarla a la moderna terminología psiquiátrica y a la evolución de esta rama de la medicina²¹³. Los términos “imbécil” y “loco” del Código anterior fueron reemplazados por los vocablos “enajenado” y “sordomudo”. Junto a ello, la edad fijada como causa de exención de la responsabilidad criminal, y por ende, también para la civil directa, se elevaba a 16 años²¹⁴.

212 Precepto que coincidía con el artículo 49 del texto de 1870.

213 El propio legislador justifica en estos términos la modificación apuntada. *Vid.*, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J./RODRÍGUEZ RAMOS, L./RUIZ DE CORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos Penales españoles, cit.*, Código Penal de 1932 (Exposición de Motivos), pág.26.

214 El Decreto-ley sobre Tribunales tutelares de menores de 3 de febrero de 1929 introdujo una novedad importante en relación con los delitos cometidos por menores. Su artículo 14 disponía: “las acciones civiles para la restitución de objetos, reparación de daños o indemnización de perjuicios originados por actos u omisiones ejecutados por un menor, cuyo conocimiento sea de la competencia del Tribunal tutelar, sólo podrán ejercitarse por el perjudicado, en su caso, ante los Tribunales ordinarios del orden civil en la clase de juicio que proceda. A este efecto, la intervención del Tribunal tutelar se limitará a declarar en conciencia los hechos que estime acreditados y la participación del menor, así como a devolver al perjudicado los objetos sustraídos cuando no pueda ofrecer dudas racionales la propiedad de dichos objetos”. Por lo tanto, en los lugares en que hubiere Tribunal tutelar, la responsabilidad civil se resolvería en la vía civil. *Vid.*, sobre el tema, CUELLO CALÓN, E.: *Exposición del Código Penal reformado de 1932*, editorial Bosch, Barcelona, 1933, págs.202 y ss.

No obstante, hay una innovación en esta norma que merece una mención especial. Nos referimos a la supresión de la “prisión por deudas”. ¡Por fin la insolvencia deja de ser causa de responsabilidad personal subsidiaria, en caso de impago de la obligación civil o de las costas procesales!²¹⁵.

Pero, además de las reformas introducidas en la redacción del Código, la evolución de la jurisprudencia había incidido en la interpretación de algunas normas variando sustancialmente su sentido. Así, por ejemplo el artículo 104, que durante la vigencia del texto punitivo anterior sólo había dado cabida a los perjuicios morales con repercusión económica abrazaba, ahora, los daños morales puros. Así lo señalaba la sentencia de 14 de noviembre de 1934:

“la responsabilidad civil comprende los daños morales, entendiéndose por tales, tanto aquellos que omnivorando la actividad personal debilitan la capacidad para obtener riquezas, es decir, los daños morales indirectamente económicos, como los constituidos por el simple dolor moral, aunque no trascienda a la esfera patrimonial...” (S.T.S. -Sala 2ª- de 14 de noviembre de 1934 -J.C., tomo 131, 1934, núm.211, págs.584 y ss-)²¹⁶.

Junto a las mejoras del ordenamiento penal sustantivo que hemos apuntado se produjo, paralelamente, una restricción de los derechos del perjudicado en la legislación procesal. La ley de 28 de junio de 1933 modificaba de nuevo el artículo 849 de

215 El artículo 94 del Código mantenía la prisión subsidiaria únicamente para los casos de impago de multa. *Vid.*, al respecto, CUELLO CALÓN, E.: *El nuevo Código Penal español*, cit., pág.211.

216 Igual postura mantendría también la jurisprudencia posterior. *Vid.*, S.T.S. -Sala 2ª- de 2 de abril de 1949 (Ar.645); 24 de junio de 1964 (Ar.3202); 10 de marzo de 1967 (Ar.1057); 15 de marzo de 1967 (Ar.1139); 11 de marzo de 1981 (Ar.1107); 1 de diciembre de 1989 (Ar.9374); 5 de marzo de 1991 (Ar.1908); 2 de marzo de 1994 (Ar.2097); 14 de marzo de 1997 (Ar.2326); y 16 de mayo de 1998 (Ar.4878), entre otras.

la Ley de Enjuiciamiento Criminal, suprimiendo el apartado en que se concedía al agraviado la posibilidad de recurrir en casación los extremos de la sentencia referidos a la obligación civil²¹⁷.

2. Reformas introducidas en la parte especial

También aquí respetó el legislador la regulación de 1870²¹⁸, realizando sólo algunos pequeños ajustes para adecuarla a la nueva legislación civil y procesal²¹⁹.

11. LOS PROYECTOS DE 1938 Y 1939

El Anteproyecto de 1938 preveía reformas relevantes en el campo de la reparación privada. Por un lado, la responsabilidad civil impuesta por los Códigos anteriores al loco o menor se ampliaba a todos los sujetos exentos, exceptuando sólo los casos en que el daño “proviniera de culpa del que lo hubiese sufrido”. Junto a ello, se añadían al miedo insuperable la fuerza irresistible y la obediencia debida, como eximentes que daban lugar a la reparación (art.20)²²⁰. Por otro lado, se declaraba aplicable la responsabilidad privada a todos los casos de imprudencia,

217 Vid., GRANADOS, M./ PECES BARBA, G.: *Leyes Penales* (conforme a los textos oficiales), Madrid, 1934, pág.1934; y MEDINA, L./ MARAÑÓN, M.: *Leyes Penales de España*, décima edición (puesta al día por Castejón), Madrid, 1947, pág.233.

218 Los artículos 450, 459, 460, 461, 473, y 557, coinciden, respectivamente, con los artículos 470, 479, 480, 482, 494, y 580 del Código Penal de 1870.

219 Así, por ejemplo, se extendió la dote prevista como responsabilidad civil para los delitos de violación, estupro y rapto, a las víctimas divorciadas (art.464).

220 Vid., CASABÓ RUIZ, J.R.: *El anteproyecto de Código Penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S.*, estudio preliminar y edición, Murcia, 1978, págs.27 y 58.

incluidos aquellos en que el sujeto hubiera sido absuelto²²¹. Se instauraba, además, una “caja de indemnizaciones” para resarcir a las víctimas, constituida por los bienes decomisados y el producto del trabajo de los reos (art.102)²²². Junto a ello, se concedía a los Tribunales la posibilidad de otorgar al culpable el beneficio de la redención de la pena de arresto y de encarcélamiento si indemnizaba al perjudicado la cantidad fijada por aquéllos (disposición adicional)²²³.

Por su parte, las reformas más destacadas del proyecto de 1939 se referían a la responsabilidad civil de carácter subsidiario. En este sentido, el texto seguía la pauta fijada por el Código de 1928, haciendo responder con tal carácter a las personas jurídicas (art.25), y al estado, provincias y municipios (art.26)²²⁴.

En consecuencia, la preocupación por los perjudicados estuvo patente en el proceso de elaboración de estas normas.

12. EL CÓDIGO PENAL DE 1944

I. Introducción

El régimen autoritario instaurado tras la guerra civil mantuvo vigente durante largo tiempo el Código Penal de la república, sirviéndose de leyes especiales para adecuarlo a las

221 Vid., CASABÓ RUIZ, J.R.: *El anteproyecto de Código Penal de 1938...*, cit., pág.36.

222 Vid., CASABÓ RUIZ, J.R.: *El anteproyecto de Código Penal de 1938...*, cit., págs.28 y 78.

223 Vid., CASABÓ RUIZ, J.R.: *El anteproyecto de Código Penal de 1938...*, cit., pág.36.

224 Vid., CASABÓ RUIZ, J.R.: *El proyecto de Código Penal de 1939*, estudio preliminar y edición, Murcia, 1978, págs.8 y 44.

nuevas concepciones políticas²²⁵. Posteriormente, la necesidad de refundir la amplia legislación dispersa llevó, en 1944, a elaborar un nuevo cuerpo legal, que sería una renovación del Código de 1848, con las variaciones que habían incorporado las normas específicas²²⁶. La regulación de la responsabilidad civil coincidía, pues, tanto en su estructura como en su contenido, con la prevista en las leyes de 1848, 1850, 1870 y 1932, salvo algunas pequeñas reformas que apuntaremos.

II. Las previsiones sobre satisfacción del daño en el articulado de la ley

I. Normas de la parte general

Los artículos 19 a 22, y 101 a 112, eran una copia literal de la regulación que, en relación con los sujetos obligados y la responsabilidad civil contenía el Código anterior. Únicamente se apartó de él para acoger algunas de las mejoras que, incorporadas por el legislador de 1928, habían sido eludidas en 1932. Estas reformas afectaban, especialmente, a los artículos 21, párrafo 1º, y 104, del nuevo texto.

225 Vid., ANTÓN ONECA, J./ RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A.: *Derecho Penal. Parte general*, tomo I, cit., pág.69; DEL ROSAL, J.: *Tratado de Derecho Penal español...*, cit., pág.214; TOMÁS y VALIENTE, J.: *Manual de historia...*, en *Obras completas*, tomo II, cit., págs.540 y ss; CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal...*, cit., págs.133 y 134; y RODRÍGUEZ DEVESA, J.M./ SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal español. Parte general*, cit., págs.114 y ss; entre otros.

226 “No es una reforma total, ni una obra nueva, sino sólo una edición renovada o actualizada de nuestro viejo Cuerpo de leyes penales que, en su sistema fundamental y en muchas de sus definiciones y reglas, data del Código promulgado en 19 de marzo de 1848”. Vid., LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J./ RODRÍGUEZ RAMOS, L./ RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos penales españoles*, cit., Código Penal de 1944 (Preámbulo), pág.1181.

El primero extendía la responsabilidad civil subsidiaria en todos los casos a las faltas²²⁷; al propio tiempo, exigía que hubiera relación causal entre la infracción cometida y el reglamento vulnerado para que surgiera la obligación prevista en la norma. En el segundo, se hacía mención expresa a los perjuicios morales al regular el objeto de la indemnización²²⁸.

