

FRANCISCO BUENO ARUS

Profesor Adjunto de Derecho Penal de la Universidad Complutense,

**La protección a la víctima en el Proyecto de Código
Penal 1980**

Sería ocioso intentar justificar aquí la importancia de la víctima como tema capital del Derecho penal. En un sentido amplio, todo el Derecho penal se ordena en función de la víctima y de la protección de sus bienes jurídicos fundamentales, para impedir o sancionar su destrucción o menoscabo, aunque consideraciones de Política Criminal pueden hacer que una determinada legislación positiva regule los delitos, no tanto como ataques a los bienes jurídicos de los sujetos de Derecho, cuanto como infracciones al deber de obediencia al Estado y a sus normas. En otro sentido, más restringido, el tema de la víctima es fundamental en la medida en que la Política Criminal obligue a tomar en consideración las circunstancias y condiciones de aquella para graduar la responsabilidad criminal. En el campo de la Criminología, es sabido que el estudio del comportamiento de la víctima como factor etiológico de la delincuencia, ha dado lugar al nacimiento de una nueva rama de aquella, la Victimología, objeto de atención ya en numerosas obras doctrinales y Congresos internacionales. Por último, la regulación de la responsabilidad civil derivada del delito, y de los medios arbitrados por el legislador para hacerla efectiva, se encuentra asimismo orientada en beneficio de la víctima, a fin de reintegrarla en la situación anterior al delito en la mayor medida posible y con las menores dificultades.

En estas páginas, sin embargo, la referencia a la protección de la víctima y su reflejo en el Proyecto de Código Penal publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 17 de enero de 1980, no tiene un ámbito tan dilatado. Querría poner de relieve, simplemente, cómo algunos sectores de normas pretenden conseguir aquella protección, bien estimulando al delincuente a cesar en su acción criminal, bien conminando una pena más elevada para un determinado delito cuando la víctima reúna determinadas condiciones, bien subordinando la eficacia de la norma penal a un específico comportamiento de la víctima. Terminaré con una somera referencia al tema de la responsabilidad civil derivada del delito.

I

La polémica doctrinal sobre los fines del Derecho penal ha puesto de relieve la filosofía y el diverso alcance de la retribución (finalidad ética) y de la prevención (finalidad utilitaria) en la economía de la pena, y la exigencia de optar por una u otra, o por su combinación, en la regulación de cada figura jurídico-penal. La prevención general, que trata de limitar el alcance de la sanción penal a lo estrictamente necesario, puede orientar la norma en beneficio del autor (principio de la *ultima ratio*) o en beneficio de la víctima. A esta última consideración responde la creación de motivaciones para que el autor desista voluntariamente de la consumación del delito o de la permanencia de sus efectos, declarando atípica su conducta si su arrepentimiento es anterior a la consumación y evita que ésta se produzca, o reconociéndole una circunstancia atenuante si su arrepentimiento es posterior a la consumación y ya no puede hacer otra cosa que reparar o disminuir sus efectos. En todo ca-

so, entiendo que el tratamiento jurídico del arrepentimiento activo responde a una razón de utilidad (evitar daños a la víctima) y no hay por qué limitar de antemano su eficacia con condicionamientos éticos (el pesar y la conciencia de culpabilidad) que nada añaden a la finalidad pretendida por la norma.

A. El desistimiento en la tentativa se halla regulado en el art. 25 del Proyecto, en términos que mejoran la redacción del actual art. 3º del Código penal: "Quedará impune el que evitare voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, salvo que los actos realizados sean por sí mismos constitutivos de infracción penal". Esta redacción mejora la vigente, por cuanto, si bien termina con la sutil distinción entre tentativa y frustración, fuente constante de dificultades en la Parte Especial, reconoce sin embargo el diverso ámbito de la conducta del autor arrepentido, limitada a un simple desistimiento de continuar cuando esto resulte suficiente, pero extensible en otro caso a cuanto haga falta para evitar de hecho la producción del resultado. El desistimiento o arrepentimiento tiene que ser eficaz; no cabe una "tentativa de desistimiento" (1).

B. El arrepentimiento activo, como atenuante, se regula en el art. 27, circunstancia sexta, en términos análogos a los actuales: "La de haber procedido voluntariamente el culpable, antes de conocer la apertura del procedimiento judicial, a reparar o disminuir los efectos del hecho, a dar satisfacción al ofendido o a confesar a las autoridades la infracción". Entiendo que, en función de la finalidad preventiva que anima a esta norma, la voz "voluntariamente" debe interpre-

(1) Sobre este punto, cfr. Muñoz Conde, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, Barcelona, 1972, pp. 144 ss.

tarse en el escueto sentido de “sin coacción” y no en el sentido moralista habitualmente exigido por el Tribunal Supremo en numerosas sentencias (2). Por la misma razón, creo que sobra el condicionante “antes de conocer la apertura del procedimiento judicial” (3), aunque tal defecto legal puede paliarse por la vía de considerar que el arrepentimiento activo posterior a la apertura del procedimiento judicial constituye una atenuante por analogía con la precedente (4).