2. Disposiciones de la parte especial

Las alusiones a la responsabilidad civil que encontramos en esta parte del Código son, una vez más, una fiel réplica de las contenidas en el Código de 1870²²⁹.

227 Los Códigos anteriores habían previsto que la responsabilidad civil subsidiaria se extendiera a todas las infracciones, tanto a las constitutivas de delito, como a las faltas. Sin embargo, el legislador había olvidado mencionar éstas al regular la obligación civil de los posaderos, taberneros y demás personas dedicadas a cualquier género de industria por los delitos cometidos en sus establecimientos. De modo que dichos obligados sólo responderían cuando la infracción cometida fuera un delito en sentido estricto. Ahora, el legislador hace alusión expresa a las faltas al regular el mentado supuesto, con lo que la obligación prevista en el artículo 21 se extiende también a ellas.

228 Además de estas dos reformas, el artículo 20.1 vio levemente modificada, también, su redacción. La expresión “a no hacer constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia”, que permitía a los obligados civiles liberarse de su responsabilidad probando haber actuado con la debida diligencia, fue sustituida por “a no constar que no hubo...”. Sin embargo, tal variación dejaba inalterado el régimen jurídico de los responsables previstos en el artículo. Mantenía, como vemos, la presunción de culpabilidad de estos obligados, que sólo quedaría desvirtuada mediante prueba suya en contrario. *Vid.*, en este sentido, GÓMEZ CALERO, J.: “La responsabilidad civil derivada de acto ilícito penal”, en *R.G.D.*, 1960, págs.608 y 609; QUINTANO RIPOLLÉS, A.: “La acción tercera o cuasi-criminal propia de la llamada responsabilidad civil dimanante del delito”, en *R.D.Priv.*, 1966, págs.937 y 938; y SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E.: “La responsabilidad civil derivada del delito”, en *Comentarios a la legislación Penal*, tomo XVI, editorial Revista de Derecho Público, 1994, págs.97 y ss.

229 Contrastar, en este sentido, los artículos 456, 464, 465, 466, 467, y 479 del presente cuerpo normativo con los artículos 450, 557, 459, 460, 461 y 473 de la Ley de 1870.

13. REFORMAS POSTERIORES

La reforma de 28 de marzo de 1963 afectó levemente a la normativa civil contenida en el Código de 1944. Únicamente cabe destacar, entre las variaciones introducidas por el legislador, que a las remisiones que hacían las reglas primera y tercera del artículo 20 a la Ley de Enjuiciamiento Civil, para determinar los límites de la responsabilidad subsidiaria, se añadió una remisión a la Ley Procesal Penal²³⁰.

El texto refundido de 1973 (aprobado por Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre —por el que se publicaba el Código Penal conforme a la Ley 44/1971, de 15 noviembre—) mantuvo, en esta materia, la regulación de 1944, incorporando únicamente la leve modificación que acabamos de apuntar.

Mayor importancia revistieron, en cambio, las reformas introducidas en el articulado del texto por la L.O. 8/1983, de 25 de junio²³¹.

La regla primera del artículo 20 vio modificada nuevamente su redacción, acabando el legislador con la inversión de

230 Habrá que estar, pues, a lo dispuesto en los artículos 1447 a 1455 de la L.E.C., y artículos 615 y ss de la L.E.Crim. para fijar tales límites. Respecto a la reforma indicada, *Vid.*, especialmente, DÍAZ VALCÁRCEL, L.M.: “La revisión del Código Penal y otras leyes penales”, ediciones Nauta, Barcelona, 1964, págs.23 y 24; y DEL ROSAL, J./ COBO DEL ROSAL, M./ RODRÍGUEZ MOURULLO, G./ CASTRO, B.: *Código Penal* (con jurisprudencia, concordancias y comentarios), Madrid, 1964, págs.154 y ss.

231 El proyecto de 1980 que precedió a esta reforma no llegó a ser discutido en el parlamento. No obstante, debemos al menos mencionarlo, en la medida en que, como veremos al comentar el texto de 1995, algunas de las características del proyecto parecen haber sido acogidas en el Código. Así ocurre, por ejemplo, con el criterio unitario que caracteriza al proyecto en la regulación de la materia, o la determinación expresa que éste hace de que procederá la reparación privada únicamente cuando “del hecho se derivaran daños y perjuicios” (art.122 del proyecto). Un estudio más prolijo sobre el tema lo encontramos en RODRÍGUEZ DEVESA, J.A./ SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal español. Parte general, cit.*, págs.1033 y ss.

la carga de la prueba que había caracterizado a esta disposición en todos nuestros Códigos. Hasta la reforma de 1983, los responsables subsidiarios previstos en esa regla sólo quedaban exonerados de su obligación si acreditaban haber observado la diligencia debida en la custodia del culpable. Con el nuevo tenor del precepto únicamente serían condenados si se probaba frente a ellos la existencia de culpa o negligencia²³². Asimismo, los supuestos de exención previstos en esta norma se acomodaban al contenido actualizado del artículo 8²³³.

El legislador adicionaba, además, un párrafo nuevo al final del artículo 20, en el que disponía que el Juez o Tribunal que dictare sentencia absolutoria por estimar la concurrencia de alguna de las causas de exención previstas en la norma, debería declarar las responsabilidades civiles correspondientes, siempre que la acción civil hubiera sido ejercida conjuntamente con la penal. Sin embargo, esta disposición iba a tener una aplicación muy limitada en la práctica, por cuanto que nuestra legislación procesal dispone que cuando concurra alguna causa de exención de la responsabilidad criminal procederá dictar auto de sobreseimiento libre; el procedimiento no se resolverá, pues, por sentencia sino por auto²³⁴.

232 El artífice de la reforma fue el diputado, Sr. Cuesta (mediante la enmienda transaccional presentada el día 15 de abril de 1983). *Vid.*, RUIZ VADILLO, E.: "Responsabilidad civil", en *Comentarios a la legislación penal*, tomo V, vol. I, editorial Revista de Derecho Público, 1985, págs. 370 y ss. Este autor se muestra contrario a la reforma porque introduce un régimen de responsabilidad subsidiaria que diverge esencialmente del previsto en el Código Civil (arst. 1902 y 1903).

233 El Código eximía ahora de responsabilidad al enajenado, al que estuviere en situación de trastorno mental transitorio, al menor de 16 años, y, finalmente, al que por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tuviera alterada gravemente la conciencia de la realidad (art. 8, reglas 1ª, 2ª y 3ª).

234 Art. 634 de la L.E. Crim.:

"El sobreseimiento puede ser libre o provisional, total o parcial.

Si fuere el sobreseimiento parcial, se mandará abrir el juicio oral respecto de los procesados a quienes no favorezca.

Respecto a los cambios realizados por la meritada reforma en la parte especial del texto, destaca la supresión de la obligación de dotar que se imponía al culpable en los delitos de violación, estupro y rapto (art.444.1) y su sustitución por la obligación de indemnizar.

Por último, la Ley 1/1991, de 7 de enero, de modificación de los Códigos Civil y Penal en materia de responsabilidad civil del profesorado, sustituyó la obligación subsidiaria de los maestros, respecto a las infracciones cometidas por sus pupilos (art.20.1), por la de las “personas y organismos titulares del centro docente...”, obligación prevista ahora en un párrafo autónomo

Si fuere total, se mandará que se archive la causa y piezas de convicción que no tengan dueño conocido, después de haberse practicado las diligencias necesarias para la ejecución de lo mandado”.

Art.637:

“procederá el sobreseimiento libre: 3º. Cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores”.

Únicamente corresponderá, pues, dictar sentencia absolutoria en los casos en que la enajenación se descubra en el acto del juicio oral, cuando la infracción realizada en situación de estado de necesidad o miedo insuperable se ventile en aquél, o, finalmente, si hubiere varios procesados (debe tenerse en cuenta que una vez iniciado el juicio oral, el procedimiento deberá resolverse por sentencia -art.744 de la L.E.Crim.). En consecuencia, en la mayor parte de los casos habrá de acudirse a la vía civil para reclamar la reparación privada. Y no es cuestión baladí que se resuelva en una u otra vía, de acuerdo con la regulación contenida en el Código Penal o en el Civil. Como hemos visto, la normativa contenida en el primero exige para poder condenar civilmente al responsable por actos ajenos la prueba de que éstos actuaron negligentemente (art.20.1). Sin embargo, el Código Civil (arts.1902-1903) invierte la carga de la prueba. El obligado subsidiario tendrá que probar que actuó de modo diligente si quiere liberarse de la responsabilidad. Habría sido más acertado, por tanto, incluir una disposición similar a la prevista en el artículo 116 del proyecto de 1980, en el que se aludía de modo expreso no sólo a las sentencias sino también a las demás “resoluciones”. Un análisis de los distintos problemas que en este punto presenta la reforma lo encontramos en, SOTO NIETO, F.: “Los artículos 20 y 22 bis en el proyecto de Ley Orgánica de reforma parcial del Código Penal”, en *L.L.*, 1982-3, págs.710 y ss; y RUIZ VADILLO, E.: “Responsabilidad civil”, en *Comentarios a la legislación penal*, cit., págs.357 y ss.

mo. La responsabilidad basada en la “culpa in vigilando” se sustituía, así, por una obligación de carácter más objetivo, recayente en quienes deben adoptar las medidas de organización²³⁵.

Hasta aquí vemos, por tanto, que los sucesivos Códigos recogieron en lo esencial la regulación del texto punitivo de 1848. Los derechos de la víctima se ceñían en ellos a la responsabilidad civil, institución, eso sí, que se fue ampliando hasta comprender los perjuicios de cualquier índole causados por el delito. Empero, el agraviado había perdido toda facultad sobre la sanción penal. E, incluso la multa, que en todo caso se destinaba al estado, contó en algún Código con prioridad respecto a la obligación privada. Por otra parte, la reparación del daño, que en un principio se aseguró, criticablemente, con la pena de prisión, tan solo contaría con el acicate, para los reos solventes, de

235 Art.22, párr.2º:

“igualmente, será extensiva dicha responsabilidad subsidiaria a las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior, por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido los alumnos del mismo, menores de dieciocho años, durante los periodos en que dichos alumnos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias”.

El preámbulo de la ley justifica la reforma en estos términos: “el régimen de responsabilidad que para los profesores y maestros establecen los artículos 22 del Código Penal y 1903 del Código Civil no se ajusta a la realidad social de nuestros días. Se trata de normas con fundamento en la llamada “culpa in vigilando”, concebidas en momentos en que existía una relación de sujeción del alumno al profesor, en términos que hoy no se producen en el currir diario de la vida docente. Ello induce a modificar el régimen de responsabilidad a fin de establecer que quien responda de los daños ocasionados por sus alumnos sean las personas o entidades titulares de los centros, que son quienes deben adoptar las correspondientes medidas de organización”. *Vid. Código Penal*, edición preparada por E. Gimbernat Ordeig con la colaboración de E. Mestre Delgado, editorial Tecnos, décimo-segunda edición, Madrid, 1995, pág.47. En consecuencia, se tiende de nuevo a la objetivación de la responsabilidad civil, tendencia que se acentuará en el texto de 1995. La búsqueda de fundamentos culpabilísticos para la responsabilidad subsidiaria, que caracterizó a los autores y al legislador en épocas anteriores, cede ahora ante la necesidad de proteger a los ciudadanos frente al número cada vez mayor de fuentes de riesgo que ofrece la sociedad moderna.

la atenuante penal. Se le privaba, en cambio, del vigor que le imprime en otros ordenamientos su eventual eficacia exculpatoria, sin que el esfuerzo del culpable por restablecer el daño se tomara tampoco en consideración a la hora de determinar la pena. A todo lo cual hay que sumar la escasa vigencia que tuvo en el Código la figura de la indemnización estatal.

14. EL CÓDIGO PENAL DE 1995²³⁶

I. Unas breves notas sobre la normativa del Libro Primero

Sistemáticamente, el legislador de 1995 siguió la pauta fijada por el Código de 1928 -propuesta también en los proyectos de 1980, 1992, y 1994-, reuniendo en un solo título (tít.V-lib.I) toda la normativa relativa a la responsabilidad civil derivada de delitos y faltas²³⁷.

Al igual que en los Códigos anteriores, esta regulación comienza declarando la obligación del culpable (o de las demás personas designadas en la ley) de reparar los daños causados por el hecho delictivo. Pero, a diferencia de aquéllos, en los que la responsabilidad civil parecía estar inexorablemente unida a la penal, el actual artículo 109 diferencia delito y daño civil, constatando, así, que la obligación civil sólo surgirá cuando exista un daño de esta naturaleza:

236 En la obra *La reparación del daño causado por el delito: aspectos civiles y penales*, que constituyó mi tesis doctoral, trato con mayor amplitud algunos puntos relacionados con esta normativa, especialmente aquellos que tienen que ver con el contenido de la responsabilidad civil.

237 El legislador podía haber aprovechado la ocasión para modificar la denominación de este título, sustituyendo la expresión "responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas" por "responsabilidad civil derivada del hecho delictivo".

“la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados.

El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil” (art.109)²³⁸.

Esta separación entre ilícito penal e ilícito civil se recoge también en el artículo 116:

“toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios...”.

Con ello se pone fin a la polémica suscitada en torno al origen y naturaleza de la responsabilidad civil ex delicto. A la vista de esta disposición no cabe sino admitir que la causa de la obligación privada no es el delito sino el hecho material ejecutado por el culpable. De esta forma se evidencia que sólo cuando el hecho calificado como delito o falta por la legislación penal ocasione, además, un daño resarcible según el ordenamiento civil —daño civil—, surgirá, junto a la responsabilidad penal, una obligación de aquélla naturaleza. En otro caso, si el hecho delictivo no produjere ningún daño privado, únicamente será exigible la responsabilidad punitiva.

A continuación, se mantienen las tres modalidades de responsabilidad tradicionales, la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios (art.110), si bien adecuadas en su contenido a las nuevas orientaciones doctrinales y jurisprudenciales.

²³⁸ El párrafo segundo del artículo fue incorporado al texto tras una enmienda del senado al correspondiente precepto del proyecto de Ley Orgánica de 1995 (publicado en el B.O.E. de 20 de julio de dicho año) del Congreso de los diputados.

En primer lugar, la restitución no presenta diferencias esenciales con relación a la normativa anterior.

Sí encierra cambios esenciales, sin embargo, la institución de la reparación del daño, regulada ahora en el artículo 112:

“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”.

A nuestro juicio, la interpretación que hoy debe hacerse de esta figura es sustancialmente distinta a la que tradicionalmente se había inferido del articulado del Código. En la legislación anterior la reparación del daño comprendía tan sólo el resarcimiento económico de los detrimentos causados en cosas corpóreas. Así se desprendía de la referencia expresa a este tipo de bienes en el artículo 103 que regulaba esta institución. Por el contrario, el artículo 112 actual suprime toda alusión a esos objetos, sustituyendo los criterios establecidos anteriormente para fijar la cuantía de la reparación (precio de la cosa y afectación del agraviado), por otros baremos de carácter genérico, aplicables en principio a toda clase de bienes (naturaleza del daño y condiciones personales y patrimoniales del culpable); exégesis que confirman algunos preceptos de la parte especial (así, por ejemplo, el artículo 216 habla de reparación tratándose de perjuicios morales). Al propio tiempo, la reparación deja de ser exclusivamente pecuniaria, pudiendo consistir ahora en cualesquiera obligaciones de dar, hacer o no hacer; se recogen, así, las prestaciones que, según el artículo 1088 del Código Civil, pueden constituir el contenido de la obligación civil. De esta forma, se regulan en un precepto único las distintas vías de subsanación del daño privado que antes se hallaban dispersas en el Código Penal y en leyes especiales. En consecuencia, la reparación deja de constituir una modalidad específica de responsabi-

lidad civil, configurándose como una institución genérica que abraza las distintas vías de restablecimiento del daño privado. El legislador penal parece acoger la acepción amplia de la reparación propia del Derecho Civil, acabando con la disparidad terminológica existente entre ambos órdenes, y que, como vimos, tuvo su origen en la aprobación posterior del Código Civil respecto al texto punitivo.

Finalmente, la indemnización de perjuicios (art.113) mantiene su configuración tradicional. Ahora bien, de acuerdo con la interpretación que acabamos de apuntar, puede considerarse ahora una modalidad de reparación del daño. Como hemos visto, el artículo 112 reproduce el contenido del artículo 1088 del Código Civil, admitiendo como forma de reparación cualesquiera obligaciones de dar, hacer y no hacer. Por ende, si tenemos presente que en dicha ley las obligaciones de dar pueden consistir en una indemnización económica, y que el legislador penal no ha introducido ninguna especialidad en la redacción de aquel precepto —art.112—, parece coherente mantener esta interpretación también en el texto punitivo.

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial consolidada, y siguiendo las directrices de los proyectos de 1992 y 1994, el artículo 114 incorpora al articulado la denominada teoría de la compensación de culpas, facultando a los Tribunales para que moderen el importe de la reparación o indemnización en los casos en que la víctima haya contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio²³⁹.

Asimismo, se convierte en obligación legal lo que ya era práctica habitual en los órganos judiciales: el razonamiento de las bases en que éstos funden la responsabilidad civil impuesta (art.115). También aquí se ha mantenido el contenido de los proyectos de 1992 (art.118) y 1994 (art.115).

239 Tanto el proyecto de Ley Orgánica de 4 de septiembre de 1992 (art.117), como el proyecto de 1994 (art.114) contenían esta disposición.

En cuanto a la regulación de los sujetos civilmente responsables, se produce una puesta al día de los obsoletos preceptos que regían la materia. Se suprimen supuestos de responsabilidad subsidiaria tan desusados como los que vinculaban a posaderos y taberneros, basados en la denominada culpa “in vigilando” o “in eligendo”. Y, en su lugar se prevén diversas formas de responsabilidad objetiva (art.120), sin duda más adecuadas a la realidad social actual, como la que obliga al titular del vehículo por las infracciones cometidas por personas autorizadas para su uso²⁴⁰.

El estado, la provincia, el municipio, y ahora también la isla, y demás entes públicos, vuelven a integrar la relación de posibles obligados subsidiarios (art.121). Se acoge, aquí la propuesta formulada en el proyecto de 1994, mejorando notablemente la del texto de 1992²⁴¹ en el que sólo respondería en el proceso penal la autoridad, agente o funcionario culpable; remitiéndose a la vía administrativa toda posible reclamación frente a la Administración. En el Código vigente el perjudicado podrá optar entre exigir la responsabilidad directa de la Administración por vía administrativa, o acudir al proceso penal exigiendo la responsabilidad civil al culpable y, subsidiariamente, a aquélla.

240 El artículo 120 introduce algunas variaciones en los artículos 121 y 120, respectivamente, de los proyectos de 1992 y 1994, en los que se preveían los distintos supuestos de responsabilidad civil subsidiaria. Así, por ejemplo, se suprime la referencia expresa que en ellos se hacía a la responsabilidad de los titulares de centros docentes.

241 El proyecto de 1992 disponía que en los delitos cometidos por autoridades, agentes o funcionarios de la administración en el ejercicio de sus funciones o cargos, únicamente respondería civilmente el culpable. Para obtener el resarcimiento de la administración habría que acudir al procedimiento previsto en la legislación administrativa, sin que pudiera darse duplicidad de indemnizaciones. El proyecto de 1994, y ahora también el Código de 1995 atribuyen a la administración (estado, comunidad autónoma, provincia, municipio, e isla) la condición de responsable civil subsidiaria, respondiendo en el proceso penal en defecto del culpable.

Siguiendo en esta línea actualizadora, el legislador regula por primera vez la responsabilidad civil directa de las compañías de seguros (art.117)²⁴².

Junto a ello, el artículo 118, que prevé la responsabilidad civil derivada de infracciones cometidas por sujetos exentos de responsabilidad penal, se adecua a la redacción del actual artículo 20, declarando responsables civiles directos a los sujetos exentos por razón de intoxicación narcótica o ética²⁴³.