C. El arrepentimiento activo, como circunstancia atenuante o como elemento determinante de un tipo privilegiado, se halla expresamente reconocido, en la Parte Especial, bajo las siguientes formas: hacer cesar los efectos de la acción criminal sin haber logrado el objeto propuesto y antes de la iniciación del procedimiento, en las detenciones ilegales y secuestros (arts. 178 y 181); la retractación, en las calumnias (art. 222); la restitución o reintegro de lo apropiado o sustraído, en los delitos de apropiación indebida (art. 261) y en algunos supuestos de malversación de caudales públicos (art. 484); la restitución del menor o incapaz a su domicilio o residencia, o su depósito en lugar seguro y conocido, “sin haberle hecho objeto de vejaciones, sevicias o acto delictivo, ni puesto en peligro su moralidad, salud o vida”, en el secuestro de menores (art. 295), y la reparación o disminución de los efectos del delito y la repatriación del capital, en

(2) Sola Dueñas, *Lo subjetivo y lo objetivo en la circunstancia atenuante de arrepentimiento*, Anuario de Derecho Penal, mayo-agosto, 1971, pp. 417 ss.

(3) En el mismo sentido, Antón Oneca, *Derecho penal, I. Parte general*, Madrid, 1949, pp. 346-347.

(4) Defiende una postura similar Ruiz Vadillo, *La atenuante por analogía en el Código penal español según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Información Jurídica, 310, julio-septiembre, 1971, especialmente pp. 28-29.

los delitos relativos al control de cambios (art. 373). La restitución en plazo no superior a 48 horas del automóvil o ciclomotor, en el delito de utilización indebida de vehículos (art. 250), no puede considerarse estrictamente como circunstancia atenuante, ya que es el elemento típico que fundamenta el ánimo de uso y no de apropiación del objeto, aunque resulta evidente su sentido beneficioso para el reo, ya que la falta de restitución en el plazo indicado daría lugar a la aplicación de las penas correspondientes al hurto, el robo o la apropiación indebida.

D. El arrepentimiento activo llega a alcanzar la categoría de excusa absolutoria en los siguientes casos: el reintegro, en el delito de malversación culposa de caudales públicos (art. 483); el pago, en los delitos de letra de cambio vacía y cheque en descubierto (arts. 353 y 354); la retractación, en el falso testimonio (art. 511), y la disolución o sumisión a la autoridad legítima de los meros ejecutores de la rebelión y los sediciosos de cualquier rango, teniendo para los demás culpables de rebelión eficacia de circunstancia atenuante (art. 535). Creo que la retractación en el delito de falso testimonio tiene también naturaleza de excusa absolutoria, porque el legislador se limita a excusar la pena si la conducta del falso testigo remueve el obstáculo que constituye su primera declaración para el buen funcionamiento de la Administración de Justicia (utilidad) (5).

E. Por último, el haber dado “muestras probadas de arrepentimiento o regeneración” es uno de los requisitos exigibles por el art. 92 para dejar en suspenso el fallo de la sentencia, nuevo estímulo que el Proyec-

(5) Millán Garrido lo considera una condición objetiva de procedibilidad, en *Falso testimonio y retractación*, Revista General de Derecho, diciembre 1979, pp. 1219 ss.

to une a los anteriores para motivar la disminución voluntaria de los efectos del delito, aunque aquí se suscita la duda de si el arrepentimiento puede interpretarse en el sentido objetivo hasta ahora defendido, pues su conjunción por el legislador con la "regeneración" parece aludir al matiz subjetivo de conciencia de la culpabilidad y propósito de enmienda (prevención especial).

II

Determinadas condiciones o cualidades de la víctima pueden tener un efecto agravatorio para el delincuente, como símbolo de que aquélla merece socialmente mayor respeto y, por ello, jurídicamente merece mayor protección, no obstante que el Proyecto haya suprimido de la lista de circunstancias agravantes (art. 28) la actualmente comprendida en el n^o 16 del art. 10, es decir, "ejecutar el hecho con ofensa de la autoridad o desprecio del respeto que, por su dignidad, edad o sexo, mereciese el ofendido..." Aquellas cualidades son la edad, la condición de funcionario público y el parentesco que une a la víctima y al autor. En algunos delitos, una mayor intensidad del resultado, por razón de peligros adicionales para la víctima, un apreciable quebranto económico de ésta, o por razón de la pluralidad de sujetos pasivos, puede también ser determinante de una agravación de la pena.