Destaca, también, la responsabilidad que corresponde a padres, tutores y guardadores, por los delitos cometidos por las personas que se hallan bajo su custodia. Dicha responsabilidad será directa (art.118.1) cuando el culpable sea una persona exenta de responsabilidad penal por sufrir una anomalía psíquica o alteración en la percepción (de acuerdo con el art.20, números 1 y 3). Será, en cambio, subsidiaria (art.120.1), cuando el infractor sea un incapaz (una persona mayor de dieciocho años, sometida a la patria potestad o tutela del obligado subsidiario y que viva en su compañía), siempre, eso sí, que su anomalía no le exima de responsabilidad penal. En ambos casos, no obstante, será requisito necesario que el responsable subsidiario hubiese incurrido en culpa o negligencia en la custodia del culpable. Respecto a los menores de edad, el artículo 61.3 de la L.O. 5/2000, de 12 de enero (que entrará en vigor al año de su publicación en el BOE —Disp.Fin.7—), dispone que “cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos”.

242 Esta norma ha sido tomada, también, de los proyectos anteriores (art.119.2 del proyecto de 1992, y 117 del proyecto de 1994).

243 Asimismo se sigue aquí el modelo de los precitados proyectos (artículos 120.2 y 118.2, respectivamente).

Por último, se subsanan, también, algunas lagunas de los textos punitivos anteriores. Por ejemplo, se determinan las consecuencias que seguirán al delito en caso de haber concurrido error en el culpable (art.118.2). En este caso, dice el Código, serán responsables civiles los autores del hecho²⁴⁴.

Además de la regulación relativa a la responsabilidad civil, el presente Código, siguiendo nuestra tradición jurídica regula la reparación del daño como causa de atenuación de la responsabilidad penal. En concreto, el artículo 21.5 recoge, entre las circunstancias atenuantes:

“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”.

De esta forma, la reparación adquiere autonomía respecto a la confesión del delito (prevista en el número 4º), pudiéndose aplicar ambas de forma conjunta, como hace, por ejemplo, la A.P. de La Coruña, en Sentencia de 11 de noviembre de 1997, confirmada por S.T.S. —Sala 2ª— de 6 de octubre de 1998 —Ar.6975—, a la que después nos referiremos. Por otra parte, la reparación podrá realizarse en cualquier momento anterior al juicio oral, ampliándose, así, el periodo de eficacia previsto en los anteriores textos punitivos.

Pero, destaca especialmente la supresión del requisito moralista que tradicionalmente acompañó a esta circunstancia: el culpable debería actuar “por impulsos de arrepentimiento espontáneo”. En el Código vigente la atenuante logra desasirse de toda valoración subjetivista y se funda, tan sólo, en razones pragmáticas. La atención a la víctima (mencionada expresamente) parece ser, en principio, su razón de ser.

244 Tal disposición no había sido prevista en ninguno de los textos punitivos anteriores. Se trata, por tanto, de una institución peculiar del Código que analizamos.

Ahora bien, como veremos, el Tribunal Supremo ha aplicado esta atenuante, incluso, en delitos en los que no existen perjudicados concretos. Para el Alto Tribunal lo determinante en estos casos es el esfuerzo del ofensor por restablecer la situación jurídica alterada, y los efectos positivos que este comportamiento puede reportar en términos preventivos. Quizá por ello haya establecido que esta circunstancia deberá ser aplicada aun cuando la pena impuesta no pueda ser rebajada, ya que, dice el citado Tribunal, aquélla tiene el significado de una menor reprochabilidad social o culpabilidad (S.T.S. —Sala 2ª— de 17 de octubre de 1998 —Ar.8087—). No obstante, existiendo daños civiles, no bastará la satisfacción de una parte de los perjuicios causados, salvo que atendiendo a las circunstancias del culpable no fuera posible la satisfacción total²⁴⁵.

Finalmente, la reparación es, también, una condición para la suspensión de las penas privativas de libertad -salvo imposibilidad total o parcial de pago declarada por el Juez- (art.81.3). Y, se deberá tener en cuenta, además, para la sustitución de dicho tipo de penas (art.88). En este caso, sin embargo, no se atiende a la reparación efectiva sino al “esfuerzo —del reo— para reparar el daño causado”, lo que entronca con una línea político-criminal que atribuye a la reparación cierta función resocializadora.

II. Algunas referencias al Libro II

El presente Código contiene una regulación precisa de la responsabilidad civil en su Libro I. De ahí que sean escasas las alusiones a la reparación del daño en la normativa relativa a los

²⁴⁵ Vid., S.T.S. -Sala 2ª- de 10 de febrero de 1998 -Ar.1171-; y 29 de septiembre de 1998 -Ar.8035-. El Alto Tribunal rebaja la responsabilidad, incluso, cuando el culpable consigna las cantidades necesarias para compensar los perjuicios causados. Vid., S.T.S. -Sala 2ª- de 30 de junio de 1999 -Ar.5610. Por otra parte, no obsta a la aplicación de esta circunstancia el hecho de que los perjudicados hayan renunciado a la indemnización. Vid., S.T.S. -Sala 2ª- de 17 de octubre de 1998 -Ar.8087-.

delitos concretos. No obstante, cabe destacar algunas previsiones en este sentido. Así, por ejemplo, el artículo 216 dispone que en los delitos de calumnia o injuria la reparación del daño comprenderá “la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria”. El término reparación se utiliza aquí en su acepción amplia, como restablecimiento de los daños causados (perjuicios que en este caso son de carácter moral), lo que comporta una superación del concepto tradicional que, como vimos, se limitaba en el ámbito punitivo a los detrimentos causados en cosas corpóreas. El artículo 216 nos sirve, pues, para abundar en los argumentos anteriormente apuntados en favor de una interpretación de la reparación del daño equivalente a la que se mantiene en el ámbito civil.

Igualmente, constituye una novedad de esta ley la disposición contenida en el artículo 227: en el delito de abandono de familia la reparación del daño comportará el pago de las cuantías adeudadas.

Por su parte, el artículo 314, que tipifica el delito de discriminación en el empleo, requiere para aplicar la pena que no se haya restablecido la situación de igualdad tras el requerimiento o sanción administrativa, “reparando los daños económicos que se hayan derivado”. Parecen ser, pues, razones pragmáticas las que han llevado al legislador a incluir esta última cláusula en el precepto.

Pero, es en los delitos contra la flora y fauna donde se atribuye a la reparación una mayor virtualidad. En dichas infracciones la reparación voluntaria del daño causado determinará, en todo caso, la imposición de la pena inferior en grado a la prevista en el tipo correspondiente (art.340). Y aun cuando del tenor del precepto parece desprenderse la necesidad de que la restauración sea total, la naturaleza de los hechos tipificados en esta sede parece orientar más bien hacia la admisión de la reparación parcial, o, incluso, del mero esfuerzo por restablecer la situación alterada, en la línea que parece adoptar ya el Tribunal Supremo en algunas resoluciones.

15. CONSIDERACIONES FINALES: LAS ÚLTIMAS REFORMAS SOBRE LA MATERIA

Como se desprende de la evolución descrita en las páginas anteriores, la codificación penal supuso la privación definitiva de las facultades punitivas atribuidas a la víctima. Ya anteriormente la noción del delito como afrenta individual había ido derivando en una concepción social del mismo en la que comenzaban a primar los intereses colectivos. Pese a ello, el Derecho pre-codificado atribuyó a la parte agraviada, todavía, la decisión acerca de la sanción a imponer en determinadas ofensas, y la hizo destinataria de una parte de la multa satisfecha por el culpable. Por el contrario, el Código Penal de 1822 se ocupó, primero, de delimitar el poder punitivo del estado, regulando taxativamente la pena a aplicar en cada ofensa, de acuerdo con el principio de legalidad surgido de la Ilustración; la tutela del perjudicado quedó reducida a alguna declaración vaga acerca de su derecho a obtener el resarcimiento del daño. La premura por regular la reparación privada, que llevó al legislador a incluir en el texto punitivo esta obligación, parecía no casar con esa exigüidad normativa. No obstante, los sucesivos Códigos irían ampliando la regulación sobre responsabilidad civil hasta comprender en ella el restablecimiento de todos los perjuicios causados por el delito. Pero, resultó infructuoso todo intento de articular otros mecanismos de tutela; el instituto de la compensación estatal, que a nuestro legislador histórico pareció decoroso, hubo de ser suprimido por motivos presupuestarios. Ahora bien, como ya señalamos, esta situación cambiaría en la segunda mitad del presente siglo por la influencia del movimiento victimológico que, aunque tímidamente, iba a influir también en nuestra legislación. Cada vez serían más las voces que, desde la doctrina, reclamarían una mayor protección legal para los perjudicados. Al propio tiempo, distintos organismos internacionales requerirían a los estados para que introdujesen reformas en su legisla-

ción que permitieran mejorar la precaria situación de las víctimas.

Así, en 1983 el Consejo de Europa trataba de fomentar la instauración de un régimen de indemnización estatal a las víctimas de los delitos más graves -intencionales y violentos- (Convenio 116, sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos). Más tarde, la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas del delito y del abuso de poder, adoptada por la ONU en 1985, señalaba los derechos mínimos que todo ordenamiento debería garantizar a las víctimas (entre ellos, la reparación por parte del delincuente, la compensación estatal, derechos de información, así como servicios sociales básicos), y, de modo inusual, preveía un deber estatal de favorecer fórmulas conciliatorias: “el estado deberá facilitar la solución de los conflictos de forma amigable y fuera del Tribunal” (art.VII, 5). Asimismo, la Recomendación N° R (85) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del proceso penal, de 28 de junio, declaraba que en la persecución del delito debía considerarse “la cuestión de la reparación del daño sufrido por la víctima, incluyendo todo esfuerzo serio desplegado a este fin por el delincuente” (apartado B), añadiendo que “la reparación, en la legislación deberá poder constituir bien una pena, bien un sustitutivo de la pena o bien ser objeto de resolución al mismo tiempo que la pena”. Dicho órgano parecía decantarse por la atribución de nuevas funciones al resarcimiento en el ámbito punitivo.