A. La edad de la víctima tiene esa eficacia agravatoria, cuando aquélla fuere menor de 7 años, en el delito de sustracción de menores (arts. 292 y 294); cuando fuere menor de 12 años, en los delitos de detenciones ilegales (art. 182), raptó (art. 179) y violación (art. 201), aunque en los dos últimos la edad no es circunstancia agravante, sino elemento fundamental

del tipo correspondiente; cuando fuere menor de 14 años, en el delito de estupro (art. 205); cuando fuere menor de 18 años, en los delitos de incesto (art. 291), tráfico de drogas o estupefacientes (art. 326) y abusos contra la libertad sexual por parte de funcionarios públicos (arts. 464 y 465), y, simplemente, cuando fuere menor de edad civil, en los delitos de escándalo público (arts. 208 y 209), relativos a la prostitución (art. 212) y usura (art. 273). La edad de la víctima tiene también una especial eficacia en el terreno de las condiciones objetivas de perseguibilidad, a que me referiré más adelante (arts. 103, 217 y 298). En los artículos 103, 292 a 296 y 298, a los menores se equiparan expresamente los incapacitados (también en una enmienda al art. 326 presentada por el Grupo Centrista).

B. La condición de autoridad o funcionario público (conceptos que el art. 30 del Proyecto interpreta en términos idénticos a los del art. 119 vigente) de la víctima es elemento fundamental en determinados delitos que afectan a la Administración Pública, el orden público, la Constitución o la seguridad del Estado, de tal manera que, si el sujeto pasivo careciera de aquella cualidad, la conducta, en la mayoría de los casos, se subsumiría, subsidiariamente, en un tipo de menor gravedad, situado sistemáticamente entre los delitos que lesionan bienes individuales. Los efectos agravatorios para el reo se multiplican en cuanto que la Jurisprudencia tiende a aplicar en estos casos las normas del concurso ideal, conforme al art. 71 del Código penal (que en el Proyecto se corresponde con el art. 88), dado el doble bien jurídico violado.

Los delitos de referencia se hallan previstos en los arts. 278/1^a (daños), 388 (falsificación de la firma o estampilla reales y firma de los ministros), 396 (falsificación de sellos de autoridad u oficina pública),

452 (usurpación de atribuciones), 453 a 456 (desobediencia y denegación de auxilio), 480 (cohecho), 523 a 539 (rebelión y sedición), 540 a 548 (atentados y desacatos), 569 a 575 (delitos contra el Rey, la Regencia y el Sucesor de la Corona), 576 a 591 (delitos contra las instituciones del Estado), 592 (delitos contra la forma política del Estado español), 618 (delitos contra la libertad de reunión o manifestación), 622 (quebrantamiento de la independencia judicial) y 681 (desacato y desobediencia leves).

La condición de autoridad o funcionario público extranjeros se tiene en cuenta en los arts. 235 (calumnias e injurias), 389 (falsificación de firma o estampilla de un Jefe de Estado o de firma de ministros extranjeros), y 651-652 (delitos contra el Derecho de Gentes).

C. El parentesco que une a ofensor y ofendido continúa teniendo naturaleza de circunstancia mixta, "que atenúa o agrava la responsabilidad según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito", en el art. 29 del Proyecto, que se corresponde con el art. 11 del Código de 1973. El parentesco sigue, naturalmente, teniendo eficacia agravatoria para el reo en el delito de parricidio (arts. 157 y 158), en comparación con el tipo subsidiario de homicidio, pero ha desaparecido en el Proyecto la agravante específica de parentesco en las lesiones graves que hoy se contiene en el penúltimo párrafo del art. 420, lo que da mayor alcance real a la mencionada circunstancia del art. 29. No tiene propiamente carácter agravatorio el parentesco en el delito de incesto (art. 291), ya que en el primer párrafo de este artículo los parientes son coautores, y en el segundo párrafo (incesto con prevalimiento) la pena es igual a la del estupro con prevalimiento del

art. 205 (6). Por el contrario, el parentesco tiene eficacia atenuatoria específica en el delito de infanticidio (art. 159), en relación con el parricidio, limitándose ahora el privilegio a la madre cuando obrare “bajo la influencia del estado puerperal o de tensiones emocionales provocadas por las circunstancias del alumbramiento”, y mantiene naturaleza de causa de no exigibilidad en el favorecimiento personal y real (art. 517), y de excusa absolutoria en los delitos contra la propiedad (art. 284) (7). El parentesco no es circunstancia comunicable, a tenor del art. 77 del Proyecto, idéntico al actual art. 60.