Pues bien, tales declaraciones, unidas a las crecientes reivindicaciones doctrinales y sociales, han propiciado en nuestro país la aprobación de algunas normas novedosas, especialmente en materia de compensación estatal y asistencia a la víctima²⁴⁶.

²⁴⁶ Vid., sobre esta normativa, más extensamente, mi obra *La Reparación de los daños causados por el delito: aspectos civiles y penales*.

En primer lugar, la L.O. 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, prevé diversas medidas dirigidas, sobre todo, a preservar la identidad y seguridad de quienes en tal calidad han de declarar en el proceso punitivo; mecanismos, dice la ley, que tienen como finalidad promover la colaboración de los ciudadanos con la justicia. El legislador sigue aquí las directrices fijadas por la Recomendación N° R (85), si bien mejora sensiblemente el contenido de esta norma al aplicar aquellas instituciones a toda clase de delitos, sin priorizar determinado tipo de infracciones (concretamente, la delincuencia organizada), como hace la citada Recomendación.

En segundo lugar, merece especial atención la Ley 35/1995, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (desarrollado por R.D. 738/1997, de 23 de mayo), cuyo capítulo II se consagra a la “asistencia a las víctimas”. En concreto, el artículo 15 recoge los derechos de información del agraviado relacionados con el proceso penal y con las ayudas públicas reconocidas en la ley; junto a ello, determina la obligación del Ministerio Fiscal de preservar al ofendido frente a publicaciones que puedan afectar a su dignidad. Esta norma vuelve a ser, de nuevo, un fiel reflejo de la Recomendación apuntada, si bien se hace patente, además, el influjo de la legislación norteamericana (especialmente, la *Uniform Victims of crime Act*, de 1992). A continuación, el artículo 16 prevé la creación de oficinas de asistencia a las víctimas, cuya implantación, positiva sin duda, no deja no obstante de suscitar recelos en cuanto a la utilización que de ellas pueda hacerse con fines partidistas.

Además de estas innovaciones, cabe denotar, también, el notable incremento de las ayudas públicas concedidas a las víctimas de determinados delitos. En este sentido, el R.D. 1211/1977, de 18 de julio, que aprobó el Reglamento de ayudas y resarcimientos a las víctimas del terrorismo (modificado por R.D. 1734/1998, de 31 de julio) amplió considerablemente las prestaciones reconocidas en este concepto: a las tradicionales,

por daños corporales, físicos y psíquicos, se añaden ahora los producidos en establecimientos mercantiles e industriales, y los causados en vehículos, tanto particulares como destinados al transporte de personas o mercancías. Además, se reconocen ayudas al estudio, asistencia psicológica y psico-pedagógica, y subvenciones a las asociaciones que defiendan los intereses de las víctimas. Por otra parte, se conceden préstamos dirigidos a facilitar la reanudación de actividades empresariales interrumpidas como consecuencia de atentados terroristas, así como ayudas extraordinarias en situaciones de necesidad. Por último, se amplía la compensación por daños en la vivienda habitual al mobiliario y, en su caso, a los gastos de alojamiento de quienes hubiesen tenido que desalojar provisionalmente la vivienda.

Junto a la disposición anterior, la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo, asume el resarcimiento de los daños físicos y psíquicos sufridos por los damnificados, durante el periodo indicado en la ley, cuando no hubieren sido satisfechos por los obligados civiles.

A todo ello hay que sumar la importantes reformas articuladas en el ámbito de la compensación estatal por la Ley 35/1995, a la que hemos hecho referencia. En su capítulo I se reconocen ayudas públicas tanto a las víctimas de delitos violentos de carácter doloso, como a las de delitos contra la libertad sexual, lo que constituye un estimable avance en relación con la regulación anterior. No obstante, a diferencia de las prestaciones concedidas en los casos de terrorismo, esta compensación es incompatible con la responsabilidad civil fijada en sentencia judicial; constituye, por tanto, una institución sustitutiva de aquélla que se hará efectiva, tan solo, cuando el obligado sea insolvente. Por lo demás, se echa de menos en la ley la previsión de algunas prestaciones no resarcitorias que sí se recogen, en cambio, en la normativa que regula la asistencia a las víctimas del terrorismo.

En el ámbito de la compensación estatal el Derecho español aventaja, así, a la mayoría de los ordenamientos europeos, en

los que la indemnización suele limitarse a los delitos dolosos y violentos, restringiéndose además, en muchos casos, a los perjuicios económicos. Ahora bien, no es de extrañar esta mejora si tenemos en cuenta la demora de nuestro legislador en la aprobación de estas ayudas, hasta ahora previstas tan sólo para los delitos de terrorismo.

En materia asistencial, sin embargo, nuestro sistema sigue siendo deficiente. Las agencias previstas en la Ley 35/1995 carecen todavía de plena implantación, sin que, por otra parte, las expectativas inmediatas sean muy esperanzadoras teniendo presentes los límites presupuestarios. En esta esfera, el legislador debería tomar como dechado el sistema anglosajón, en el que las instituciones de ayuda a las víctimas cuentan con un gran arraigo.

16. EL CAMBIO DE RUMBO EMPRENDIDO POR LA S.T.S DE 6 DE OCTUBRE DE 1998: LA ADMISIÓN DE LA REPARACIÓN SIMBÓLICA

Como vemos, las reformas que en este terreno se han implementado en nuestra legislación han estado dirigidas, sobre todo, a mejorar la posición del agraviado en el proceso penal y a dotar de mayores ayudas públicas a los perjudicados por determinados delitos. Dichas mejoras, sin embargo, no han trascendido a la legislación penal, en ella la virtualidad de la reparación del daño sigue reducida a una posible atenuación de la responsabilidad criminal; además de constituir, eso sí, una condición para la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (art.80), y una circunstancia que el Juez o tribunal deberá tener en cuenta para la sustitución de esta clase de penas (art.88). No se ha previsto, como en el ordenamiento alemán, la posibilidad de que la satisfacción del daño permita prescindir de

la acusación, o incluso de la sanción penal, bajo ciertas condiciones. Institución que nos parece positiva, siempre que sus presupuestos se regulen taxativamente por la ley, en la medida en que, además de favorecer a la víctima, permite renunciar a la pena en aquellos supuestos concretos en que su aplicación se considere innecesaria de acuerdo con el principio de intervención mínima.

Ahora bien, una vez esto sentado, debemos advertir que el espíritu que ha guiado la reforma de la legislación germánica no se encuentra tan sólo en la incipiente preocupación por la protección de la víctima, "*Opferschutz*"; responde, mas bien, a un cambio en la concepción de la función del Derecho Penal producido en el seno de la doctrina alemana. En efecto, el fracaso de las expectativas depositadas en el Derecho Punitivo ha llevado a reconsiderar la función de esta disciplina, y a buscar nuevas vías de prevención del delito, más acordes, según sus defensores, con el principio de intervención mínima. De acuerdo con ello, cada vez son más los autores que conciben el Derecho Penal como mecanismo de estabilización social, asignando a la pena la misión de confirmar la vigencia de la norma infringida y de restablecer, de esta forma, la confianza de la comunidad en el ordenamiento jurídico (prevención general positiva). Pero, cuando esa finalidad pueda conseguirse por medios menos gravosos, deberá renunciarse al castigo. Y, precisamente, parece haber sido esta idea la que ha presidido el cambio legislativo operado en esta materia en Alemania, dando entrada a un nuevo instrumento pacificador: la satisfacción del perjudicado. Así se desprende de los párrafos 153 a de la Ley Procesal Penal -StPO-, y 46 y 59 del Código Penal -StGB-. En ellos se permite renunciar a la acusación, o incluso omitir la pena, en los delitos menores y bajo ciertos presupuestos, atendiendo no sólo a la reparación efectiva sino también al esfuerzo del ofensor por reparar los daños causados, o por llegar a un acuerdo con el lesionado²⁴⁷.

247 Vid., más ampliamente al respecto, *La reparación de los daños causados por el delito: aspectos civiles y penales*.

Es patente que la actitud positiva del ofensor respecto al ordenamiento jurídico prima en dichas normas sobre la satisfacción de los perjudicados. Desde el punto de vista preventivo general, se considera que esa conducta favorable del infractor puede bastar en algunos casos para restablecer la paz social; desde el prisma preventivo especial, el esfuerzo del culpable por restablecer la situación alterada puede contribuir a su resocialización.

Pues bien, este pensamiento, que parece estar ausente en el articulado del Código Penal español, ha sido recogido por el Tribunal Supremo, al interpretar la atenuante 5ª del artículo 21. Y así, en S.T.S. —Sala 2ª— de 6 de octubre de 1998 —Ar.6975—, el Alto Tribunal admitió la reparación puramente simbólica, situando el fundamento de esta atenuante en la contribución de la conducta del autor a la prevención general positiva:

“con respecto a la aplicación al caso de la atenuante del artículo 21.5ª CP, lo cierto es que - como lo admite la doctrina más moderna y proyectos legislativos recientes en Europa- es de apreciar no sólo en los casos de una reparación material, sino también cuando tal reparación es simbólica, como cuando el autor realiza un «actus contrarius» de reconocimiento de la norma vulnerada y contribuye activamente al restablecimiento de la vigencia de la misma. En tales supuestos se dará una reparación simbólica, que, por regla general, debería ser admitida en todos los delitos”.

La conducta favorable del infractor respecto al ordenamiento jurídico, (consistente aquí en el sometimiento voluntario a un exámen radiológico personal, unido al hecho de no negar el traslado de la droga), deberá ser valorada, pues, a la hora de determinar la pena, siquiera sea a efectos atenuatorios y no excul-

patorios como en el Derecho alemán. Y ello aun cuando, como vemos, ese comportamiento no entraña la reparación efectiva de ningún perjudicado concreto.