D. La nacionalidad española de la víctima es determinante de la aplicación de la ley penal española (principio de personalidad pasiva), y consiguientemente de la competencia de los organismos judiciales españoles, aunque se trate de hechos cometidos fuera del territorio nacional, “en los supuestos en que no resulte competente para su conocimiento otra jurisdicción” (art. 11). La generalidad de este precepto resulta más lógica, desde el punto de vista del principio de protección de los nacionales, y más operativa que el actual art. 339 de la Ley Provisional Orgánica del Poder Judicial de 1870. En el mismo sentido, el art. 216 dispone que los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores “serán igualmente castigados aunque se cometieren en el extranjero, siempre

(6) Carmona Salgado, *La normativa de los abusos deshonestos en el Proyecto de Código Penal español*, Anuario de Derecho Penal, enero-abril 1980, pp. 69 ss.

(7) El parentesco que une, no al autor con la víctima, sino el autor con una tercera persona, que aparece —*mutatis mutandis*— como beneficiario de la acción delictiva, se encuentra previsto, en términos análogos a los actuales, en los arts. 464 y 465 (abusos de funcionarios públicos contra la libertad sexual) con eficacia agravatoria, y en los arts. 170 (mutilación para eximir del servicio militar), 477 (cohecho) y 520 (evasión de detenidos y presos) con eficacia atenuatoria.

que parte de la actividad del culpable... afectare a súbditos españoles”.

E. El mayor peligro que eventualmente pueda correr la víctima se toma en consideración en los arts. 195 (abandono de la víctima de un accidente ocasionado por el autor), 308 (estragos, donde específicamente la pena depende de que haya habido un peligro voluntario para las personas, un peligro ignorado para las personas o la evitación consciente de tal peligro) y 246/1^o (robo en casa habitada). También los delitos de incendio, como es sabido, se regulan teniendo en cuenta el peligro abstracto o real que puedan correr las personas (arts. 308 a 311). A la misma finalidad de evitar mayores peligros a las víctimas, a sus familiares, o aun al propio delincuente, responde la pena o medida accesoria de prohibición de “volver al lugar en que hubiere cometido el delito, o en que resida la víctima o su familia” a que se refieren los arts. 90 y 103/3^o del Proyecto, que se corresponden (con matices diferenciales) con los actuales arts. 67 y 112/4^o.

F. La capacidad económica de la víctima (o el quebranto o los graves trastornos que le produzca la acción delictiva) influye asimismo en la medida de la pena, en los delitos contra la propiedad: hurto (art. 237), robo con fuerza en las cosas (art. 245), utilización indebida de vehículos (art. 250), usurpación (arts. 252 a 254), estafa (arts. 256 y 258), daños (arts. 277 y 278/7^a), insolvencia punible (art. 331) y prácticas restrictivas de la competencia (art. 346) (8). El

(8) “Pues no es lo mismo la sustracción que pone en grave peligro de subsistencia a un trabajador, modesto empleado o anciano pensionista, que la sufrida por otra persona de mayor potencia económica...” (*Memoria explicativa del Proyecto*, en *Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal*. Cuadernos de Documentación, Madrid, 1980, pp. 50-51).

“grave daño” a tercero, sin especificar la naturaleza de aquél, determinará una agravación de la pena en el delito de violación de secretos cometido por funcionario público (art. 466).

G. La pluralidad de personas afectadas por una acción delictiva reviste particular interés desde un punto de vista dogmático en las figuras del *delito continuado* y del *delito masa*, de creación jurisprudencial, cuya estructura no procede analizar aquí con detenimiento. El Proyecto de Código Penal trata de dar firmeza normativa a aquellos conceptos y los refunde en la figura descrita en el art. 86 (dentro de las reglas especiales para la aplicación de las penas), cuya estructura se compone de los siguientes elementos: plan preconcebido o aprovechamiento de idénticas ocasiones (dolo), pluralidad de acciones u omisiones, pluralidad o no de sujetos pasivos, infracción del mismo o semejante precepto penal. Lo que importa para el objeto de estas páginas es señalar que la pluralidad de sujetos pasivos, elemento no esencial del delito continuado, se tendrá en cuenta para la individualización de la pena, y que no se admite la continuidad en “las ofensas a bienes jurídicos eminentemente personales” (salvo, eventualmente, en las infracciones contra el honor y la libertad sexual), por razón de una mayor protección a la víctima de las mencionadas infracciones.

La pluralidad de personas afectadas es circunstancia que también se tiene en cuenta en la Parte Especial, como individualizadora de la pena, en los delitos de alzamiento de bienes (art. 330), quiebra o concurso de acreedores punibles (art. 331), delitos relativos a la regulación de mercados (art. 349), delitos financieros (arts. 367 a 369), y también en los delitos de terrorismo (arts. 560 a 562) cuando se causare

más de una muerte, lo que puede dar lugar a una pena de hasta 35 años (art. 564), excepcionando así en la Parte Especial la regla general del art. 39, que señala para la pena de prisión la duración máxima de 20 años, atendiendo a las observaciones habituales de la doctrina sobre los efectos nocivos para la personalidad de una pena de más larga duración (9).

III

En ocasiones la Ley penal reconoce una particular eficacia al comportamiento de la víctima, haciendo depender del mismo la existencia o no de acción punible o el ejercicio procesal del *tus puniendi* del Estado. El fundamento es, como se sabe, la ausencia de interés jurídicamente protegido cuando el titular, en uso de sus facultades dispositivas, consiente en la lesión de aquél, o el deseo de evitar a la víctima la imposición forzosa de las consecuencias socialmente perjudiciales para su dignidad que pueda llevar consigo la publicidad procesal.

A. El consentimiento del ofendido puede tener naturaleza de causa justificante en los delitos de lesiones. Superando la antigua laguna normativa y la contradicción del Código Penal de 1963, que han estimulado la polémica doctrinal sobre este punto, el art. 177 del Proyecto dispone que, "salvo en los supuestos en que expresamente se establezca otra cosa, las lesiones castigadas en este título que sean producidas con el consentimiento del ofendido, sólo se sancionarán cuando se estimen socialmente reprobables,

(9) Sobre el difícil encaje del art. 564 en el sistema general de penas del Proyecto, cfr. Prosper, *Algunas consideraciones sobre el sistema de determinación de la pena en el Proyecto de Código Penal de 1980*, de próxima publicación en *Cuadernos de Política Criminal*.

en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la señalada para las lesiones de que se trate". Dos elementales observaciones a este precepto: la primera es que el "carácter socialmente reprobable" constituye un *standard* jurídico (según dice la Memoria explicativa del Proyecto), un elemento normativo, un concepto indeterminado, con todos los inconvenientes anejos a estas figuras, que ha de originar sin duda contradicciones en la Jurisprudencia, pero seguramente era la única solución para tratar de acomodar la norma a los sentimientos ético-sociales predominantes sobre este punto; la segunda observación es que no se comprende por qué, cuando la acción es socialmente reprobable a pesar del consentimiento del sujeto pasivo, éste haya de tener eficacia atenuante, puesto que no la tiene en aquellos tipos en que la acción punible subsiste a pesar del consentimiento de la víctima (v. gr. el rapto de persona menor de doce años, previsto en el art. 179).

B. El consentimiento del ofendido tiene una eficacia aún más trascendente, es decir, determina la atipicidad de la acción cometida, en aquellos supuestos en los que el tipo requiere el elemento negativo de que dicha acción se lleve a cabo "sin la voluntad", "sin el consentimiento", "sin autorización" o "sin permiso" del sujeto pasivo, o "contra su voluntad", como sucede en los delitos de rapto (art. 179), allanamiento de morada (art. 186), descubrimiento y revelación de secretos (art. 196), delitos relativos a la prostitución (art. 212), hurto (art. 236), utilización indebida de vehículos (art. 250), prevaricación de abogados y procuradores (art. 505), delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad del domicilio (art. 612), entrar en heredad o campo ajeno (arts. 663 a 666) y publicar imágenes o divulgar hechos relativos a la intimidad personal o familiar (art. 672).

Naturalmente, los efectos son los contrarios en los casos en que el consentimiento del sujeto pasivo es precisamente un elemento del tipo: cooperación al suicidio (art. 160), aborto (art. 162), mutilación para eximir del servicio militar (art. 170), estupro (art. 204) y abusos contra la libertad sexual cometidos por funcionarios públicos (arts. 464 y 465, *in fine*), delitos todos ellos que pertenecen al género de la “participación necesaria”. En el art. 240 (hurto impropio), el sujeto activo será el dueño de la cosa o persona que actúe con el consentimiento de aquél, pero no, por supuesto, con el consentimiento del legítimo poseedor, verdadero sujeto pasivo.

C. La conducta del sujeto pasivo parece revestir caracteres de condición objetiva de punibilidad en los delitos relativos a la propiedad industrial (arts. 334 y 335), en los que la usurpación o imitación será punible solamente si se hubiera llevado a cabo, previamente, la inscripción de la patente u objeto de propiedad industrial usurpados o imitados.