Por lo tanto, podemos concluir, a la vista de esta sentencia, que la preocupación por garantizar la reparación del daño, que fue el motor de las primeras reformas llevadas a cabo en este campo, ha derivado en un objetivo bien distinto, que entronca más con los fines del Derecho Penal que con los intereses del propio agraviado. La satisfacción del perjudicado se empieza a postular también en España como un instrumento de política criminal, que puede contribuir a satisfacer los fines profilácticos del Derecho punitivo.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA DE PAZ, E.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo VI, editorial Reus, Madrid, 1925.
- ALONSO Y ALONSO, J.: "De la vigencia y aplicación del Código Penal de 1822", en *R.E.P.*, núm.11, 1946.
- ÁLVAREZ CID, J./ ÁLVAREZ CID, T.: *El Código Penal de 1870*, tomo I, Córdoba, 1908.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: "Contribución al estudio sobre la aplicación del Código Penal de 1822", en *C.P.C.*, núm.5, 1978.
- ANTÓN ONECA, J.: "Los antecedentes del nuevo Código Penal", en *R.G.L.J.*, 1929.
- ANTÓN ONECA, J.: "Historia del Código Penal de 1822", en *A.D.P.C.P.*, tomo XVIII, 1965.
- ANTÓN ONECA, J.: "El Código Penal de 1848 y don Joaquín Francisco Pacheco", en *A.D.P.C.P.*, tomo XVIII, 1965.
- ANTÓN ONECA, J.: "Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración", en *R.E.P.*, núm.166, 1965.

- ANTÓN ONECA, J.: "El Código penal de 1870", en *A.D.P.C.P.*, tomo XXIII, 1970.
- ANTÓN ONECA, J.: "Los proyectos decimonónicos para la reforma del Código Penal español", en *A.D.P.C.P.*, tomo XXV, 1972.
- ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal*, segunda edición (anotada y corregida por J.J.Hernández Guijarro y L.Beneytez Merino), editorial Akal, Madrid, 1986.
- ANTÓN ONECA, J./ DE MIGUEL GARCILÓPEZ, A.: *Derecho Penal. Parte general*, primera edición, Madrid, 1940.
- ANTÓN ONECA, J./ RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A.: *Derecho Penal. Parte general*, tomo I, Madrid, 1949.
- ARAMBURU Y ARREGUI, J.D.: *Instituciones de Derecho Penal español* (arregladas al Código reformado en 30 de junio de 1850), Oviedo, 1860.
- ARAMBURU Y ZULOAGA, F.: *La nueva ciencia penal* (exposición y crítica), Madrid, 1887.
- ARENAL, C.: "Carta a los delincuentes", tomo 3 de sus *Obras completas*, Madrid, 1894.
- ARMENTA DEU, T.: "Pena y proceso: fines comunes y fines específicos", en la obra *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro-homenaje a Claus Roxin*, (editada por J.M.Silva Sánchez), editorial Bosch, Barcelona, 1997.
- ASÚA BATARRITA, A.: "Reivindicación o superación del pensamiento de Beccaría", en la obra *El pensamiento penal de Beccaría: su actualidad* (varios autores), Universidad de Deusto, Bilbao, 1990.
- AURIOLES MONTERO, I.: *Instituciones del Derecho Penal de España*, Madrid, 1849.
- AZCUTIA, M.: *La ley penal* (estudios prácticos sobre la interpretación, inteligencia y aplicación del Código Penal de 1870), Madrid, 1876.
- BARBERO SANTOS, M.: *Política y Derecho Penal en España*, ediciones Tucar, Madrid, 1977.
- BARONA VILAR, S.: *Solución extrajudicial de conflictos. 'Alternative dispute resolution (A.D.R.)' y Derecho Procesal*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

- BENTHAM, J.: *Tratados de legislación civil y penal*, tomo III, (traducido al castellano con comentarios por R.Salas), Madrid, 1822.
- BERNALDO DE QUIRÓS, C.: *Alrededor del delito y de la pena*, Madrid, 1904.
- BOERS, K./SESSAR, K.: "Do people really want punishment?. On the relationship between acceptance of restitution, needs for punishment, and fear of crime", en la obra *Developments in crime control research, german studies on victims, offenders and the public*, Springer-Verlog, 1991.
- BOHESANA, C., MARQUES DE BECCARIA: *Tratado de los delitos y de las penas*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- BRÄHMEN, S.: *Wesen und Funktion des Strafantrags*, editorial Schmidt Römhild, Germany, 1994.
- BRUSA, E.: *Prolegómenos de Derecho Penal*, Madrid, 1897.
- BUENAVENTURA SELVA, N.: *Comentarios al Código Penal reformado y planteado provisionalmente por Ley de 3 de junio de 1870*, Imprenta Española, Madrid, 1870.
- BUENO ARÚS, F.: "La atención a la víctima del delito", en *A.P.*, 1990-2.
- CANCIO MELIÁ, M.: *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal*, editorial Bosch, Barcelona, 1998.
- CANDIL JIMÉNEZ, F.: "Observaciones sobre la intervención de don Joaquín Francisco Pacheco en la elaboración del Código penal de 1848", en *A.D.P.C.P.*, tomo XXVIII, 1975.
- CARDENAL MURILLO, A.: *Primeros ensayos de codificación y principio de culpabilidad en el Derecho español*, en *C.P.C.*, núm.37, 1989.
- CÁRDENAS, F.: "Memoria histórica de los trabajos de la Comisión General de Codificación", en *R.G.L.J.*, 1871.
- CARNELUTTI, F.: *El problema de la pena* (traducción de Sentis Melendo), editorial Ejea, Buenos Aires, 1956.
- CARRARA, F.: *Programa de Derecho Criminal. Parte general*, vol.II, editorial Temis, Bogotá, 1957.

- CASABÓ RUIZ, J.R.: "Los orígenes de la legislación penal en España: el plan de Código Criminal de 1787", en *A.D.P.C.P.*, tomo XXII, 1969-1.
- CASABÓ RUIZ, J.R.: *Estudio preliminar y edición del proyecto de Código Criminal de 1830*, Universidad de Murcia, 1978.
- CASABÓ RUIZ, J.R.: *Estudio preliminar y edición del proyecto de Código Criminal de 1831*, Universidad de Murcia, 1978.
- CASABÓ RUIZ, J.R.: *Estudio preliminar y edición del proyecto de Código Criminal de 1834*, Universidad de Murcia, 1978.
- CASABÓ RUIZ, J.R.: *El anteproyecto de Código Penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S.*, (estudio preliminar y edición), Murcia, 1978.
- CASABÓ RUIZ, J.R.: *El proyecto de Código Penal de 1939*, (estudio preliminar y edición), Murcia, 1978.
- CASABÓ RUIZ, J.R.: "La aplicación del Código Penal de 1822", en *El anteproyecto de Código Penal de 1938*, en *A.D.P.C.P.*, tomo XXXII, 1979.
- CASARDI, G.: "La riparazione pubblica alle vittime del reato fra solidarietà sociale e politica criminale", en *L'Indice Penale*, 1990.
- CASTEJÓN, F.: *Derecho Penal*, tomo I, editorial Reus, primera edición, Madrid, 1931.
- CASTEJÓN, F.: "La declaración de derechos civiles en la sentencia penal", en *R.J.Cat.*, 1945.
- CASTEJÓN CALDERÓN, R.: "El proyecto de Sainz de Andino de Código Penal de 1830", en *R.G.L.J.*, 1943.
- CASTELLANOS, F.: *Lineamientos elementales de Derecho Penal* (parte general), editorial Porrúa, cuarta edición, México, 1967.
- CASTILLO GARCÍA Y SORIANO, R.: *La reforma del Código Penal español*, Ávila, 1896.
- CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal español. Parte general (I)*, editorial Tecnos, cuarta edición, Madrid, 1994.
- COBO DEL ROSAL, M./ VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte general*, editorial Tirant lo Blanch, cuarta edición, Valencia, 1996.

- COBO DEL ROSAL, M./ VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte general*, editorial Tirant lo Blanch, quinta edición, Valencia, 1999.
- Código Penal de don Carlos VII*, Tolosa, 1875.
- CRESSEY, D.R.: "Democracy and the third international symposium on victimology", en SCHNEIDER, H.J. (coord.): *The victim in international perspective*, editorial Walter de Gruyter, Nueva York, 1982.
- CREUS, C.: *Reparación del daño producido por el delito*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1995.
- CUELLO CALÓN, E.: *El nuevo Código Penal español*, libro I, editorial Bosch, Barcelona, 1929.
- CUELLO CALÓN, E.: *Exposición del Código Penal reformado de 1932*, editorial Bosch, Barcelona, 1933.
- CUELLO CALÓN, E.: *Derecho Penal. Parte general*, tomo I, editorial Bosch, Barcelona, 1935.
- CUELLO CONTRERAS, J.: "Análisis de un informe anónimo aparecido en Sevilla sobre el proyecto de Código Penal de 1822", en *A.D.P.C.P.*, tomo XXX, 1977.
- CHINCHILLA, L./ RICO, J.M.: *La prevención comunitaria del delito: perspectiva para América Latina*, Center for the Administration of Justice, Florida International University, 1997.
- D'ORS, A.: *Derecho Privado Romano*, ediciones Universidad de Navarra, quinta edición, Pamplona, 1983.
- DE CASTRO Y OROZCO, J./ ORTIZ DE ZUÑIGA, M.: *Código Penal explicado para la común inteligencia y fácil explicación*, Granada, 1848.
- DE MIGUEL PÉREZ, I.: *Derecho Penal. Principios generales*, Universidad Central de Venezuela, 1963.
- DE VICENTE REMESAL, J.: "La consideración de la víctima a través de la reparación del daño en el Derecho Penal español: posibilidades actuales y perspectivas de futuro", en la obra *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro-homenaje a Claus Roxin*, editorial Bosch, Barcelona, 1997.