D. La conducta del sujeto pasivo es condición objetiva de perseguibilidad en aquellos delitos perseguibles “a instancia de parte”, es decir, de la víctima o su representante, instancia que debe revestir la forma de *querrela* en los delitos de calumnia e injuria no hechas por escrito y con publicidad (art. 234), siendo la acción transmisible a los herederos (art. 233), bastando la forma de simple *denuncia* en los delitos de violación, abusos deshonestos, estupro y rapto (arts. 217 y 179, aunque aquí la denuncia puede ser presentada por el Ministerio Fiscal en los casos de personas desvalidas, y por el Ministerio Fiscal o los Tribunales Tutelares de Menores en el supuesto de que la víctima sea menor de 15 años, lo que acerca el régimen de estos delitos al de los delitos perseguibles de oficio, tam-

bién por razón de protección de la víctima), calumnia e injuria por escrito y con publicidad (art. 234), daños culposos (art. 282), abandono de familia (art. 298, correspondiendo la denuncia al Ministerio Fiscal si se tratase de menores o incapacitados), delitos relativos a la propiedad industrial (art. 336), revelación de secretos industriales (art. 351) y denuncia y acusación falsas, delito este último que el Proyecto denomina “provocación indebida de actuaciones” (art. 496), con la novedad de que el mismo habrá de ser perseguido en virtud de sentencia firme o auto de sobreseimiento o archivo del organismo judicial que hubiere conocido de la infracción imputada, o, paralelamente, previa denuncia del ofendido.

En el Libro III, relativo a las faltas, los arts. 660/2^o (malos tratos de palabra o injurias livianas), 668 (daños por culpa leve) y 669 (malos tratos de obra al cónyuge) requieren la *reclamación* del ofendido para la persecución del autor. Dicha reclamación ha de entenderse en el sentido de querrela, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 104 de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

E. En los delitos cuya persecución sólo puede iniciarse a instancia de parte, el perdón expreso o presunto de la misma parte puede ser determinante de la extinción de la responsabilidad penal, tanto si se produce con carácter previo, como en cualquier momento procesal o inclusive después de dictada sentencia condenatoria firme, lo que evidentemente rebasa la finalidad de evitar los inconvenientes de la publicidad procesal, antes aludidos como fundamento del requisito de la instancia de parte; parece atribuir a la víctima la titularidad del *ius puniendi*, resucitando en cierto modo el concepto de la pena como institución de venganza privada, y puede tener un claro efecto crimi-

nógeno, dando lugar a coacciones y chantajes (por parte de la víctima sobre la familia del delincuente o viceversa) que no benefician en nada a la imagen de la Administración de Justicia.

La regla general se encuentra en el art. 103/4^o del Proyecto, según el cual “la responsabilidad penal se extingue... por el perdón del ofendido, cuando la pena se haya impuesto por delitos sólo perseguibles mediante denuncia o querrela del agraviado y la ley lo permita expresamente”, si bien, previendo que el perdón del representante puede deberse a motivos espúreos y no responder a los verdaderos intereses de la víctima, “en los delitos contra menores o incapacitados, el tribunal podrá rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento o el cumplimiento de la condena, con intervención del Ministerio Fiscal”.

El art. 103 se remite, pues, a las normas concretas que permitan expresamente la eficacia extintiva del perdón del ofendido. Tales normas se encuentran en los arts. 217 (delitos de violación, abusos deshonestos, estupro o rapto), 234 (calumnia o injuria contra particulares), 298 (abandono de familia), 660/2^o (malos tratos de palabra o injurias livianas) y 669 (malos tratos de obra al cónyuge). Los arts. 217 y 298 reproducen la regla de que el perdón del representante requiere aprobación judicial, con una supérflua remisión del 217, último párrafo, a la citada regla general contenida en el n^o 4^o del art. 103.

F. En materia de condena condicional, también el comportamiento de la víctima puede tener un efecto decisivo, puesto que, tratándose de delitos perseguibles a instancia de parte, el Tribunal debe aplicar aquel beneficio, por ministerio de la ley, “si mediare

solicitud expresa de la parte ofendida” (art. 96), y ha de oír a la persona ofendida o a su representante antes de conceder dicho beneficio, si no hubiera mediado la indicada solicitud (art. 97).

IV

Como he indicado anteriormente, la regulación en el Código penal de la responsabilidad civil derivada del delito, y su actuación por la vía del procedimiento penal, responden a un claro propósito del legislador de beneficiar a la víctima. No es cuestión, sin embargo, de hacer en este lugar un estudio exhaustivo del régimen jurídico de la responsabilidad civil, sino una breve ojeada del mismo, con mención de aquellas particularidades en que nuevamente la *ratio legis* ha sido la protección de los derechos de la víctima.

A. Las personas civilmente responsables de las consecuencias de un delito o falta se detallan en los arts. 115 a 119 del Proyecto, en forma similar a la actual. Como novedades más destacadas, cabe citar la extensión de la declaración legal de que la exención de la responsabilidad criminal no comprende la de la responsabilidad civil, también a los ebrios o intoxicados y a los casos de obediencia debida y de fuerza irresistible (art. 116, reglas 1ª a 3ª, con remisión a los supuestos correspondientes del art. 26); la declaración de que en aquellos supuestos “el juez o tribunal que dictare sentencia absolutoria u otra resolución que pusiere fin al proceso penal, por estimar la concurrencia de alguna de las causas de exención citadas, procederá a declarar las responsabilidades civiles correspondientes” (art. 116, último párrafo) y la declaración complementaria de que, en los demás casos, “la exención de la responsabilidad penal se extiende también a la civil derivada de los hechos previstos en este

Código, sin mengua de las acciones que los perjudicados pueden ejercitar conforme a las leyes no penales” (art. 117), con lo que se clarifica de modo justo y conveniente cuál es la vía utilizable para la efectividad de la responsabilidad civil derivada de hecho ilícito; y, finalmente, la minuciosa regulación de la responsabilidad civil subsidiaria, que se extiende, entre otros supuestos, a las personas jurídicas, los propietarios de vehículos o instrumentos susceptibles de crear riesgos para terceros, y los aseguradores (art. 118). Cuando se tratare de calumnias e injurias cometidas por alguno de los medios de comunicación de masas (art. 231, que se remite al 34), la responsabilidad civil de la empresa propietaria del medio informativo a través del cual se haya propagado el delito, no será subsidiaria sino solidaria (art. 232).

B. La extensión o contenido de la responsabilidad civil se regula en los arts. 109 a 114, incorporando la regla general de la compensación de culpas (art. 114), así como las reglas sobre responsabilidad civil en los delitos contra la honestidad y contra el honor que hoy contienen los arts. 44, 456 y 465 del Código penal (arts. 113 y 111 del Proyecto, respectivamente), poniendo de esta manera fin a las dudas jurisprudenciales sobre la naturaleza jurídica de la obligación descrita en el art. 444 del Código.

No obstante lo indicado, la Parte Especial contiene una serie de referencias particulares a la responsabilidad civil delictual en los arts. 218 (violación y estupro, con remisión al art. 113), 340 (publicación de la sentencia en los delitos publicitarios), 349 (publicación de la sentencia en los delitos relativos a la regulación de mercados) y 354 (según el cual, la responsabilidad civil en el delito de cheque en descubierto “alcanzará, en todo caso, al reembolso de la cantidad

que el cheque importare, cuando la entrega del mismo obedeciere a una contraprestación o desembolso del tomador”) (10). Cabe señalar que el art. 218 del Proyecto lleva a cabo un interesante reconocimiento anticipado de la eficacia jurídico-civil de la investigación de la paternidad, y que la publicación de la sentencia, en los supuestos previstos en los arts. 340, 342 y 349, tiene una naturaleza mixta, entre restitución de carácter moral a la víctima (que puede solicitar dicha publicación, según los arts. 340 y 342) y pena o medida de seguridad de carácter accesorio, especialmente en el art. 349, en que depende únicamente de la reincidencia del autor.

C. Al cumplimiento de la responsabilidad civil se destinan las normas contenidas en los arts. 122 a 128, siendo de destacar que la responsabilidad civil entre los autores y cómplices tendrá en todo caso carácter solidario (art. 122); que “las obligaciones civiles reguladas en este título serán preferentes a cualesquiera otras contraídas por el penado o por los responsables civiles subsidiarios con posterioridad a la fecha de la ejecución del hecho punible” (art. 125), lo que puede determinar problemas de integración en la normativa reguladora de la concurrencia de créditos contenida en los arts. 1921 ss. del Código civil, y que, en caso de impago de una vez de la responsabilidad civil, el Tribunal puede recurrir al pago fraccionado (art. 126) o al embargo de rentas y salarios de acuerdo con las leyes procesales (art. 127).

(10) Se supera de este modo la tradicional jurisprudencia, sumamente restrictiva, sobre improcedencia de indemnización en los delitos de cheque en descubierto. Cfr. Ruiz Vadillo, *El delito de emisión de cheque en descubierto en la práctica judicial*, Documentación Jurídica, 2, abril-junio 1974, pp. 463 ss.