- DEL ROSAL, J.: "Acerca de un supuesto Código Penal del siglo XVII", en *R.G.L.J.*, 1943-I.
- DEL ROSAL, J.: *Tratado de Derecho Penal español. Parte general*, editorial Darro, segunda edición, Madrid, 1976.
- DEL ROSAL, J./ COBO DEL ROSAL, M./ RODRÍGUEZ MOURULLO, G./ CASTRO, B.: *Código Penal* (con jurisprudencia, concordancias y comentarios), Madrid, 1964.
- Diario de discusiones y actas de las Cortes Extraordinarias de 1821* (discusión del proyecto de Código Penal), tomos I y II, Imprenta Nacional, 1822.
- DÍAZ VALCÁRCEL, L.M.: "Responsabilidad civil derivada del delito", en *R.D.J.*, 1961.
- DÍAZ VALCÁRCEL, L.M.: *La revisión del Código Penal y otras leyes penales*, ediciones Nauta, Barcelona, 1964.
- DIGESTO DE JUSTINIANO (versión castellana de D'Ors, F.Hernández-Tejero, P.Fuenteseca, M.García Garrido, y J.Burillo), Pamplona, 1968.
- DRAPKIN, J.: "El derecho de las víctimas", en *A.D.P.C.P.*, tomo XXXIII, 1980.
- DU BOYS, A.: *Historia del Derecho Criminal de los pueblos antiguos*, tomo II, Madrid, 1850.
- DU BOYS, A.: *Historia del Derecho Penal de España*, Madrid, 1872.
- EIKENBERRY, K.: "Victims of crime. Victims of justice", en *Wayne L.Rev.*, vol. 34, 1987.
- ÉREZ, E.: "Victim participation in sentencing: rethoric and reality", en *Journal of Criminal Justice*, vol. 18, 1990.
- ESCRICHE, J.: *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, tomo IV, Madrid, 1876.
- ESER, A.: "Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal", en la obra *De los delitos y de las víctimas*, editorial Ad-Hoc, Argentina, 1992.
- FERNÁNDEZ ESPINAR, R.: *Manual de historia del derecho español. I. Las Fuentes*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, primera edición, Madrid, 1989.

- FERRER SAMA, A.: *Comentarios al Código Penal*, Murcia, 1947.
- FILANGIERI, C.: *Ciencia de la legislación*, tomo III, (traducción de J. Rubio), tercera edición, 1822.
- FONTÁN BALESTRA, C.: *Derecho Penal. Introducción y parte general*, editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970.
- FOUCAULT, M.: *Vigilar y castigar*, editorial Siglo XXI, vigésimo-primer edición en castellano, Madrid, 1992.
- FRÜHAUF, L.: "Wiedergutmachung zwischen Täter und Opfer. Eine neue Alternative in der strafrechtlichen Sanktionspraxis", en *Juristische Schriften*, tomo 42, 1988.
- FUERO REAL DE ESPAÑA, en *Los Códigos españoles* (concordados y comentados), tomo I, Imprenta de La Publicidad, Madrid, 1847
- FUJIMOTO, T.: "The victimological study in Japan", en SCHNEIDER, H.J. (coord.): *The victim in international perspective*, editorial Walter de Gruyter, Nueva York, 1982.
- GARCÍA GALLO, A.: *Manual de historia del Derecho español. II. Antología de fuentes del antiguo Derecho*, Madrid, 1982.
- GARCÍA GOYENA, F.: *Código Criminal español* (concordado y comentado con el penal de 1822, el francés y el inglés), tomo I, Madrid, 1843.
- GARCÍA MAYNEZ, E.: *Introducción al estudio del Derecho*, editorial Porrúa, vigésimo-primer edición, México, 1973.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: "La resocialización de la víctima, sistema legal y política criminal", en la obra *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-homenaje al profesor A. Beristain*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: "Hacia una redefinición del rol de la víctima en la criminología y en el sistema penal", en la obra *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández Albor*, Santiago de Compostela, 1989.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Derecho Penal. Introducción*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1995.

- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Criminología*, editorial Tirant lo Blanch, tercera edición, Valencia, 1996.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Tratado de criminología*, editorial Tirant lo Blanch, segunda edición, Valencia, 1999.
- GATRELL, V.A.C./ LENMAM, B./ PARKER, G.: *Crime and the law (the social history of crime in western Europe since 1500)*, Inglaterra, 1980.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Introducción a la parte general del Derecho Penal*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1979.
- GIMÉNEZ, J.: “Las víctimas en la administración de justicia”, en la obra *Las víctimas del delito* (varios autores), publicada por el Instituto Vasco de Criminología, 1988.
- GIMÉNEZ PERICÁS, A.: “La neutralización de la víctima y el interés socializado de las víctimas” en *Eguzkilore*, núm.8, 1994.
- GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, E.: “La conciliación víctima-delincuente como alternativa a la justicia penal”, en SORIA VERDE, M.A.: *La víctima: entre la justicia y la delincuencia (aspectos psicológicos, sociales y jurídicos de la victimización)*, editorial PPU, primera edición, Barcelona, 1993.
- GÓMEZ, E.: *Tratado de Derecho penal*, Buenos Aires, 1939.
- GÓMEZ CALERO, J.: “La responsabilidad civil derivada de acto ilícito penal”, en *R.G.D.*, 1960.
- GÓMEZ DE LA SERNA, P./ MONTALBÁN, J.M.: *Elementos del Derecho Civil y Penal*, Madrid, 1865.
- GÓMEZ ORBANEJA, E.: “La acción civil del delito”, en *R.D.Priv.*, 1949.
- GRANADOS, M./ PECES BARBA, G.: *Leyes Penales* (conforme a los textos oficiales), Madrid, 1934.
- GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, tomos I y II, segunda edición, Madrid, 1902.
- GUTIERREZ-ALVIZ Y CONRADI, F.: “Nuevas perspectivas sobre la situación jurídica y procesal de la víctima”, en *P.J.*, núm.18, 1990-1.

- HARDING, J.: "Reconciling mediation with criminal justice", en WRIGHT, M./ GALAWAY, B.: *Mediation and criminal justice. Victims, offenders and community*, Sage publications, Londres, 1989.
- HASSEMER, W.: *Fundamentos de Derecho Penal*, editorial Bosch, Barcelona, 1984.
- HASSEMER, W.: "Consideraciones sobre la víctima del delito" en A.D.P.C.P, tomo XLIII, 1990.
- HASSEMER W./ MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
- HIDALGO GARCÍA, J.: *El Código Penal* (conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo), tomo I, Madrid, 1908.
- HILLENBRAND, S.: "Restitution and victim rights in the 1980s", en la obra *Victims of crime, problems, policies and programs* (editada por A.J.Lurigio, W.G.Skogan, y R.C.Davis), Sage Publications, U.S.A., 1990.
- HOMERO: *La Iliada*, editorial Espasa-Calpe, décimo-cuarta edición, Madrid, 1983.
- JARAMILLO GARCÍA, A.: *Novísimo Código Penal. Comentado y cotejado con el de 1870* (prólogo de Alamillo Salgado), Salamanca, 1928.
- JIMÉNEZ BARBERO, A.: "La ejecución de la pena", en *Revista de Ciencias Penales*, vol.1, núm.1, 1998.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *El nuevo Derecho Penal*, Madrid, 1929.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L./ ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal conforme al Código Penal de 1928*, Madrid, 1929.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Temas penales*, Córdoba, 1931.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, Buenos Aires, 1950.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *El criminalista*, tomo II, Buenos Aires, 1958.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Derecho Penal y criminología*, Argentina, 1961.

- JORDÁN MONTAÑES, M.: *Delitos y faltas en la Ley Mosaica*, Madrid, 1952.
- KAISER, G.: *Introducción a la criminología*, editorial Dykinson, séptima edición, Madrid, 1988.
- KAISER, M., en GREER, D.: *Compensating crime victims*, vol.59, editorial Iuscrim, Freiburg, 1996.
- KAUFMANN, W.: "Retribution and the ethics of punishment", en la obra *Assessing the criminal, restitution, retribution, and the legal process*, Cambridge, 1977.
- KELLY, D.: "Victim participation in criminal justice system", en la obra *Victims of crime: problems, policies and programs* (editada por A.J. Lurigio, W.G. Skogan, y R.C. Davis), Sage Publications, U.S.A, 1990.
- LANDROVE DÍAZ, G.: *Victimología*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.
- LANDROVE DÍAZ, G.: *Las consecuencias jurídicas del delito*, editorial Tecnos, cuarta edición, Madrid, 1996.
- LANDROVE DÍAZ, G.: *La moderna victimología*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- LANGLE RUBIO, E.: *Código Penal de 17 de junio de 1870*, Madrid, 1915.
- LANZAROTE MARTÍNEZ, P.A.: "La víctima del delito y el sistema jurídico-penal: ¿hacia un sistema de alternativas?", en *P.J.*, núm.34, 1994.
- LARA PEINADO, F.: *Código de Hammurabi*, editorial Tecnos, segunda edición, Madrid, 1992.
- LARA PEINADO, F. / LARA GONZÁLEZ, F.: *Los primeros Códigos de la humanidad*, editorial Tecnos, Madrid, 1994.
- LARDIZABAL Y URIBE, M.: *Discurso sobre las penas*, Madrid, 1782.
- Las Siete Partidas del sabio rey don Alfonso* (glosadas por el licenciado Gregorio López), tomo II, Madrid, año MDCCLXXXIX.
- LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la codificación española*, vol.I, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1970.