Buscando la efectividad de la responsabilidad civil (según la Memoria explicativa), se aplicará a la misma el salario del condenado a pena de prisión (art. 41 del Proyecto, que enlaza con el art. 98 del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1948) y el producto de la venta de los efectos e instrumentos descomisados (art. 61, en relación con los arts. 66, 376, 387 y 481), cuyo sobrante se ingresará en el Tesoro público, poniendo también de esta manera fin a una clásica duda de la doctrina sobre la naturaleza jurídica de los bienes descomisados (11). El importe de la responsabilidad civil derivada de los delitos singulares cometidos por el deudor u otra persona en su nombre, en la administración del negocio o patrimonio que hubiera dado lugar a una quiebra o concurso de acreedores punibles, deberá incorporarse a la masa (art. 331, *in fine*).

D. El cumplimiento de la responsabilidad civil no puede ser objeto de suspensión o remisión condicional, como el cumplimiento de la responsabilidad penal (art. 98).

E. La responsabilidad civil derivada del delito se extingue “por los modos y formas que para las demás obligaciones establece el Derecho civil” (art. 129), lo que constituye una remisión, en bloque, al art. 1156 y concordantes del Código civil vigente (pago, condena, confusión, compensación y novación). La responsabilidad civil delictual, en sus aspectos activo y pasivo, se transmite a los herederos del perjudicado y del responsable (art. 124).

(11) Vid. Consulta nº 7/1973, de 4 de julio, de la Fiscalía del Tribunal Supremo sobre naturaleza del comiso, en la *Memoria elevada al Gobierno Nacional en la Solemne Apertura de los Tribunales el día 16 de septiembre de 1974 por el Fiscal del Tribunal Supremo, Don Fernando Herrero Tejedor*, Madrid, 1974, pp. 291 ss.

F. El pago de la responsabilidad civil "en lo posible" es requisito necesario para la suspensión del fallo (art. 92/3^o) y para la rehabilitación del condenado (art. 108/2^o), como indicios de la predisposición social del delincuente. La estimación de si era *posible* o no, en el caso concreto, el pago total de la responsabilidad civil o, al menos, el pago de una cantidad mayor que la efectivamente satisfecha, vuelve a ser un elemento normativo de apreciación discrecional (pero no arbitraria) por el Tribunal, quien habrá de tener en cuenta las circunstancias económicas y familiares del responsable, entre ellas, a mi juicio, si aquél vino a peor fortuna (situación a la que el art. 57 concede una eficacia importante en materia de multas, o, incluso, si transcurrió el plazo previsto para la prescripción de la responsabilidad civil sin que la víctima se hubiera preocupado de hacerla efectiva).

V

A lo largo de las páginas anteriores he tratado de poner de relieve, en un mero recuento informativo, que el Proyecto de Código Penal dedica una cierta atención a la protección de la víctima y a la defensa de sus intereses, en mayor medida que la legislación vigente. Pero al mismo tiempo le recuerda las "reglas del juego". La víctima no podría castigar al culpable por sus propios medios sin incurrir a su vez en responsabilidad penal, aunque tal vez atenuada por "arrebato, obcecación u otro estado pasional de semejante entidad" (art. 27/4^a), circunstancia en que han quedado refundidas las de provocación adecuada, vindicación próxima y arrebato u obcecación de los apartados 5^o, 6^o y 8^o del art. 9 del Código vigente. La víctima tampoco podría tomarse la justicia por su mano en el aspecto económico recurriendo a la violen-

cia, intimidación o fuerza para obtener lo que le corresponde en lugar de acudir a la vía judicial, sin incurrir en el delito tipificado en el art. 514 (realización arbitraria del propio derecho) o, en su caso, en el tipificado en el art. 190, primer párrafo (amenazas menos graves) (12).

Por supuesto, ni el Proyecto prevé cuanto debería estar previsto para una eficaz defensa de la víctima, al no regular temas tan fundamentales como la indemnización en forma de renta vitalicia, la eficacia de la renuncia o la responsabilidad civil subsidiaria del Estado cuando el delito quedara impune o los responsables fueran insolventes, por citar solamente algunos problemas (13). Por otra parte, no hace falta demostrar que la norma no lo es todo y que una norma omnicompreensiva sería también insatisfactoria si no fuese acompañada de un sistema procesal ágil y eficaz en la práctica. Pero este tema ya no corresponde al estudio de la ley penal.

(12) En tal sentido se pronuncia Rodríguez Devesa, *Derecho penal español. Parte especial*, Madrid, 1977 (7ª edición), pp. 267-268.

(13) Cfr. Garofalo, *Indemnización a las víctimas del delito*, Madrid, La España Moderna, s.a.; Bueno Arús, *Divagaciones sobre la víctima del delito*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, n.º 753, 25 noviembre 1967, pp. 3 ss.