- Ley de las doce tablas*, (edición y traducción de A.Ruiz Castellanos), primera edición, Madrid, 1992.
- Leyes del Fuero Juzgo*, (segunda edición de la traducción al castellano por don Isidoro de Hernández Pacheco), Madrid, año MDCCXCII.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J./ RODRÍGUEZ RAMOS, L./ RUIZ DE CORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos Penales españoles* (recopilación y concordancias), editorial Akal, Madrid, 1988.
- LLOPIS Y DOMINGUEZ, J.M.: *Apuntes de Derecho Penal*, primera parte, Valencia, 1886.
- MADLENER, K.: “La reparación del daño sufrido por la víctima y el Derecho Penal”, en la obra *Estudios de Derecho Penal y criminología, en homenaje al profesor J.Mª Rodríguez Devesa*, tomo II, 1989.
- MAGUIRE, M./ SHAPLAND, J.: “The victims movement in Europe”, en la obra *Victims of crime: problems, policies and programs* (editada por A.J.Lurigio, W.G.Skogan, y R.C.Davis), Sage Publications, U.S.A., 1990.
- MAIER, B.J.: “La víctima y el sistema penal”, en la obra *De los delitos y de las víctimas*, editorial Ad-Hoc, Argentina, 1992.
- MAKAREWICZ, J.: *La evolución de la pena* (traducción de M.J. Martínez Reus), Madrid, 1907.
- MALAURIE, P.H./ AYNES, L.: *Les obligations*, editorial Cujas, sexta edición, París, 1995.
- MARTÍN LOSANTOS, P.: *Prolegómenos de Derecho Penal*, Palma, 1871.
- MAZEAUD, H./ TUNC, A.: *Traité theorique et pratique de le responsabilité civile delictuelle et contractuelle*, editorial Montchrestien, sexta edición, París, 1965.
- Mc DONALD, W.F.: “The victims’s role in the american administration of criminal justice: some developments and findings”, en SCHNEIDER, H.J.: *The victim in international perspective*, editorial Walter de Gruyter, Nueva York, 1982.
- MEDINA, L./ MARAÑÓN, M.: *Leyes penales de España*, décima edición (puesta al día por Castejón), Madrid, 1947.

- MINGUIJÓN, S.: *Historia del Derecho español*, editorial Labor, Barcelona, 1927.
- MOMMSEN, T.: *El Derecho Penal Romano* (traducción del alemán por Dorado Montero), primera parte, vol.I, La España Moderna, Madrid (sf).
- MONTANOS FERRÍN, E./ SÁNCHEZ-ARCILLA, J.: *Estudios de historia del Derecho Criminal*, editorial Dykinson, 1990.
- MONTÉS, P.J.: *Derecho Penal español*, vol.II, Madrid, 1929.
- NAVAJAS LAPORTE, A.: "Algunas consideraciones en torno a la responsabilidad civil derivada del hecho punible", en *R.G.D.*, 1977.
- NEUMAN, E.: *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, Buenos Aires, 1984.
- Novísima Recopilación de las Leyes de España*, Madrid, 1805.
- NUÑEZ, R.C.: *Manual de Derecho Penal. Parte general*, ediciones Lerner, Buenos Aires, 1972.
- NUÑEZ BARBERO, R.: *La reforma del Código Penal de 1870*, Universidad de Salamanca, 1969.
- NUÑEZ DE CEPEDA, H.: *1870, Código Penal, 1932*, La Coruña, 1932.
- PACHECO, J.F.: *El Código Penal concordado y comentado*, tomo I, cuarta edición, Madrid, 1870.
- PÉREZ LLANTADA, F./ GUTIERREZ, S.J.: *Visión histórica de la responsabilidad penal*, Universidad de Venezuela, Cuadernos del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Caracas, 1972.
- PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J.M.: *Breviario de Derecho germánico*, Universidad Complutense de Madrid, 1993.
- PERIS RIERA, J.M.: "Algunas consideraciones victimodogmáticas", en la obra *Estudios en recuerdo de la profesora Silvia Romeu Alfaro*, tomo II, Universidad de Valencia, 1989.
- PESET, M. (y otros): *Historia del Derecho*, editorial Artes Gráficas Soler, Valencia, 1994.
- PESSINA, E.: *Elementos de Derecho Penal*, (traducción del italiano por H.González del Castillo), parte primera, Madrid, 1892.

- PESSINA, E.: *Enciclopedia del Diritto Penale italiano*, vol.I, Milán, 1905.
- PETERS, T.: "Consideraciones teóricas sobre la victimología", en *Eguzkilore*, núm.2, 1988.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Compendio de Derecho Penal*, vol.I, editorial Edersa, Madrid, 1958.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A.: "La acción tercera o cuasi-criminal propia de la llamada responsabilidad civil dimanante del delito", en *R.D.Priv.*, 1966.
- RAMIRO RUEDA, R.: *Elementos de Derecho Penal*, Universidad de Santiago, 1886.
- REVUELTA BENITO, R.: "El Código Penal de 1848 y su gran comentarista don Joaquín Francisco Pacheco", en *R.E.P.*, núm.6, 1945.
- RODRIGO RAMÍREZ, G.: *La victimología. Estudio de la víctima del delito, su función en la prevención y control de la criminalidad*, editorial Temis, Bogotá, 1983.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. / SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal español. Parte general*, décimo-octava edición, Madrid, 1995.
- RODRÍGUEZ MANZANEDA, L.: *Victimología*, editorial Porrúa, México, 1988.
- RODRÍGUEZ NAVARRO, A.: "Sobre la regulación de la pena de multa y la efectividad de la indemnización civil en el Código Penal", en *R.G.L.J.*, 1930.
- ROMERO COLOMA, A.M.: *La víctima frente al sistema jurídico penal: análisis y valoración*, Serlipost, primera edición, Barcelona, 1994.
- RUIZ VADILLO, E.: "Responsabilidad civil", en *Comentarios a la legislación penal*, tomo V, vol.I, editorial Revista de Derecho Público, 1985.
- RUIZ VADILLO, E.: "Algunas consideraciones sobre la responsabilidad civil procedente del delito, con especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en *A.P.*, 1987-2.
- SAINZ CANTERO, J.A.: *La ciencia del Derecho Penal y su evolución*, editorial Bosch, Barcelona, 1970.

- SAINZ CANTERO, J.M.: "El informe de la Universidad de Granada sobre el proyecto que dio lugar al Código Penal de 1822", en *A.D.P.C.P.*, tomo XX, 1967.
- SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E.: "La responsabilidad civil derivada del delito", en *Comentarios a la legislación Penal*, tomo XVI, editorial Revista de Derecho Público, 1994.
- SALDAÑA, Q.: *La reforma del Código Penal*, editorial Reus, segunda edición, Madrid, 1920.
- SALDAÑA, Q.: *El futuro Código Penal*, editorial Reus, Madrid, 1923.
- SAN MARTÍN LOSADA, L.: *El Código Penal de 1928, su estudio y comparación con el de 1870*, Madrid, 1928.
- SÁNCHEZ TEJERINA, J.: *Derecho Penal español*, tomo I, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1945.
- SANTAMARIA DE PAREDES, V.: *Principios de Derecho Penal*, Madrid, 1872.
- SAUER, G.: *Derecho Penal. Parte general*, (traducción de J.del Rosal y J.Cerezo), editorial Bosch, Barcelona, 1952.
- SERRANO MAÍLLO, A.: *La compensación en Derecho Penal*, Dykinson, Madrid, 1996.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M.: "Innovaciones teórico-prácticas de la victimología en el Derecho Penal", en la obra *Victimología* (VIII Cursos de verano en San Sebastián, dirigido por A.Beristain y J.L.de la Cuesta), Universidad del País Vasco, 1990.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M.: "La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la victimodogmática", en la obra *Victimología*, publicada por el C.G.P.J., Madrid, 1993.
- SILVELA, L.: *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente*, segunda parte, Madrid, 1879.
- SOTO NIETO, F.: "Los artículos 20 y 22 bis en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma parcial del Código Penal", en *L.L.*, 1982-3.
- STERNBERG, T.: *Introducción a la ciencia del Derecho Penal*, (traducción de la segunda edición alemana por J.Rovira y Ermengol), editorial Labor, Barcelona, 1930.

- TELLEZ AGUILERA, A.: "Las víctimas del delito en el Derecho español", en *C.P.C.*, núm.49, 1993.
- TERUEL CARRALERO, D.: "El Código Penal de 1848 en su centenario", en *R.E.P.*, núm.40, 1948.
- TOMÁS y VALIENTE, F.: "El Derecho Penal de la monarquía absoluta", en *Obras completas*, tomo I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- TOMÁS y VALIENTE, F.: "Manual de historia del Derecho español", en *Obras Completas*, tomo II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- TOMÁS y VALIENTE, A.: "Códigos y Constituciones", en *Obras completas*, tomo III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- TORÍO LÓPEZ, A.: "Beccaria y la inquisición española", en *A.D.P.C.P.*, tomo XXIV, 1971.
- TORRES MENA, J.: "Los desenvolvimientos de la codificación", en *R.G.L.J.*, 1874.
- TUNC, A.: *La responsabilité civile*, editorial Economica, segunda edición, París, 1989.
- VALDÉS RUBIO, J.M.: *Derecho Penal (su filosofía, historia y legislación)*, Madrid, 1909.
- VALENTÍN Y GAMAZO, H.: "La responsabilidad civil en el nuevo Código Penal", en *R.G.L.J.*, 1929.
- VALIÑO, E.: *Instituciones de Derecho Romano*, Valencia, 1987.
- VAN NESS, D.V.: "Restorative justice", en GALAWAY, B./ HUDSON, J.: *Criminal justice, restitution and reconciliation*, Willow Tree Press, U.S.A., 1990.
- VIADA Y VILASECA, S.: *Código Penal reformado de 1870*, tomo I, Madrid, 1890.
- VIANO, E.C.: "Theoretical issues and practical concerns for future research in victimology", en *Victimology: an International Journal*, vol.10, 1985.
- VIZMANOS, T.M./ ALVAREZ MARTÍNEZ, C.: *Comentarios al Código Penal*, tomo I, Madrid, 1848.

- VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho Penal*, (traducido de la 18ª edición alemana y adicionado con la historia del Derecho Penal en España por Q.Saldaña), tomo I, editorial Reus, Madrid, 1914.
- WELZEL, H.: *Derecho Penal alemán. Parte general*, (traducción del alemán por J.Bustos Ramírez y S.Yáñez Pérez), Editorial Jurídica de Chile, undécima edición, Chile, 1970.
- ZEDNER, L.: "Victims", en MAGUIRE, M./MORGAN, R./REINER, R.: *The oxford handbook of criminology*, Clarendon Press, primera edición, Oxford, 1994.